

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LVII ● Marzo - Abril 1981 ● Núm. 543

CONSEJO DE REDACCION

CONSEJEROS:

D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
D. Pedro Cabello de la Sota.
D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.
D. José Poveda Murcia.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

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

Págs.

ESTUDIOS:

«La redacción jurídica. Normalización y perfeccionamiento de cláusulas», por PEDRO AVILA ALVAREZ	253
«Sobre anotaciones de embargo en el Registro de la Propiedad», por RAFAEL RIVAS TORRALBA	285
«Los artículos 623 y 629 del Código Civil: Apuntes para otra explicación», por ENRIQUE RUBIO	351
«La publicidad de los Estados financieros y el Registro Mercantil», por JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY	375

NOTAS:

«Las compras con pacto de sobrevivencia y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de diciembre de 1977», por PEDRO J. AMENGUAL PONS	391
---	-----

VIDA JURIDICA:

«IV Congreso Internacional de Derecho Registral»	417
---	-----

JURISPRUDENCIA:

I. Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA, EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	427
---	-----

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA . .	451
2. Jurisprudencia mercantil, por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS.	464
3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS	473
4. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ . . .	487

LIBROS:

«Aspectos jurídicos de la inflación», por JOSÉ M. ^o CHICO Y ORTIZ ...	495
«Crédito Agrario. Compilación Legislativa», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	498

«Aprovechamientos en común de pastos y leñas», de MANUEL CUADRADO IGLESIAS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	501
«Nociones de Derecho civil patrimonial e introducción al Derecho», de JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, por ANTONIO REVERTE NAVARRO ...	506
«Contradicciones y paradojas del Impuesto sobre la Renta», de JOSÉ MENÉNDEZ, por L. R.	507
«Unico azionista, gruppi, «lettres de patronage», de SERGIO SCOTTI ZAMUZZI, por JOSÉ M. ^a PIÑOL AGUADÉ	511

REVISTAS:

I. Revistas comentadas	517
II. Noticia de Revistas	521

ESTUDIOS

La redacción jurídica. Normalización y perfeccionamiento de cláusulas⁽¹⁾

SINOPSIS

INTRODUCCION

A) LA PREPARACION DEL INSTRUMENTO PUBLICO

B) LA DIFICIL «TRADUCCION» FIEL

C) LOS SISTEMAS DE REDACCION. CLASIFICACION

a) Por el autor:

- a') *Redacción técnica.*
- b') *Redacción particular.*
- c') *Redacción mixta.*

b) Por la relación con la voluntad.

- a') *Redacción libre.*
- b') *Redacción normada.*
- c') *Redacción impuesta.*
Los formularios.

D) CAMINO DE IMPERFECCION

a) Evolución.

b) Ejemplos:

- a') Reconocimiento de hijo natural.
- b') Institución de heredero.
- c') Cartas de pago.

E) UN FENOMENO NUEVO: EL OTORGANTE PLURAL

F) LA NORMALIZACION Y SIMILARES. PROCEDIMIENTOS DE REDUCCION:

- 1.º Por remisión a formularios particulares.
- 2.º Por remisión a formularios oficiales.

(1) Conferencia pronunciada el 15 de marzo de 1979 en el Colegio de Registradores de la Propiedad de España, en el Curso organizado por el Centro de Estudios Hipotecarios.

3.º **Por perfeccionamiento de normas.**

4.º **Por perfeccionamiento de cláusulas.**

a) *Supresión de cláusulas de efecto psicológico.*

a') La cláusula de «intransferibilidad» del préstamo.

b') La cláusula de expedición de copias.

b) *Modificación de cláusulas.*

a') La cláusula sobre destino de la cantidad prestada.

b') La cláusula de distribución de la responsabilidad hipotecaria.

c') La cláusula de cancelación de hipoteca.

INTRODUCCION

Ilustrísimos señores, señoras y señores:

Ante todo he de expresar mi gratitud al Centro de Estudios Hipotecarios, que me ha elegido para desarrollar esta conferencia en tribuna tan prestigiada y me ha dado un público tan numeroso y selecto, y a vosotros todos, que habéis tenido la amabilidad de elegir el escuchar mi disertación como medio de ocupar una hora de vuestro tiempo.

Y en segundo lugar he de hacer una advertencia: No se concibe fácilmente que un hombre como el ilustre Director de dicho Centro, que abunda en la perspicacia y dotes psicológicas que tan justamente se atribuyen a sus paisanos del «Finis Terrae», haya tropezado dos veces en la misma piedra. Pero es lo cierto que ésta es la segunda vez que, a su requerimiento, paso por esta tribuna. Y como yo me he resistido, aunque en vano, en la medida que me lo permitían la cortesía y la obediencia, a recibir de nuevo tan inmerecido honor, parodiando la invocación de Don Juan Tenorio para hacer al cielo responsable de sus pasos por la tierra, puedo decir: de mis pasos por aquélla «responda Eugenio y no yo»...

En el desarrollo del tema señalado por este Centro y limitándome a la redacción en el instrumento público, voy a ocuparme de lo siguiente:

- De la preparación del instrumento y de la «traducción fiel» de la voluntad al papel,
- De los sistemas de redacción y su clasificación y del «camino de imperfección», bajo cuyo epígrafe expondré algo de historia de aquellos sistemas, para ocuparme a continuación
- De un fenómeno nuevo que llamo «la aparición del otorgante plural», y pasar al estudio
- De la normalización y similares, para tratar, por último, del per-

feccionamiento de normas y cláusulas, con la exposición y crítica de algunas de éstas.

Ya tenéis, pues, aquí un «avance informativo» de lo que vais a tener que oír esta noche, si Dios no lo remedia. ¡Que ello os sea leve!

A) LA PREPARACION DEL INSTRUMENTO PUBLICO

En lo que podríamos llamar, siguiendo la terminología de otras latitudes no geográficas, sino científicas, el *iter instrumenti*, vamos a situarnos para centrar el tema, en la primera etapa, etapa inicial o labor preparatoria, que comprende, a su vez, dos subetapas, ambas en relación con la voluntad del que solicita la intervención notarial:

Primera subetapa: de tratamiento de esa voluntad, que exige la exposición de ella en el estado en que se halla en el momento de esa solicitud y entraña el remoldeamiento de aquélla, su adecuación a las exigencias legales para la consecución del fin pretendido.

Segunda subetapa: de fijación definitiva, de reducción a norma, de traducción a palabras escritas, de esa voluntad anteriormente trabajada, moldeada, adecuada.

Esta segunda subetapa es la que más propiamente nos interesa ahora, pero ambas constituyen partes esencialísimas de la función notarial. Así lo vienen a proclamar las distintas legislaciones. Por ejemplo:

La legislación italiana, al establecer que el Notario debe personalmente indagar la voluntad de las partes, *ridurla*, reducirla a forma legal y clara.

O la argentina cuando encomienda al Notario la misión de interpretar la voluntad de los requirentes dándole forma legal, cuidando de la eficiente estructuración jurídica del instrumento.

O la española prescribiendo que los Notarios interpretarán la voluntad de los otorgantes, adaptándola a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia.

Pero es que además esas dos subetapas son (no lo olvidemos para lo que luego veremos) complementarias, imprescindibles una a la otra: ni se puede volcar en el instrumento la voluntad informe sin previo tratamiento, ni aprovecha éste sin posterior traducción o fijación definitiva.

Y decimos voluntad informe porque esa voluntad que ha de vivificar el instrumento es, cuando llega al Notario, en la mayoría de los casos, un querer tosco, rudo, grosero (en el sentido etimológico de la palabra),

que sólo con el tratamiento notarial, con la instrucción del Notario, se afina sin renuncia, se aclara sin pérdida de identidad.

El interesado desea, quiere, persigue, una finalidad económica, un resultado práctico, pero ignora: 1.º Los varios medios que el Derecho arbitra para la consecución del fin perseguido. 2.º El alcance preciso de cada uno de ellos. 3.º Las ventajas e inconvenientes a la vista de sus deseos complementarios. 4.º La trascendencia de aquéllos. 5.º Las consecuencias jurídicas, económicas, fiscales o de otra índole que pudieran producirse. Por eso, el Notario ha de informar en el doble sentido de asesorar sobre fines, medios y consecuencias y de dar forma a esa voluntad informe. Y ésta es la que en otra ocasión he calificado como la más hermosa y noble misión del Notario.

B) LA DIFÍCIL «TRADUCCION» FIEL

Mayores peligros y dificultades que los que, para la traducción real de un idioma a otro, condensan los italianos en el conocido aforismo *traduttore, traditore*, se dan en la traducción metafórica de la voluntad al lenguaje escrito. Trasvasar esa voluntad al papel de manera que en éste se contenga toda aquélla, y aquélla llene y vivifique a todo éste, es una labor cuya perfección no está al alcance de cualquiera. Sólo con una adecuada preparación técnica y un detenido estudio de cada caso podrá evitarse el infamante calificativo italiano.

Por ello esa traducción, la redacción del instrumento público, ha de ser deber y derecho indeclinable del Notario. Por eso parecerá raro que hablemos a continuación de «sistemas de redacción» según el autor de ella. Pero es que la historia y la vida no siempre muestran fidelidad a aquel principio.

C) LOS SISTEMAS DE REDACCION

Distinguimos:

a) **Por el autor, tres clases de redacción que llamaríamos técnica, particular y mixta.**

a') *Redacción técnica o notarial*

La actuación del Notario no cesa en esta segunda subetapa, sino que conocedor ya de la voluntad que ha contribuido a formar, redacta por sí el instrumento por hallarse en las mejores condiciones para ello, en

el más perfecto conocimiento de causa, sin perjuicio de someterse, en aras de la fidelidad en la traducción, a las enmiendas y matizaciones oportunas de los interesados.

b') *Redacción particular (lega o, al menos, inespecializada)*

No faltan legislaciones, épocas o casos en los que desaprovechando un medio insustituible para la perfección del instrumento público, se suprime la información de la voluntad por el Notario y se permite que éste reciba la voluntad del interesado plasmada en un escrito (redactado con ayuda de un técnico no especializado o de un práctico, o sin ayuda alguna), que el Notario se limita a transcribir.

c') *Redacción mixta*

Esta se produce a base de dos redacciones: una provisional o previa del interesado, que contrasta el Notario a la luz de las normas jurídicas aplicables y de las explicaciones y complementos verbales que aquél solicite, y otra definitiva del Notario con base en aquélla y éstos.

¿Dónde encajaremos nuestra legislación a este respecto? ¿Por cuál de estos sistemas se decide? Pues a pesar de los inconvenientes aludidos para alguno, podemos decir que nuestra legislación se inclina... por los tres. En efecto: consagra el derecho-deber del Notario de redactar, pero admite las sugerencias escritas e incluso la redacción particular intocable. No es hora de detallar ni de lamentar, pero sí de indicar que el Reglamento de 1935 vino a derogar la, a mi juicio, buena doctrina en este particular contenida en el artículo 252 del Reglamento de 1921, que decía: «Los Notarios procurarán atenerse a las minutas que los otorgantes les entreguen, cuando así lo verifiquen, o a las instrucciones verbales que les dieran; pero siempre que encontraren en ellas ambigüedad, confusión o falta de claridad, lo advertirán a los interesados, adoptando la redacción que en su contexto exprese mejor el sentido de lo que se hubiese estipulado».

Con esto no hemos terminado con los sistemas de redacción, porque queremos todavía distinguir:

b) **Por la relación con la voluntad, otros tres sistemas de redacción: libre, normada e impuesta.**

a') *Redacción libre*

El sistema de redacción libre, en el que el redactor trabaja, diríamos con expresión popular, «a su aire», apenas es concebible en el mundo

de las formas en que nos movemos, en el que en seguida tropezamos con esas instituciones de seguridad que son los Registros jurídicos de bienes, de personas, de estado civil, etc., con sus exigencias de requisitos y circunstancias.

b') *Redacción normada*

El sistema de redacción normada permite al Notario, dentro de las normas del Derecho adjetivo y mediante el análisis, interpretación y conjugación de las de Derecho sustantivo, crear la norma particular que haya de regir en el caso concreto de que se trate.

c') *Redacción impuesta*

Por último, el sistema que llamo de redacción impuesta, en que el Notario ha de acatar la fórmula o cliché que el mismo legislador establezca para cada caso, ahoga la interpretación (porque no puede hablarse de ésta allí donde no quepa escoger, al menos, entre dos soluciones), sofoca las particularidades del caso concreto (porque el legislador no puede prever desde su Olimpo las modalidades y variedades de la voluntad) y detiene el progreso jurídico (porque al estereotiparse la fórmula no cabe su mejoramiento posterior).

Del sistema de redacción impuesta queda dicho... lo dicho, para su aplicación a lo que luego diremos sobre la normalización. Pero volviendo, con la misma finalidad, a la que hemos llamado redacción normada, ¿cuáles deben ser los auxiliares del Notario en esa labor de creación de la norma particular? Naturalmente, deben serlo los códigos, la jurisprudencia y la doctrina. Lo que puede dudarse es si resulta indicado el aprovechamiento de la experiencia de los que se han dedicado a la misma tarea, dicho en otras palabras, la utilización de formularios particulares. Porque éstos no carecen de ventajas ni de inconvenientes. Entre aquéllas se nos ocurren las siguientes:

1.^a Las fórmulas usuales recogidas en los formularios particulares, basadas en la experiencia y contrastadas ya con la realidad, son fácilmente acogidas por los contratantes, a quienes «suenan» más o mejor aquéllas que las nuevas elucubraciones, más doctrinales, más técnicas quizá, pero menos seguras porque han de pasar todavía por la prueba del fuego de aquel contraste.

2.^a Tales fórmulas usuales al seguir una trayectoria conocida son más fáciles de apreciar, valorar e interpretar en juicio y fuera de él.

3.^a Facilitan la labor del Notario evitando las omisiones o errores en que por la prisa en su trabajo pudiera incurrir.

Pero al lado de estas indudables ventajas no carecen de inconvenientes, como los siguientes:

1.º El peligro de anquilosamiento, y con él, la falta de adaptación a los cambios legales y jurisprudenciales e incluso a la mudanza del clima social, de «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», como diríamos con palabras del artículo 3 del Código Civil.

2.º La tendencia a la rutina, al mínimo esfuerzo, del que las utiliza, con lo cual se detiene el avance del Derecho, que no se realiza copiando las cláusulas de siempre, sino creando con audacia y estudio las cláusulas más acordes a los nuevos hechos.

3.º La perpetuación de sus errores, porque seguramente los tendrán, como toda obra humana, y al utilizarse sin discernimiento ni crítica, se multiplican en el tiempo y en el espacio los daños de aquéllos.

¿Qué decir en conclusión? Creemos que el formulario debe ser punto de apoyo para el avance y mejoramiento, no lecho para el descanso y la despreocupación. Y no se olvide esto para cuando hablemos de alguno de los métodos o procedimientos de agilización.

D) CAMINO DE IMPERFECCION

a) Evolución

Hemos hablado de anquilosamiento de las cláusulas. No poco han producido en nuestra historia jurídica los formularios contenidos en la tercera Partida de las siete del rey *Sabio*, que durante seis siglos fueron el alimento de nuestros escribanos. Todos conocéis aquélla: contiene unas veces reglas acerca de cómo deben ser «fechas las cartas», y otras el texto mismo de las cláusulas. Y sirvió de pauta y patrón o modelo para la redacción del instrumento público hasta la publicación de las Leyes Hipotecaria y Notarial, determinando una redacción farragosa, repetitiva, plagada de renunciaciones no siempre avenidas entre sí y con tal abundancia de sinónimos que, como dice un autor, para la venta de una finca se usaban hasta 21 expresiones (vendemos, concedemos, relajamos, transferimos, etc.), cuando en realidad bastaba la primera.

La publicación de la Ley Hipotecaria determinó la de la Real Instrucción de 1861 (y poco después la de 1874, ya no tan Real...) sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro, que contiene al lado de normas de redacción, un sinfín de advertencias que los Notarios debían hacer para divulgar el conocimiento del nuevo sistema

inmobiliario instaurado por aquella ley; divulgación que no sólo necesitaba el pueblo, sino el mismo Notario, porque al no haber alcanzado el Notariado la altura que adquirió después, era menester desmenuzarle la Ley Hipotecaria. Así, pues, la citada Instrucción tiene alguna justificación por aquel tiempo. Pero hoy, en que el Notario ha estudiado por activa y por pasiva, por ejemplo, la repercusión o falta de ella del precio aplazado, ¿hará falta indicarle, como hacía el artículo 24 de la Instrucción, que debe advertir al interesado que si no se garantiza especialmente no afecta a tercero? ¿Va a ser tan insensato que exponga al vendedor a la insolvencia del comprador sin advertir a aquél? ¿O habrá alguno que inserte la cláusula de quedar hipotecados todos los bienes presentes o futuros, aunque no se lo prohíba la ley, como se lo prohibía expresamente la Instrucción de 1874?

Volviendo al siglo XIX: la decadencia del Notariado, las dificultades de aplicación de la Ley Hipotecaria y la redacción al uso, desordenada y confusa de los instrumentos, hicieron pensar al legislador en la necesidad de establecer fórmulas oficiales con valor más o menos vinculante. Y a esta necesidad respondía aquella curiosa circular del Ministerio de Gracia y Justicia de 14 de mayo de 1863 a los Regentes de las Audiencias, en la que se ordenaba a los Colegios de Notarios que remitiesen a la Dirección General del Registro un proyecto de formularios para toda clase de instrumentos públicos, y en cuya Exposición de Motivos puede leerse lo siguiente:

«No se ocultó á nuestros antiguos legisladores la necesidad de uniformar y de simplificar la redaccion de los instrumentos públicos. Así es que el Rey Sabio, al consignar en las Partidas todo el saber jurídico de su época y toda la legislacion de Castilla, cuidó de establecer al mismo tiempo las fórmulas generales á que habian de ajustarse los actos y contratos. Estas fórmulas, si alguna vez llegaron á estar en uso, no serian hoy ciertamente aceptables ni compatibles con la legislacion vigente. Mas el pensamiento de establecerlos de un modo oficial para la expresión de todas aquellas cláusulas que deben ser comunes á los actos y contratos de una misma especie, es digno de imitacion en todos los siglos como resultado de la más sabia experiencia.»

Pero afortunadamente no se imitó. Y decimos afortunadamente porque, a nuestro juicio, lo que había que hacer para mejorar el instrumento público, para hacer de la escritura una obra de arte y de ciencia en lugar de un mamotreto plagado, como dice dicha circular, de «repeticiones

innecesarias, cláusulas ineficaces y relaciones prolijas e inoportunas», y para conseguir la colaboración notarial en la implantación de un eficiente sistema de Registro inmobiliario, no era «dictar» la escritura, sino hacer lo que se hizo: perfeccionar el Notariado, elevar el nivel intelectual del Notario. Creo que cuando el opositor está trabajando sobre la última aportación de la doctrina al pacto de la *Lex Commissoria*, probable e insensiblemente está poniéndose en condiciones de redactar el día de mañana una más acabada cláusula de aquél.

Sin embargo, en algunas disposiciones modernas, de hoy, de finales del siglo xx, notamos un retroceso, una vuelta al criterio de la Instrucción de 1861, y como además esa vuelta a tal criterio se hace con agravantes, hablamos en el epígrafe de «Camino de imperfección» retorciendo el título de nuestra gran escritora mística. Allí, en aquella Instrucción, se trataba de facilitar el cumplimiento de la legislación hipotecaria; ahora, y estoy aludiendo al Real Decreto de 10 de noviembre de 1978 y a la Orden de 3 de febrero de 1979, se trata de obtener un mejor cumplimiento de la legislación de viviendas de protección oficial. Y el medio concebido es el de «obligar a obligarse» en los contratos con determinadas cláusulas, queridas o no por los contratantes, pero queridas por el Ministerio...

Así, el artículo 13 del Real Decreto citado ordena que los contratos de compraventa y de arrendamiento de tales viviendas deberán incluir las cláusulas que al efecto se establezcan por el Ministerio correspondiente: «dicha obligación—dice—será directamente exigida a los vendedores y arrendadores», con lo cual supongo que querrá decir que en caso de omisión de tales cláusulas se sancionará a los vendedores y arrendadores. Pero ¿aun en el supuesto de que aquéllos cumplan religiosamente las obligaciones a que dichas cláusulas se refieren?

Tales cláusulas se especifican en la Orden citada y la obligación de su inclusión se justifica en ella de modo, a mi juicio, poco convincente: «Se trata—dice—de que las obligaciones y derechos dimanantes del citado Real Decreto y exigibles, por tanto, en el ámbito administrativo sean igualmente exigibles en el ámbito civil, mediante la fórmula de someterlas al consentimiento expreso de las partes y dotarlas así del carácter de *lex inter partes* de que está revestido el propio contrato». Pero se ocurre preguntar: ¿Es que ese consentimiento prestado *vellis nollis* (v. gr., a la cláusula en que el adquirente se obliga a ocupar la vivienda en el plazo máximo de tres meses a partir de la entrega de las llaves) añade algo a la obligación legal establecida por el artículo 14 del repetido Real Decreto? ¿Es que al dotar esa obligación del carácter de *lex inter partes* puede ser

exigida por el vendedor, a quien ya no le va ni le viene la ocupación ni la desocupación de la vivienda de que se desprendió?

Y si se trata también, como dice la Orden, de «posibilitar a las partes interesadas un mayor conocimiento de tales derechos y obligaciones», ¿no sería mejor que se hiciesen por el Notario las advertencias pertinentes, y aún mejor, que se entregase a las partes una reproducción de las disposiciones legales en que se contienen sus obligaciones, para descargar las escrituras de repeticiones inútiles que implican más trabajo y más gastos?

b) Ejemplos

Y ahora quisiera ilustrar lo dicho con algunos ejemplos que muestren la evolución de las cláusulas.

a') *Reconocimiento de hijo natural*

En primer lugar expondré tres cláusulas de reconocimiento de hijo natural que responden: una, la antigua, al estilo ampuloso, recargado, reiterativo; otra, la decimonónica, al estilo contenido, intermedio, florido, y la última, moderna, al estilo conciso, ajustado, técnico.

La primera es del siglo XVIII (exactamente de 15 de septiembre de 1728) y en ella no se sabe qué admirar más, si la despreocupación por el tiempo perdido en su confección o la preocupación porque no quede ningún cabo suelto. Se trata de un testamento otorgado por dos cónyuges, y en él se dice:

«Declaramos hambos los otorgantes que con el motibo de estar sirbiendo en esta corte en casa de Joseph Barrueco, escriuano de S. M., ya difunto, y de doña Antonia Josepha Crespo, su muxer, vezina actual desta villa, siendo solteros y la dicha doña Gregoria doncella, nos dimos palabra y mano de casamiento y bajo deste supuesto, antes de contraer el matrimonio, le consumimos (1) y tubimos por nuestro hixo a Juan Joseph Sánchez Castañón, el qual parí yo la referida doña Gregoria de Otero el sábado día de san Juan Chrisóstomo veinte y siete de henero del año de mill setecientos e catorce en la casa de los desamparados desta corte, desde la qual se llebó a dicho niño a la de la enclusa y se bautizó en la yglesia parroquial de San Jinés della por don

(1) - O sea que las experiencias matrimoniales ya tienen historia...

Pedro Calleja, presbítero, theniente cura en treinta del mismo mes y año, y se le puso por nombre Juan Joseph Castañón, y hauiéndose dado a criar a Antonia de León, muxer de Pedro Cortes, vecinos de la billa de Pinto y écholo así, siendo ya de hedad de siete años cumplidos, se lo pedimos y nos le entregó como tal nuestro hixo, del qual encargó voluntariamente el referido Pedro de Jesús María relixioso recoleto descalzo del horden de Nuestro P. San Agustín, residente del lugar de Carabanchel de Arriba, para tenerle en su compañía, educarle, enseñarle y alimentarle, como lo a hecho y está haciendo en birtud de nuestro permiso y consentimiento, y para descargo de nuestras conciencias lo prebenimos así, y de como contraimos matrimonio y desposamos en veinte y vno de marzo del mismo año de mill setecientos y quatorze en la yglesia parrochial de San Justo y Pastor desta corte, con cuio sacramento quedó el dicho Juan Joseph Sánchez Castañón lexitimado por nuestro hixo lexítimo y como tal le reconocemos, declaramos, aclamamos y le amamos en la forma más anplia y baledera que nos sea permitido para que sea capaz y ábil de ser nuestro heredero y sucesor en todos nuestros bienes, etc.»

En la segunda, la del siglo XIX, se revela la caballerosidad de la época y el deseo del padre de quedar bien ante la sociedad. Dice así: «Declara el compareciente que siendo soltero tuvo relaciones amorosas con una señora cuyo nombre no es prudente revelar, y de sus resultas un niño, que fue bautizado en tal parroquia e inscrito en tal Registro, bajo tal nombre, como hijo de padres desconocidos, el cual se halla hoy día estudiando la carrera de ingeniero en Madrid, y no queriendo faltar a lo que su deber y conciencia le imponen, pues que le dio el ser, le reconoce por hijo natural suyo, puesto que al tiempo de su concepción y nacimiento podían sus padres contraer matrimonio sin dispensa». No me negaréis que si la primera de estas cláusulas recuerda algunas descripciones de nuestros antiguos autores (a mí particularmente me trae a la memoria la página bellísima en que Cervantes relata por boca de Dorothea la seducción de ésta por don Fernando en el aposento de ella: «tornó don Fernando a reiterar y confirmar sus juramentos..., y con esto y con volverse a salir del aposento mi doncella, yo dejé de serlo»), la segunda contiene todos los ingredientes (señora que se oculta, abandono, padres desconocidos, carrera de ingeniero, encuentro de padre e hijo) para una novela de Corín Tellado o de cualquiera de los autores de esa subliteratura estudiada por A. Amorós.

Y la tercera es del siglo xx: «Reconoce como hijo natural suyo, concebido en tiempo en que tenía capacidad para contraer matrimonio, al niño... nacido... e inscrito en el Registro Civil de..., al folio..., etc.».

b') *Institución de heredero*

Si de aquí pasamos al Derecho sucesorio encontramos esa misma evolución. Así, por ejemplo, en la institución de heredero encontramos estas tres fórmulas:

En el siglo xviii:

«Y después de cumplido y pagado este nuestro testamento, en el remanente que quedare de todos nuestros bienes, hacienda, derechos y acciones que nos puedan tocar y pertenecer a el tiempo del fallecimiento de qualquiera de nos por qualquier causa, título o razón que sea dexamos e ynstituimos y nombramos hambos los otorgantes por nuestro vnico y vniversal heredero al referido Juan Joseph Sánchez Castañón, nuestro hixo lexítimo, para que los aia y herede con la vendición de Dios y la nuestra.»

En el siglo xix: «En el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones presentes y futuros, instituye por su único y universal heredero en plena propiedad y de libre disposición, a Fulano».

De las 29 palabras de que consta esta cláusula, que aunque del siglo xix, viene arrastrándose por algunos hasta el siglo xx (y por eso le dedicamos unas observaciones), creo que sobran 25. En efecto, son superfluas las siguientes:

«En el remanente», porque, como dijeron luego las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de agosto de 1923 y 29 de noviembre de 1956, esta frase «reproduce una corriente e incorrecta fórmula notarial que responde más a un concepto económico de la herencia que al jurídico impuesto por nuestra legislación tradicional, y especialmente reflejado en los artículos 659 y 661 del Código Civil, puesto que las instituciones en el remanente, cuando no afectan a determinada categoría de bienes, comprende la universalidad de ellos».

«Único y universal» para referirse al heredero, porque si no se designa más que uno, es único, dígame o no, y porque el heredero es precisamente por precepto legal (art. 660 del Código Civil) el que sucede a título universal.

«En todos sus bienes, derechos y acciones», porque los derechos y las acciones son también bienes y porque el heredero en nuestro sistema sucesorio se coloca en la posición jurídica del causante.

«Presentes y futuros» por ser inexactas, porque si atendemos al momento en que el testador surte efecto, es decir, el de la muerte del testador, todos los bienes son presentes, y si atendemos al momento de la confección del testamento puede haber bienes entonces presentes que luego salgan del patrimonio del causante.

«En propiedad plena», porque si no se nombra usufructuario, dicho está que al heredero corresponderá el pleno dominio.

Y «de libre disposición», puesto que tal libertad se sobreentiende si no se señala ninguna limitación.

Pues bien: si, siguiendo el consejo del maestro *Azorín*, se suprimen esas 25 palabras superfluas, queda la cláusula en la siguiente forma: «Instituye heredero a Fulano», que es la cláusula escueta, concisa, del siglo xx.

c') *Cartas de pago*

Y, por último, pasemos al Derecho de obligaciones.

La Ley 81 del título XVIII de la Partida tercera nos ofrece el formulario que titula: «Como debe ser fecha la carta del quitamiento de la debda», pero os hago gracia de ella para daros otra carta de pago del mismo estilo, del siglo xvii, pero notable por la persona del otorgante: un tal Félix Lope de Vega Carpio. Se trata de una carta otorgada por éste ante el escribano Juan de Pina, en la que después de recoger la manifestación del compareciente de que le habían sido satisfechos 300 ducados por Alonso de Vallejo, por cuenta del duque de Sesa, que le adeudaba mayor cantidad, se hacía constar (en tiempo pasado, a diferencia del tiempo presente que usamos hoy) lo siguiente:

«Y por haber recibido los dichos trescientos ducados de el susodicho, aunque la paga de presente no parece, en razón de lo cual renuncia las Leyes de la *innumerata* (2), prueba y paga y las demás que sobre ello disponen, le dió y otorgó de ellos carta de pago y finiquito, tan bastante como a su derecho convenga y de derecho es necesario, para que le sean recibidos y pasados en cuenta en la que diese al Sr. Duque y se obligó que no le serán pedidos ni demandados otra vez, ni parte alguna de ellos, ahora ni en tiempo alguno, ni en ninguna manera, y sobre ello no ha

(2) Alusión a la *exceptio non numeratae pecuniae*.

de ser oído en juicio, ni fuera de él, pena de pagarle todas las costas y pagos que sobre ello se le siguieren y recrecieren, y para lo así cumplir obligó su persona y bienes, muebles y raíces y rentas habidos y por haber, y dió poder a las Justicias que de sus causas deban conocer para la egecución y cumplimiento de ello, y lo recibió por sentencia definitiva pasada en cosa juzgada, y renunció las leyes de su favor y las de el derecho.»

En el siglo XIX, a pesar de haber mejorado la fórmula, ésta contiene todavía bastantes cosas superfluas. Dice así la que tenemos a la vista:

«Otorga que recibe en este acto de José Sánchez la cantidad de X pesetas en billetes del Banco de España de buena calidad, a mi presencia y la de los testigos, en reintegro del relacionado préstamo, por lo que otorga al José Sánchez solemne carta de pago ofreciendo jamás reclamarle otra cosa ni cantidad por el relacionado motivo, pues le releva y releva a sus bienes de la obligación al pago que en el relacionado documento contrajo, el cual con la hipoteca constituida lo cancela y deja sin ningún valor ni efecto, y consiente que de este documento se tome razón en el Registro de la Propiedad para que dicha finca obtenga la debida libertad. El José Sánchez acepta este contrato en todas sus partes.»

Y en el siglo XX encontramos esta otra, más escueta y directa, sin florituras: «Que por haber recibido antes de este acto de D., las X pesetas cuyo pago quedó aplazado del precio de la compraventa formalizada en la escritura dicha, declara extinguida la obligación de pago contraída por dicho señor en aquélla e incumplida la condición resolutoria pactada».

Pero no se han desterrado totalmente en este siglo las cláusulas repetitivas. Todavía se ven cartas de pago como la siguiente:

«Y por haber recibido dicho precio aplazado otorga que da carta de pago de las X pesetas que quedaron aplazadas de pago en la relacionada escritura y cancela, extingue y deja sin ningún valor ni efecto la condición resolutoria que impuso sobre la finca descrita para asegurar el pago del dicho precio aplazado, y quiere y consiente que tales carta de pago y cancelación de condición resolutoria se hagan constar en el Registro y así lo solicita expresamente.»

Los tres verbos «cancelar», «extinguir» y «dejar» (sin efecto) no se sabe si se aplican cumulativamente o se trata de que el lector escoja el más adecuado, y de ellos el primero es demasiado técnico (aunque impropriadamente empleado porque la cancelación no se produce en la escritura, sino en el Registro mediante el oportuno asiento), el segundo es

demasiado vulgar y el tercero alude al resultado producido por un acto anterior. Parece que lo más indicado sería hacer constar que el acreedor declara incumplida la condición resolutoria pactada, con lo cual aquél no se inmiscuye en funciones que no le son propias (cancelación), ni llama extinción a lo que es incumplimiento (de condición) ni deja unilateralmente sin valor algo convenido, claro está, bilateralmente. Por otro lado, querer y consentir, ¿no son verbos sinónimos, aunque a veces el consentimiento implique conjunción de voluntades? Querer o consentir que la cancelación se efectúe en el Registro, ¿no equivale a solicitar tal cancelación? Y si la cancelación se solicita en la escritura, ¿es menester que se indique que la solicitud es expresa?

E) UN FENOMENO NUEVO: EL OTORGANTE PLURAL

Hace algunos años, pocos, apenas unas décadas, asistimos al nacimiento de un fenómeno nuevo que amenaza con erosionar los pilares de sustentación del Notariado y transformar el Notariado latino en un Notariado anglosajón o, al menos, crear un *tertius genus*: me refiero a la irrupción en el campo de la contratación, del profesional de ésta, del contratante en masa, del que podríamos llamar «el otorgante plural».

Hasta ahora contemplábamos el espectáculo del Notario ante quien desfila pluralidad de clientes, cada uno con su caso particular. Ahora contemplamos también el del cliente que desfila ante pluralidad de Notarios, cada uno con su fórmula particular; cliente en el que se dan las siguientes peculiaridades:

- Sus otorgamientos pueden casi llenar la actividad normal de un Notario o varios.
- Su voluntad no es necesario formarla porque ya está formada, y lo que es peor, a veces deformada.
- Su poder político o económico hace más imperioso defender y salvar los derechos de la otra parte.

Estas peculiaridades plantean una serie de problemas, a saber:

- El corporativo, del alcance y organización del llamado «turno de reparto», que aquí no nos interesa.
- El sustantivo de la conversión del contrato, que debía ser libremente pactado, en contrato de adhesión, que tampoco interesa en este momento.
- El típicamente notarial de la lectura del instrumento, es decir,

de la forma de hacerse esa lectura, que ciertamente roza el objeto de esta disertación.

- El propiamente nuestro de agilización en la escrituración e inscripción de esa contratación en masa, mediante lo que ahora se llama normalización o mediante algún otro medio idóneo semejante.

Respecto al tercero de estos problemas solamente indicaré que ha sido precisamente la aparición de ese otorgante plural la que ha determinado el paso en la última reforma del Reglamento Notarial, a pesar de las posibles dificultades por aplicación de la *schaedula non lecta*, de lo que he llamado teoría subjetiva de la lectura (que encomienda ésta al Notario-redactor porque sólo el autor de un texto puede con su forma de leer, desentrañar para otro el total sentido de lo leído) a la teoría objetiva (de lectura por el Notario o los interesados a elección de éstos, porque los efectos del texto no dependen de las condiciones del lector, sino de su contenido objetivo): la contratación en masa con otorgamiento de múltiples escrituras similares haría aparecer como una salmodia la preceptiva lectura por el Notario a ese otorgante plural.

F) LA NORMALIZACION Y SIMILARES

Pero vayamos al problema propiamente nuestro de agilización o aligeramiento de escrituración e inscripción. Este se presenta, sobre todo, cuando se trata de documentar préstamos con garantía hipotecaria de las instituciones oficiales o particulares de crédito porque los instrumentos correspondientes, a fuerza de acumulación de cláusulas obligacionales y reales en busca de la mayor seguridad posible, han llegado a hacerse interminables: cláusulas de entrega, cláusulas de uso, cláusulas de devolución, cláusulas de extinción, cláusulas de ejecución. Si con tal acumulación se trata de tapar resquicios por donde pueda colarse la mala fe, asusta pensar que la maldad humana sea proporcional al tamaño de las escrituras de préstamo. Pero en serio, esa acumulación es muy natural: El particular que concede crédito, por un lado, puede medir, aparte de la solvencia económica, la solvencia moral de aquel con quien contrata, y, por otro, no compromete más que su patrimonio y en una cantidad determinada, hallándose, por tanto, en condiciones de no extremar sus precauciones o de graduarlas según las circunstancias del caso; pero el funcionario o empleado de la institución de crédito compromete no sólo el patrimonio de ésta y en una cantidad que puede llegar a ser exorbitante, sino también su responsabilidad y su prestigio profesional, y no puede

contar con la solvencia moral del otro contratante, al que en la mayoría de los casos desconoce.

Pero sea o no justificada esa desmesurada extensión de las escrituras aludidas, ella determina un aumento de gastos y de trabajo y un mayor consumo de tiempo, y con él un retraso en el disfrute por el particular del crédito concedido, que puede ser vital para él.

Para evitar o disminuir tales inconvenientes se ocurren varios procedimientos de reducción o esquematización de escrituras e inscripciones. Vamos a tratar de cuatro, que clasificamos así:

a) Reducción por remisión:

- A formularios particulares.
- A formularios oficialmente aprobados.

b) Reducción por perfeccionamiento:

- De las normas legales.
- De las cláusulas usuales.

Veamos cada uno de estos procedimientos:

1.º Reducción por remisión a formularios particulares

Se ha propuesto la consecución de la reducción limitando la escritura a la consignación de las características diferenciales del caso (que llamaremos clausulado especial: montante del crédito, contraprestación del acreditado o prestatario, plazo o plazos para el reembolso, finca que se grava, etc.) y a la aceptación en globo, como ley particular del contrato, de las cláusulas comunes (clausulado general) que se hicieran constar previamente y para todos los casos en otro documento. Y como este clausulado general habría de ofrecer suficientes garantías contra la alteración unilateral, habría de hallarse protocolizado en una Notaría.

Este procedimiento, aparte del peligro de anquilosamiento y demás nocivos efectos que antes hemos señalado para los formularios estereotipados, ofrece, entre otros, los siguientes inconvenientes:

1) No es ortodoxo que el consentimiento de los otorgantes se disloque entre lo que se les ha leído (o permitido leer) en la escritura y lo que consta en otro instrumento que una de las partes, al menos, desconoce o puede desconocer. Y no es ortodoxo porque el Notario nos garan-

tiza que el otorgante está *conforme* en manifestar su *conformidad* con el clausulado general... a ciegas, pero no que tal conformidad se daría también si conociera este clausulado. Es decir, que el particular podría invocar en todo momento la excepción (antes aludida) de documento no leído, y en la fase procesal o de ejecución de la hipoteca podría alegar que los pactos configurativos de ésta no constan en el título ejecutivo que se presenta (escritura).

2) Si para la subsanación parcial de ese inconveniente se exigiera la protocolización con la escritura de préstamo de un testimonio notarial del aludido clausulado general, la lectura de todo ello a/o por los otorgantes y la reproducción en las copias de aquel testimonio, se caería en el mismo defecto que se trata de corregir.

3) No evitaría la transcripción en el Registro de la Propiedad de todo aquello sobre lo que ha recaído el consentimiento de las partes (a saber, clausulado especial y clausulado general), ya que no sería suficiente la mera referencia al protocolo en que podría hallarse el clausulado general. En efecto: con esta mera referencia la publicidad del Registro sería imperfecta, insuficiente, y aquel a quien interesara conocer la situación jurídica del inmueble habría de acudir a la Notaría (es decir, a Madrid, aunque la finca esté situada en la periferia peninsular o en las islas), tropezar con el secreto del protocolo notarial, y aun venciendo, verificar por sí la conciliación de las cláusulas generales (extrarregistrales) con las especiales (que constarían en el Registro) pactadas para el caso de que se tratara. Esto aparte del absurdo de repartir la publicidad jurídica entre un Registro público y un protocolo secreto...

Es decir, que con este procedimiento o no se consigue la agilización pretendida o se hace padecer a la lógica y se perjudica o dificulta a los que quieran conocer el estado de los inmuebles.

2.º Reducción por remisión a formularios oficiales

Este otro procedimiento implicaría la redacción oficial y aprobación ministerial, con la consiguiente publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, de un modelo de escritura al que habrían de remitirse (o acomodarse, si se admite esta variante) las escrituras de préstamo de que se trata, y la autorización al Registrador para que en el asiento registral se limitara a hacer constar las particularidades del caso y la remisión (o acomodación) de la escritura presentada al modelo oficial. El tercero a quien interesara podría obtener pleno conocimiento mediante consulta del Registro y examen del *Boletín Oficial* correspondiente.

Este sistema evitaría alguno de los inconvenientes del anterior (en su variante de acomodación de la escritura al modelo oficial no evitaría la desmesurada extensión de la escritura, si bien éste quedaría paliado por la posibilidad de utilización de medios mecánicos—con los huecos correspondientes en el impreso para hacer constar las particularidades del caso—para la confección y reproducción del instrumento). Pero aunque sea insistir en la crítica del sistema de redacción impuesta, ¿no es un contrasentido que el legislador que delega en el Notario la creación de la norma particular del caso, se arrogue la configuración de ésta mediante la confección de un corsé oficial obligatorio; que, por un lado, designe un redactor oficial para esas normas particulares y, por otro, convierta a ese redactor en poco más que un amanuense testigo cualificado? ¿No habíamos quedado o, al menos, había quedado yo, en frase que he visto aceptada y copiada (y ¡perdonadme la pequeña vanidad de esta cita!) en ambos lados del Atlántico, en que la actuación del Notario como jurista se desarrolla, entre otras direcciones, «forzando la interpretación de las normas, bien para extraer de ellas todo su contenido para la solución de los casos concretos, bien en defensa de la libertad y autonomía de los individuos en sus relaciones de Derecho privado»? ¿Vamos a desperdiciar este instrumento al servicio de la libertad, hoy, por cierto, tan maltrecha por tirios y troyanos?

Y no sería aquél el único contrasentido. En efecto: el tal modelo oficial no excluiría, como es natural, la calificación registral negativa, ya que el Registrador podría considerar no aceptable alguna de las cláusulas particulares o de las generales, bien por su ilicitud en general o, al menos, en el caso concreto de que se tratara, bien por su carácter obligatorio. En tal caso habría de denegar la inscripción, es decir, su consignación en el asiento correspondiente..., cuando las demás tampoco se inscribían. O sea, que unas cláusulas no se consignarían porque se denegaba su inscripción, y otras no se consignarían, aunque no se denegaban. .

Pero además este procedimiento significaría un giro, no digo yo de 180 grados, pero sí de 90, en nuestro sistema registral. Y así más que de calificación negativa cabría hablar de un informe del Registrador sobre la legalidad y eficacia frente a tercero de determinadas cláusulas de ese modelo oficial, es decir, que así como ahora su actuación puede concretarse en estas palabras: «No consigno en el asiento de este contrato la cláusula X por considerar que no debe tener acceso al Registro por su ilicitud», con este procedimiento que examinamos su actuación sería concretada así: «No inscribo ni la cláusula X ni ninguna, pero además la X la considero ilícita». Y ¿qué alcance tendría este informe? Porque

hasta ahora la ineficacia respecto a tercero de la cláusula cuya inscripción se ha denegado tiene su fundamento en su falta de publicidad, pero en el procedimiento que se examina tan pública es una cláusula como otra y no se sabe si después podría discutirse la opinión del Registrador.

Y del mismo modo que la calificación se sustituiría por un informe técnico, la regla clásica que condensa la eficacia de la inscripción: «Lo inscrito perjudica a tercero; lo no inscrito, no perjudica a tercero», habría de sustituirse en su segunda parte por la siguiente: «Lo no inscrito de las cláusulas particulares, y las cláusulas generales que el Registrador considere inaplicables, no perjudican a tercero».

Así, pues, la reforma que este procedimiento implicaría en nuestro sistema no sería, a mi juicio, tan insignificante como se piensa.

3.º Reducción por perfeccionamiento de las normas legales

Si el legislador capta las necesidades jurídicas del pueblo, ha de encontrar en la formulación notarial, en las cláusulas que se repiten una y otra vez en la contratación, un material valioso para completar y corregir las normas. Tomemos el ejemplo conocido de la sociedad de responsabilidad limitada: la regulación notarial de este tipo de sociedad sirvió al legislador, como todos sabéis, para llenar el vacío que se notó en la regulación legal de los distintos tipos de sociedad mercantil. Pero una vez que se produce la reforma o se llena el vacío legal, la utilidad de la fórmula notarial disminuye o desaparece, sin perjuicio de que la actividad notarial se concrete, mediante nuevas fórmulas, a la interpretación de la nueva norma o a la corrección de sus defectos. Y así, una vez publicada la ley del tipo de sociedad dicho, por seguir el mismo ejemplo, las antiguas escrituras, tan detalladas, han podido ser sustituidas por otras mas escuetas, limitadas a la regulación de los puntos que hayan quedado oscuros en la ley o a aquellos otros en los que la regulación legal (si es de carácter facultativo) no se considere aceptable para el caso concreto de que se trate.

Y aquí queríamos venir a parar. Una regulación legal, con carácter imperativo unas veces y facultativo otras, de las características del préstamo hipotecario, de las obligaciones del prestatario, de las causas de vencimiento, etc., harían innecesarias muchas de las interminables cláusulas al uso, porque bastaría que las partes constituyeran el préstamo hipotecario para que sin más fuera aplicable en todo caso (o salvo pacto en contrario) la regulación establecida. Es decir, pasaría lo que en la actualidad sucede con el usufructo, que basta que conste la voluntad de

constituirlo y sobra el detalle de las obligaciones del usufructuario, las causas de extinción del derecho, etc., todo lo cual viene dado por el Código Civil.

Con este sistema, la escritura y su inscripción quedarían o podrían quedar muy simplificadas: superadas, en una, la fase de preparación, y en la otra, la de calificación, las operaciones a realizar serían muy breves. Pero su implantación exigiría un estudio detenido del problema y una cuidadosa preparación de la reforma de nuestros cuerpos legales, que no es cosa de un día.

4.º Reducción por perfeccionamiento de las cláusulas

Creo que el estudio de la cláusula, de la fórmula, está un tanto descuidado por la doctrina (aunque no olvido los notables, pero aislados, estudios de algunos compañeros Registradores, publicados en el *Boletín* de nuestro Colegio). Y es que aquí también seguimos la ley del péndulo: o despreciamos la práctica limitándonos al terreno de los principios, o despreciando éstos buscamos soluciones prácticas no demasiado técnicas.

Por ello, las cláusulas al uso son susceptibles de perfeccionamiento, y para éste sí que se necesitará una labor de colaboración de doctrina y prácticos. Esa labor llegaría a descubrir en las cláusulas usuales: unas, que han de modificarse por erróneas; otras, que habrían de suprimirse por innecesarias o por perseguir la coacción psicológica (porque no pueden alcanzar la judicial), y otras, que por ampulosas y repetitivas habrían de reducirse. Con todo ello, y más aún si se alcanzara aquel perfeccionamiento legislativo, se conseguirían instrumentos más exactos, ajustados y escuetos y que más fácil y fluidamente pasarían la prueba calificadora.

¿Y cómo se haría aquel estudio para obtener ese benéfico resultado? Yo aquí podría hacer lo que aquel hidalgo pobre de solemnidad, que al testar señaló a su escudero una sustanciosa pensión vitalicia, y al preguntar extrañado el legatario, presente en el acto: «Pero mi amo, ¿de dónde he de sacar la pensión?», contestó: «Yo bastante hago con señalarla; tú buscarás de dónde sacarla». Es decir, podría proponeros que estudiaseis dichas cláusulas.

Pero me parece más correcto exponeros mi estudio de algunas cláusulas, aunque el que yo propugnaba antes debe ser hecho con una competencia de la que carezco.

Como ya he considerado antes algunas cláusulas merecedoras de reducción por ampulosas y repetitivas, voy a limitarme ahora a algunas otras que juzgo necesarias o erróneas.

a) *Supresión de cláusulas innecesarias o de efecto simplemente psicológico*

Entre ellas encontramos las siguientes:

a') *La cláusula de «intransferibilidad» del préstamo.*—Esta cláusula dice, poco más o menos, lo siguiente: «El préstamo que en esta escritura se concierta tiene la consideración de intransferible. Por tanto, el prestatario queda obligado a no transferirlo a título oneroso en tanto las obras antes indicadas no se hayan terminado completamente, a satisfacción de la Entidad mutante. Si el prestatario incumpliera esta obligación, dicha Entidad dará por resuelto el préstamo».

Parte esta cláusula de las ideas de que existen préstamos transferibles y préstamos intransferibles y de que la transferencia puede ser a título gratuito (que aquí no se prohíbe) y a título oneroso, y hacerse por el prestatario (que es al que aquí se le prohíbe) y por el prestamista. Y como consideramos equívoca esta terminología queremos desentrañar el significado de tal «intransferibilidad».

A mi juicio, ésta tendría que referirse a alguno de los siguientes extremos:

1) Al crédito surgido contra la Entidad o Banco mutuante por un contrato preparatorio de préstamo para la entrega del capital de éste. Pero la cláusula en cuestión no puede referirse a esto porque en la misma escritura el prestatario confiesa haber recibido el importe total del préstamo.

2) Al crédito surgido contra el mismo Banco para la devolución del ingreso o depósito del capital en una cuenta especial abierta al prestatario en el Banco mutuante. Tampoco puede referirse a esto la cláusula que nos ocupa, porque este crédito no es derivado del préstamo, sino del depósito, y aunque así no fuera, hay que tener en cuenta que la intransferibilidad, según la cláusula, cesa cuando las obras, la edificación, esté terminada, y precisamente entonces no habría nada que transferir por agotamiento del depósito. Esto aparte de que la indisponibilidad de la cuenta por quien no sea el prestatario, ya está recogida en otro apartado de la misma estipulación.

3) Al capital del préstamo. Pero tampoco creemos que se trate con esta cláusula de impedir que el prestatario entregue el capital, el dinero que reciba, a un tercero, por lo siguiente:

- Porque el capital se entrega contra certificación de obra.
- Porque al tratarse de un bien fungible, no puede saberse si el transmitido es o no el recibido del mutuante.

- Porque la única forma de «transmitirlo» a título oneroso (que sería lo prohibido) sería recibiendo otra cosa a cambio, o sea, invirtiéndolo, y esa inversión es necesaria para poder edificar...

4) A la obligación de devolución del capital del préstamo. Quizá quicra referirse la cláusula que estudiamos a que no se puede subrogar a un tercero en la deuda con la Entidad mutuante. Pero si éste es el caso, surge la duda de si podrá enajenarse la finca hipotecada con el pacto del artículo 118, 1, de la Ley Hipotecaria, y la contestación sería que tal enajenación cabría siempre que el comprador, aparte del precio de la finca, no satisficiera cantidad alguna por asumir la obligación de pago de la deuda (ya que sólo se prohíbe la transferencia a título oneroso), y como tal pago complementario no es concebible, tampoco puede concebirse que vaya por ese camino la interpretación de la cláusula. Y aunque se entendiera que aun sin ese pago complementario había título oneroso, sería fácil burlar la prohibición acudiendo al descuento o retención que regula el artículo citado de la Ley Hipotecaria en su párrafo segundo. ¿O hay que entender que tampoco podría pactarse la venta por un precio líquido, sin asunción alguna de la deuda garantizada? Si se contestase afirmativamente a esta última pregunta, entonces caeríamos en la no inscribibilidad de las prohibiciones de disponer.

Ante estos razonamientos me permito pensar que esta cláusula, con la que, sin duda, se persigue que el prestatario emplee juiciosamente el capital del préstamo, solamente conseguirá el efecto pretendido por el respeto que impone el papel sellado... y frente al que lo sienta.

b') *Las cláusulas sobre expedición de copias.*—Me refiero a la cláusula que veo proliferar en las escrituras de préstamo, que constituye la primera regulación, que yo conozca, de lo que podríamos llamar «el tráfico jurídico de copias»..., y que dice así: «El prestatario solicita del Notario autorizante de esta escritura que expida la primera copia de ella a su favor, comprometiéndose con el mutuante a hacerle entrega de ella en propiedad».

En ella sobra la solicitud al Notario en instrumento público, demasiado solemne cuando podría hacerse en carta o escrito privado e incluso verbalmente, y falta la *justa causa traditionis* para que esa entrega transmita la propiedad del papel... Pero de esta cláusula ya me he ocupado en estudio que publiqué sobre las copias y testimonios notariales en la *Revista de Derecho Notarial*, al que remito al curioso oyente sin molestar más vuestra atención sobre el particular.

b) *Modificación de cláusulas erróneas*

Entre las merecedoras, a mi juicio, de modificación encontramos las siguientes:

a') *Cláusula sobre destino de la cantidad prestada*.—Agrupo aquí dos cláusulas muy frecuentes en los contratos de préstamo de dinero oficial y que tienen como finalidad controlar el destino de la cantidad prestada:

Por la primera se trata de vincular el piso hipotecado y previamente adquirido con el importe del préstamo a la persona del prestatario, a fin de evitar que el préstamo que se concede *intuitu personae*, se contraiga para beneficiar liberalmente o mediante contraprestación a persona que no reúna las condiciones exigidas para la concesión (empleado de la Entidad prestamista, persona de economía modesta, etc.). Tales préstamos de dinero oficial suelen ser un beneficio (largo plazo, corto interés, etc.) y es fácil que el que tenga «derecho» a él y no lo necesite sienta deseos de imitar a Esaú, cambiando las lentejas por billetes del Banco de España de curso legal.

Con la segunda cláusula se trata de encauzar, de vigilar, el empleo de la cantidad del préstamo, a fin de que concedido éste con una finalidad concreta y merecedora de protección (la construcción de viviendas o la adquisición de la propia), no se destine su importe a otras empresas quizá más lucrativas para el prestatario, pero menos protegidas socialmente.

La finalidad es parecida a la de la cláusula antes vista. Pero la fórmula empleada no me parece acertada.

1) La primera de las cláusulas, recomponiéndola con distintos pasajes de las escrituras en que se consigna, dice así: «El piso hipotecado no podrá utilizarse por persona distinta del prestatario y su familia inmediata... Será causa de rescisión (prescindimos de la confusión que se padece en la literatura oficial entre rescisión, resolución, ineficacia y nulidad)... el hecho de que ocupe la vivienda persona distinta del prestatario y sus familiares... Para la rescisión bastará acreditar la ocupación por persona distinta del titular del préstamo».

En esta cláusula, como no se os oculta, se establece implícitamente una prohibición de arrendar, e indirectamente una prohibición de enajenar, por la merma de facultades del dueño, porque si no se puede ocupar por el posible adquirente y no se puede arrendar o solamente puede arrendarse al prestatario, ¿quién compraría el piso a sabiendas de que no puede satisfacer con él su propia necesidad de vivienda ni obtener por el arrendamiento a un tercero una retribución al dinero invertido,

sino que ha de padecer el monopolio posesorio del prestatario? Se dirá que precisamente de lo que se trata es de quitar alicientes a la adquisición por un tercero y que esta pretensión del prestamista es loable por lo antes dicho; pero así y todo, la cláusula choca con la ley y jurisprudencia hipotecarias sobre las prohibiciones de disponer.

Pero además la cláusula peca de poco cuidada: hay una contradicción evidente en la determinación de las personas que no pueden utilizar la vivienda bajo sanción de «rescisión» del contrato. Por un lado, se habla de que debe utilizarse por el prestatario y «su familia inmediata»; por otra, que será causa de rescisión el que ocupe la vivienda persona distinta «del prestatario y sus familiares» (sin precisarse que se refiere a los inmediatos), y por otra, de que para que la rescisión se produzca bastará acreditar la ocupación por persona distinta del titular del préstamo. Es decir, que aplicando el último criterio sería causa de rescisión la ocupación por un hijo (que no es el prestatario), y aplicando el segundo no lo sería la ocupación por un hermano (que es familiar).

2) La segunda de las cláusulas aludidas faculta al prestamista para dar por «rescindido» el préstamo en caso de que el prestatario «invirtiese cualquier parte de la cantidad prestada en atención distinta de aquella para la cual se hace el préstamo». Este texto es de una vaguedad que contrasta con la seguridad que debe mediar en las relaciones jurídicas, como podemos ver en los cabos que quedan sueltos en las inversiones más corrientes: la construcción de viviendas o la adquisición de vivienda por el prestatario.

1. *Construcción.*—Esta exige una serie de contratos mediales (compra de materiales, arrendamiento de servicios, etc.) y desembolsos de distinta índole (pago de impuestos y honorarios de facultativos, organización burocrática, documentación, etc.), de los cuales unos tenderán a la construcción directamente y otros sólo indirecta o parcialmente. ¿Habrá que excluir de la inversión estos últimos en su totalidad o, en caso negativo, cómo se determinará la parte que haya que «cargar» al préstamo? Y en uno y en otro, ¿es serio que el prestamista tenga que vigilar (o esté facultado para ello) el destino del camión de ladrillos adquirido por el prestatario?

Y cada caso concreto (o muchos de ellos) planteará un problema. V. gr.: Dar una comida a los operarios con motivo de la conclusión de una fase de la construcción, ¿será cambiar la inversión convenida? ¿Lo será dar esa comida a los amigos del prestatario? Si éste trabaja en la dirección o ejecución de la obra, ¿podrá detraer del importe del préstamo una cantidad para sus gastos particulares? Con estos interrogantes no es fácil que el prestatario se halle muy seguro respecto a la continuación

del préstamo y, por el contrario, se sentirá constantemente amenazado con la espada de la «rescisión».

Se dirá que ésta no queda al arbitrio del prestamista, sino que será el Juez quien decida, en último término, si hay lugar a la rescisión según lo pactado; pero ¿con arreglo a qué criterios si el pacto no se los da? Por otra parte, no puede considerarse precisamente modélica una cláusula si no permite al prestatario saber en cada momento si infringe o no lo pactado.

2. *Adquisición.*—Todavía hay más motivos para la crítica de la cláusula en cuestión, basados en la imposibilidad (o, al menos, grave dificultad) de control de su cumplimiento (por la fungibilidad del dinero), en la inutilidad de aquélla y en la equivalencia entre el cumplimiento directo y el indirecto, sin contar con su insuficiencia para regular el destino del sobrante. Aclaremos:

La finalidad perseguida por el préstamo es que el prestatario adquiera una vivienda. El hecho de la adquisición, perfectamente comprobable, es prueba de que el prestatario no ha dilapidado el dinero recibido, sino que la finalidad perseguida está cumplida. Pues bien: la cláusula en lugar de poner el acento en aquel hecho demostrable, exige que el mismo dinero (¡las mismas monedas o billetes recibidos!) pase de manos del prestamista a las del prestatario, y de las de éste a las del vendedor de la vivienda, siendo así que lo mismo se consigue aquella finalidad pagando el precio el prestatario con su propio dinero (en cuyo lugar pondrá el que reciba del prestamista) o incluso con el facilitado por un tercero (al cual reembolsará con el que entre en su patrimonio por el préstamo). Por otro lado, no puede controlarse con qué dinero se paga, a menos que se registre la numeración de los billetes que el prestamista entregue, lo cual no es serio.

Y, sin embargo, no hay más remedio que interpretar la cláusula en el sentido de que se refiere al mismo dinero recibido, porque es aún más absurda la otra interpretación posible: la de que se refiera a una cantidad igual a la recibida. En efecto: con esta otra interpretación, el comprar con su propio dinero una finca rústica e incluso el atender a su subsistencia con sus propios medios sería causa de rescisión del préstamo, porque sería invertir una parte del equivalente de la cantidad prestada, en atención distinta de la pactada...

La cláusula parece, pues, que se refiere al mismo dinero recibido. Y piénsese desde el punto de vista registral que con la inscripción de tal cláusula, el tercero siempre tendrá el peligro de que el préstamo hipotecario se «rescinda», puesto que no podrá nunca saber si toda la cantidad

recibida del prestamista en las mismas monedas o billetes recibidos fue entregada al vendedor de quien adquirió el piso el prestatario.

Todo ello demuestra que la cláusula debía configurar la obligación del prestatario de acreditar su conducta correcta (la adquisición del piso), en lugar de obligar al prestamista a probar la conducta incorrecta (la dilapidación) a efectos de «rescisión», lo cual al sólo poder probarse por un hecho negativo (la no adquisición del piso) y no establecerse plazo, permitirá al prestatario defenderse con éxito mediante la promesa de adquisición en el futuro.

Y queda aún otra dificultad: el destino del sobrante, porque hay que suponer que, en general, lo habrá. Esa «atención distinta de aquella para la cual se hace el préstamo» no será, claro está, el pago del precio convenido con el vendedor, pero tampoco lo serán los gastos de la transmisión ni el impuesto de transmisiones patrimoniales por la misma. Si todo esto se incluye en la inversión permitida, la cantidad del préstamo es difícil que coincida con aquélla, ya que el importe total de la inversión no se puede fijar *a priori* con exactitud, y aún puede suceder que el precio varíe respecto al fijado con anticipación, en virtud de negociaciones posteriores con el vendedor. Pues bien: si después de pagados precio, gastos e impuestos, queda un sobrante, ¿podrá disponer de él el prestatario libremente, puesto que ya se ha cumplido la finalidad perseguida? Con arreglo a la letra de la cláusula, la contestación negativa se impone. Por tanto, el prestatario no tendrá más solución que devolver al prestamista ese sobrante, si está autorizado para hacer reembolsos parciales, o retenerlo hasta que llegue el vencimiento del préstamo o... hasta que quiera perjudicar al tercer adquirente con una «rescisión» inesperada.

b') *Cláusula de distribución de la responsabilidad hipotecaria.*— Las Entidades de crédito suelen conceder préstamos con garantía hipotecaria de edificios (que luego han de constituirse en régimen de propiedad por pisos) para distribuir (?) posteriormente la responsabilidad hipotecaria entre algunos de los pisos resultantes con liberación de los restantes de la carga hipotecaria y reducción del préstamo.

En las cláusulas de las escrituras correspondientes puede observarse algunas veces lo siguiente:

1) Se confunde la división del crédito hipotecario con la distribución de la responsabilidad entre las distintas fincas resultantes. En los formularios de algunas Entidades de crédito se configura exactamente la división del crédito, pero en los de otras se habla unas veces de división y otras de distribución, o se articula como distribución lo que en reali-

dad, según la voluntad de las partes, es una división del crédito. Así, en aquellas cláusulas en que se distribuye la responsabilidad y se señala una cuota de amortización para cada piso, estableciéndose que el préstamo (que es uno solo) se considerará vencido por falta de pago de una cuota cualquiera de amortización: al no haber división del crédito, el impago de su cuota por uno de los posteriores adquirentes de los pisos arrastrará a los demás, que se verán obligados a devolver el préstamo, en la parte que les afecta, antes del vencimiento normal, a pesar de ir pagando religiosamente sus cuotas de amortización. Y es que en estas hipotecas de amortización, lo adecuado es la división del crédito para independizar totalmente unos propietarios de otros.

Y esa confusión se produce no sólo cuando hay que dividir la hipoteca, sino también cuando ya nace dividida..., porque se trata de dos hipotecas distintas. Así ocurre en el caso siguiente: Dos hermanos (uno prestatario y otro no deudor ni fiador) hipotecaron sendas fincas de su propiedad en garantía de un préstamo de un millón de pesetas mediante la siguiente cláusula: «Además de la obligación personal e ilimitada de don A y don B para el cumplimiento de este contrato, dichos señores constituyen a favor de don C hipoteca sobre las dos fincas descritas, etc., y distribuyen la responsabilidad hipotecaria entre las dos fincas hipotecadas por mitad». Aparte de la inconsecuencia de establecer la responsabilidad personal de quien no es deudor ni fiador, se distribuye lo que ya está dividido, porque no se trata de una hipoteca, sino de dos en garantía de una sola obligación: cada uno de los hermanos constituye sobre su respectiva finca una hipoteca para garantizar la devolución del préstamo, si bien sólo hasta la cantidad de 500.000 pesetas.

Y el origen de esta confusión quizá se halle en algunas cláusulas poco afortunadas de constitución de hipoteca, en las que se indica que: «En garantía de las X pesetas, capital del préstamo, el prestatario constituye hipoteca. .», cuando en realidad lo que se garantiza no es un capital, sino, como sabéis, la obligación de devolver un préstamo, pudiendo constituirse la hipoteca por todo el capital del préstamo o por una parte de él.

2) Se omite la cancelación parcial (o dicho con más propiedad, el consentimiento para la cancelación parcial) de la hipoteca por reducción de la obligación asegurada. Esa reducción no suele faltar, no sólo por estimarse que con la división disminuye la garantía, sino porque al excluirse determinados pisos (que quedan liberados) disminuye el valor del objeto de la hipoteca. Pero tal reducción no implica por sí sola la cancelación parcial. Aplicando el artículo 179 del Reglamento Hipotecario (y no hay razón para no aplicarlo): aun cuando se haya extinguido parcialmente por pago el crédito hipotecario, no se cancelará parcial-

mente la correspondiente inscripción mientras el acreedor no preste su consentimiento para ello. Y como, según el artículo 122 de la Ley Hipotecaria, la hipoteca subsiste íntegra, aunque se reduzca la obligación garantizada, al hacerse la distribución de aquélla entre los distintos pisos, con exclusión de algunos o sin exclusión, se produciría, salvo cancelación parcial, una desarmonía entre lo distribuido y el montante total de la hipoteca.

3) Se reduce el crédito supletorio para costas fijado en la constitución de la hipoteca, haciéndolo no expresamente, sino implícitamente, es decir, sin indicación de la cantidad en que se reduce y sin la cancelación parcial correspondiente de la hipoteca. Tal crédito suele fijarse en un porcentaje de la responsabilidad por el principal del préstamo, y como al disminuir ésta con el fraccionamiento disminuye también aquel crédito supletorio, si no se consiente la cancelación parcial, se producirá también aquí aquella desarmonía; pero aun con tal consentimiento no se podrá practicar el asiento cancelatorio mientras no se exprese, conforme al artículo 103 de la Ley Hipotecaria, «la parte del derecho que se extinga y la que subsista», por muy elementales que sean las operaciones aritméticas necesarias para determinar dichas partes.

En resumen, que, a nuestro juicio, necesita más de un retoque el formulario de algunas Entidades de crédito para las escrituras de que se trata.

No se tiene en cuenta aquí, por considerarlo un simple *lapsus calami*, otro defecto observado alguna vez, a saber: el Consejo de Administración fija como gastos de gestión, a cargo del prestatario, una cantidad, que ha de ser satisfecha como condición para acceder a la división solicitada, y en la escritura, si bien se recoge la obligación del prestatario, se configura como una obligación de futuro para cumplir en el tiempo presente... («dicha cantidad se satisfará en este momento»), con lo cual queda sin saberse si la condición impuesta por el Consejo se ha cumplido o no.

c') *Cláusula de cancelación de hipotecas.*—Apenas se concibe que pueda haber dificultades con las escrituras de cancelación de hipotecas. Su sustancia puede quedar condensada en cinco palabras: «Cobré y consento la cancelación». Casi todo lo que se añade a ellas puede calificarse de superfluo. Pero no quiero referirme ahora ni a lo superfluo que sobra ni... a lo necesario que falta, porque estoy tratando de cláusulas, aunque no resisto la tentación de clamar aquí por una interpretación correcta de la Resolución de 31 de julio de 1957, que ni prescinda, en las escri-

turas de cancelación, de los datos identificadores del inmueble (naturaleza, situación, extensión, linderos), ni las recargue inútilmente con otros datos descriptivos (construcción, distribución, elementos, etc.).

Lo que me interesa ahora considerar es otra piedra de tropiezo distinta: la representación para la cancelación o la cancelación por representante. Esta representación se concede frecuentemente con una de estas tres cláusulas:

1. Formalizar cancelaciones de hipotecas.
2. Consentir cancelaciones de hipoteca que garanticen créditos que hayan sido reembolsados.
3. Consentir cancelaciones de hipoteca siempre que se acompañe certificación del Secretario General que acredite el pago de los créditos garantizados.

Es decir se concede la representación para simple formalización de la cancelación, para la cancelación condicionadamente o para la cancelación con requisito complementario.

Se trata de fórmulas para conceder la representación de sociedades u otras personas jurídicas, cuya voluntad (como la de cualquier representado) no debe desbordarse con interpretaciones más o menos arbitrarias. Aquí no se trata de emplear más o menos rigor, sino de ajustarse a la verdadera voluntad del representado, manifestada en la concesión. Interpretemos aquellas cláusulas:

1) *Para simple formalización.*—Formalizar es (prescindiendo aquí de los actos solemnes o formales, de la forma *ad substantia*) dar forma pública a algo que ya tiene existencia. Es decir, el representante no está facultado para decidir por sí la extinción de la garantía registral, sino únicamente para hacer constar en la forma requerida por el Derecho el acuerdo de extinción, ya existente anteriormente, del órgano o representante correspondiente de la persona jurídica de que se trate. Sucede aquí lo que ocurre con la manida cláusula que encomienda al Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad Anónima el «llevar la firma social»: esto no quiere decir que el Presidente por sí solo pueda contratar, sino solamente que una vez acordado el contrato por el Consejo, basta que lo suscriba el Presidente sin necesidad de la comparecencia de todo el órgano colegiado. Pues bien: no siempre se tienen en cuenta estas ideas, por otra parte, bien elementales.

2) *Para cancelación condicionadamente.*—La fórmula suele ser simple, es decir, no contiene expresamente ninguna condición. V. gr.: «Can-

celación de hipotecas de los créditos que resulten reembolsados». Pero hay que interpretarla como si la concesión se sometiera a la condición de que el crédito haya sido pagado, y, por tanto, para que sea eficaz la cancelación habrá que acreditar el cumplimiento de tal condición. Y para esto no basta la simple afirmación del representante, sino que será precisa la del que se halle facultado para recibir el pago y liberar al prestatario de la obligación. Si el representante facultado por aquella cláusula pudiera decidir libremente qué hipotecas hay que cancelar, independientemente de que los créditos estén o no pagados o con su simple afirmación de estarlo, no habría por qué consignar la indicada limitación. Se dirá que ésta obra en la esfera interna, es decir, que es una norma de régimen interior para que el representante no cancele más que las hipotecas cuyos créditos compruebe que han sido pagados. Pero esa irrelevancia para el exterior de la aludida limitación tendría que establecerse expresamente para que pudiera ser tenida en cuenta.

3) *Para cancelación con requisito complementario.*—Esta variante apenas merecería atención si no fuera porque en la práctica se pretende algunas veces sustituir la certificación del Secretario General, Administrador General, etc., a quien indirectamente la cláusula concede facultades liberatorias (del deudor), por otra del mismo representante a quien se las niega (puesto que no da efecto a su afirmación del pago). Con ello se olvida: 1. El texto literal y terminante de la cláusula. 2. Las reglas de la lógica, que obligan a calificar de subterfugio tal forma de salvar la limitación impuesta a la actuación del representante. 3. Las normas generales, que impiden dar más valor a la afirmación de haberse efectuado el pago hecha en un documento privado, que a la afirmación de la misma persona en escritura pública.

Me gustaría hablar, por último, de las cláusulas de configuración de la hipoteca cambiaria y de insistir en la reducción ya aludida de las cláusulas ampulosas. Pero compruebo que he llegado al límite del tiempo que me había marcado para esta disertación y no sé si al de vuestra paciencia. Dejadme, os lo ruego, con esta duda y con la ligerísima esperanza de que mi oratoria no os haya sido demasiado pesada. Por esta amabilidad y por vuestra atención a mis palabras, digna ciertamente de mejor causa, ¡muchas gracias!

PEDRO AVILA ALVAREZ

Notario de Madrid (excedente)
Registrador de la Propiedad
de Madrid

Sobre anotaciones de embargo en el Registro de la Propiedad

SUMARIO: 1. *Presentación en el libro diario.*—II. *Devolución del mandamiento presentado.*—III. *Presentación en la Oficina Liquidadora.*—IV. *Vigencia del asiento de presentación.*—V. *Calificación:* A) Mandamientos judiciales: 1. Competencia del Juzgado o Tribunal.—2. Congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado.—3. Formalidades extrínsecas del mandamiento.—4. Obstáculos derivados del Registro: a) Bienes no susceptibles de anotación de embargo. b) Falta de inscripción de la finca a favor del demandado.—5. Circunstancias de los mandamientos.—B) Mandamientos administrativos.—VI. *Supuestos dudosos y especiales:* 1. Bienes afectos a una prohibición de enajenar.—2. Bienes del declarado en suspensión de pagos.—3. Bienes gananciales.—4. Bienes inscritos a favor del causante (*mortis causa*) del demandado.—5. Bienes inscritos a favor de menores o incapacitados.—6. Bienes inscritos a favor de extranjeros.—7. Bienes afectos a una sustitución fideicomisaria.—8. Bienes vendidos con pacto de retro.—9. Bienes reservables.—10. Derecho de retracto convencional.—11. Derecho de usufructo.—12. Bienes comprados con pacto de sobrevivencia.—13. Derecho del donatario sucesivo en caso de donación con cláusula de reversión.—14. Otros supuestos.—VII. *Plazo de vigencia y prórroga.* VIII. *Cancelación:* 1. Caducidad.—2. Confusión de derechos.—3. Nulidad material o formal.—4. Extinción de la finca o derecho gravados con la anotación.—5. Mandamiento judicial.—6. Mandamiento administrativo.

Debo advertir que al presentar esta ponencia, no tengo más propósito que el de hacer una especie de inventario de problemas prácticos y posibles soluciones en materia de anotaciones preventivas de embargo. El inventario, forzosamente, será incompleto y las soluciones, probablemente, incorrectas. Pero estoy seguro de que en la charla o discusión final me ayudaréis a cubrir lagunas y corregir errores.

Por tratarse de un trabajo exclusivamente orientado a servir de ayuda en la práctica profesional, van a quedar fuera del mismo muchas cuestiones de orden más bien teórico, como naturaleza jurídica del embargo, carácter constitutivo o no de la anotación, encuadre de ésta dentro de las diversas clasificaciones de las anotaciones preventivas, etc. Por la

misma razón, no voy a seguir en mi exposición un orden sistemático, que sería lo habitual y ortodoxo, sino un orden cronológico de aparición de problemas, estudiando los que pudieran producirse a todo lo largo del proceso registral, desde la presentación del mandamiento en el Libro Diario hasta la cancelación de la anotación practicada.

Y dicho esto iniciemos el inventario.

I. PRESENTACION EN EL LIBRO DIARIO

La solicitud de presentación constituye el punto de partida de todo el proceso y no suele plantear problemas de interés. Sólo en contadas y muy poco probables ocasiones podría denegarse la práctica del asiento de presentación. Tales serían, a mi juicio:

- Si se pretendiera la presentación de un documento (sea público o privado) distinto al mandamiento judicial o administrativo. Como no es posible practicar una anotación de embargo en virtud de convenio, se puede y debe denegar la presentación.
- Si se pretendiera la presentación de mandamiento judicial o administrativo que tenga por objeto fincas no radicantes en la demarcación del Registro.
- Si se pretendiera la presentación de mandamiento referente a bienes muebles. En su caso, cabría la presentación en el Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, pero esto queda fuera de nuestro estudio.

Pienso que a nadie extrañará la posibilidad, que definiendo, de denegar la práctica del asiento de presentación. En la *Resolución de 17 de febrero de 1955*, relativa a un caso en que se pretendía inscribir un documento privado de compraventa, la Dirección General declaró que, a pesar de lo dispuesto por el artículo 248 de la Ley Hipotecaria, cuando se trate de documentos privados los Registradores harán asiento de presentación sólo en aquellos supuestos excepcionales en que las disposiciones legales les atribuyen eficacia registral, debiendo rehusar extenderlo en todos los demás casos en que tales documentos no deben producir ninguna inscripción en sentido amplio. Y entiendo que los casos más arriba indicados representan claramente una aplicación de este criterio del Centro Directivo.

Pues bien, fuera de tales supuestos, el asiento de presentación deberá practicarse, aun cuando con un ligero examen pudiera apreciarse algún defecto que vaya a impedir necesariamente la anotación. Tales defectos han de ser reflejados en la correspondiente nota calificadora.

¿Y en el caso de que el mandamiento no se presente por duplicado? Los artículos 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 257 de la Ley Hipotecaria exigen que los mandamientos se expidan y presenten por duplicado. Es más, este último artículo exige la presentación por duplicado (excepto cuando se trate de ejecutorias) «para que en virtud de resolución judicial pueda hacerse *cualquier asiento* en el Registro», con lo que pudiera pensarse que se está refiriendo incluso al asiento de presentación. A mi juicio, una interpretación en este sentido no sería correcta, porque conculcaríamos el espíritu de la ley dando a la frase «cualquier asiento» su significado más amplio. El duplicado se exige, fundamentalmente, con la finalidad de archivo y formación del correspondiente legajo. La falta de duplicado es fácilmente subsanable con posterioridad a la presentación. No creo, por todo ello, que un defecto de tan escasa trascendencia pueda ocasionar la pérdida de una prioridad que, en la mayoría de los supuestos de embargo, es fundamental.

Queda una última cuestión en este apartado: la de si deben presentarse los mandamientos de embargo enviados por correo. Hay quien encuentra un obstáculo para ello en el artículo 418 del Reglamento Hipotecario, que tras permitir en su primer párrafo la presentación por correo, dispone en su párrafo segundo:

«Cuando la inscripción sea solicitada por autoridades que no residan en el lugar del Registro, se remitirán los títulos a cualquiera de sus subalternos que tengan allí su residencia y, en su defecto, al representante del Ministerio Fiscal o Alcaldía, a fin de que se realice la presentación del documento.»

También opino que la interpretación de esta norma debe ser extremadamente flexible. Por una parte, conviene tener presente que los mandamientos dimanantes de procedimientos civiles se entregan normalmente al Procurador del demandante y es éste el que solicita la presentación cuando remite el mandamiento por correo. Por otra, que los Recaudadores de Contribuciones no son autoridad a estos efectos, de modo que si no residen en el lugar del Registro podrán utilizar este procedimiento. Ambos supuestos quedarían fuera del ámbito de aplicación del párrafo segundo del artículo 418 del Reglamento Hipotecario.

Y para los casos en que dicho párrafo sea realmente aplicable, me inclino a pensar que los principios de cooperación con la administración de justicia y de auxilio a las autoridades impiden atribuir carácter imperativo a tal norma reglamentaria. El compañero A. MANZANO SOLANO (en un trabajo publicado en la *RCDI*, núm. 520, mayo-junio de 1977) aboga porque el párrafo que comentamos se interprete con gran amplitud y espíritu abierto. Esto no quiere decir que el Registrador no pueda de-

volver el documento y exigir que sea presentado personalmente. Quiere decir únicamente que *el Registrador no está obligado* a devolver el mandamiento sin presentarlo, es decir, que el párrafo segundo no le impide utilizar la opción de presentar que le ofrece el párrafo primero. Lo que en ningún caso deberá hacerse en estos supuestos, en opinión de MANZANO SOLANO, que suscribo totalmente, es utilizar la tercera opción reglamentaria, o sea, conservar el documento en su archivo sin presentarlo, a disposición de quien tenga derecho al mismo. El principio de colaboración, que debe imperar en estas situaciones, impide adoptar una postura que dificulta o dilata la presentación.

Finalmente, una recomendación: cuando se utilice este sistema de presentación conviene prescindir de la modalidad de correspondencia ordinaria (puesto que de ella no queda constancia alguna) y recurrir al envío certificado con acuse de recibo. Con éste se consigue, al menos, plena certeza en cuanto al día de la presentación, aun cuando no se consiga respecto de la hora, que coincidirá con la de la entrega por el cartero, siempre que—y esto es opinión personal—no se encuentra ya en ese momento en el Registro otra persona para solicitar la inscripción de un título contradictorio pues entiendo que en tal caso deberá presentarse en primer lugar el título aportado personalmente.

II. DEVOLUCION DEL MANDAMIENTO PRESENTADO

Dejando aparte la posibilidad de existencia de defectos subsanables, es lo cierto que por la premura en ganar prioridad sobre otros embargos o transmisiones por parte del titular registral, la mayoría de los mandamientos se presentan sin nota de la Oficina Liquidadora del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados.

De aquí (sin perjuicio de otras causas) la frecuencia con que los mandamientos, inmediatamente después de presentados, son retirados por el presentante. Incidencia ésta que tampoco debe originar problemas prácticos. Entrarán en juego los artículos 105 y 434-1 del Reglamento Hipotecario y bastará con poner una nota de presentación al pie del mandamiento y otra al margen del asiento de presentación expresiva de la devolución del documento. Nota esta última «que deberá firmar el presentante o un testigo en su defecto, si el Registrador lo exigiere».

Creo que esta última frase del primer párrafo del artículo 105 del Reglamento Hipotecario merece un breve comentario. Por una parte, parece claro que el documento presentado puede ser devuelto no sólo al presentante, sino también al interesado. Basta tener en cuenta que el artículo 434-1 habla del «derecho del interesado a que se le devuelva

el título, sin otra nota que la expresiva de haberse practicado el asiento de presentación». De modo que aunque el artículo 105 del Reglamento Hipotecario hable sólo de presentante, también el interesado podrá firmar la nota marginal de devolución. Luego en este punto el citado artículo peca por defecto.

Por otra parte, cabe preguntarse quién puede ser y qué función ha de cumplir ese testigo que, en defecto del presentante y si el Registrador lo exigiere, ha de firmar dicha nota marginal. Mi opinión, al respecto, es la siguiente:

- Me parece indudable que el testigo no puede suplir la presencia física ni la voluntad del interesado o del presentante, que han de recibir el documento. Si éstos no están presentes o si estándolo no quieren recibir el documento, el Registrador no podrá devolverlo sin más nota que la de presentación: tendrá que poner nota de calificación.
- Tampoco podremos utilizar la firma del testigo en el supuesto, casi inimaginable, de que personado en la Oficina el interesado o el presentante y sabiendo firmar, esté uno u otro dispuesto a recibir el documento, pero no a firmar la nota marginal. En este extraño caso el documento no debe devolverse, ya que—aparte lo contradictorio de la conducta de aquéllos—el Registrador no puede exigir, porque no tiene autoridad para ello, que firme la nota de devolución cualquier persona que pueda encontrarse en ese momento en el local del Registro esperando tranquilamente que se le atienda.
- Nos queda así un solo caso en que la intervención del testigo resulta útil: cuando el interesado o presentante, que solicita la devolución del título, no sabe o no puede firmar. Entonces la firma del testigo tiene sentido y está justificada. Y creo, además, que en todo caso debe firmar una persona requerida por quien tenga derecho a recibir el documento, pero no impuesta por el Registrador. Dicho de otra forma, el Registrador podrá exigir que alguien firme, pero no que firme una persona determinada. Únicamente podrá exigir la identificación del testigo presentado, a efectos de hacer constar en la nota de devolución el nombre del firmante y el carácter con que lo hace.

Surge, por último, otra cuestión. La firma del presentante, interesado o testigo sólo es necesaria, atendiendo a la letra del precepto, si el Registrador lo exigiere. De modo que si se prescinde de tal exigencia, la nota estaría firmada sólo por el Registrador. Opino que no es aconsejable

hacer uso de esta facilidad reglamentaria y que es preferible, como medida de prudencia, exigir la firma en todo caso. Exceptuando, claro está, el supuesto de devolución de documentos enviados por correo, en que bastará indicar en la nota que el documento se devuelve por correo certificado, archivando luego la tarjeta de acuse de recibo.

III. PRESENTACION EN LA OFICINA LIQUIDADORA

Lo dicho en el apartado anterior acerca de la rápida presentación de los mandamientos de embargo en el Registro de la Propiedad para ser inmediatamente retirados a fin de conseguir la nota de pago, exención o no sujeción del impuesto refleja, creo que con fidelidad, la práctica hasta ahora más frecuente. Práctica que, en mi opinión, puede y debe cambiar en el futuro, porque entiendo—y voy a intentar demostrar—que no existe inconveniente ni obstáculo legal alguno para proceder al despacho de los mandamientos de embargo aun cuando no figure en ellos nota alguna de la Oficina Liquidadora del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Parto para ello de una idea básica que me parece clara: el gravamen proporcional del 0,50 por 100 establecido en el artículo 36 de la nueva ley recae sobre la anotación, no sobre el mandamiento; el mandamiento en sí no devenga más que el timbre fijo del artículo 33. Así resulta de los siguientes preceptos:

- «Están sujetas: ... 4. Las anotaciones preventivas que se practiquen en los Registros públicos» (art. 30).
- «Las anotaciones preventivas que se practique en los Registros públicos tributarán...» (art. 36).
- «El impuesto se devengará: ... b) En las operaciones societarias y actos jurídicos documentados, el día en que se formalice el acto sujeto a gravamen» (art. 39).

Queda claro, por tanto, que el acto sujeto, el hecho imponible, es la anotación, cuya fecha viene a determinar el momento del devengo del impuesto e inicia el cómputo del plazo reglamentario para la presentación en la Oficina Liquidadora.

Sentado esto veamos cuál puede ser la línea de argumentación:

a) Nos encontramos en primer lugar con el artículo 254 de la Ley Hipotecaria de indudable aplicación a nuestro caso en cuanto la palabra «inscripción» debe ser interpretada en sentido amplio, comprensiva, por supuesto, de la anotación. Sucede, sin embargo, que este precepto no es

suficientemente preciso, ya que sólo exige que «... se acredite previamente el pago de los impuestos... si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir». Literalmente interpretado, permitiría la inscripción sin previa nota de los actos o contratos que no «pagaran», o sea, de los exentos y no sujetos, consecuencia que debe rechazarse en cuanto implicaría por parte del Registrador una calificación fiscal que la ley atribuye a otro tipo de funcionarios.

b) Más acertada parece, a primera vista, la norma contenida en el artículo 42-1 de la nueva ley del impuesto: «Ningún documento *que contenga actos o contratos sujetos a este impuesto*, se admitirá ni surtirá efecto en Tribunal, Oficina o Registro público, sin que se justifique el pago, exención o no sujeción de aquél, salvo lo previsto en la legislación hipotecaria».

Pero si se examina con más atención, la norma ya no parece tan acertada. Si el sujeto de los verbos «se admitirá ni surtirá efecto» es «ningún documento que contenga actos o contratos sujetos a este impuesto», cabría pensar que los documentos que *contengan actos o contratos no sujetos* podrían ser admitidos sin nota alguna de la Oficina Liquidadora. Pero esto no es así, ya que uno de los posibles contenidos de dicha nota es el reconocimiento o la declaración de no sujeción, de lo que hay que deducir que también los documentos que contengan actos o contratos no sujetos al impuesto incurrirán en la sanción de no admisión por Tribunales y oficinas públicas si carecen de la recalcitrante nota.

Esto último es perfectamente lógico. La ley no ha querido atribuir a todos y cada uno de los funcionarios, judiciales o administrativos, la facultad de reconocer o declarar el carácter de exento o no sujeto de un determinado acto o contrato, sino que, por el contrario, la atribuye exclusivamente a los liquidadores del impuesto. De ahí la necesidad de la nota en los supuestos de exención o no sujeción.

Ahora bien, todo esto nos lleva necesariamente a entender que lo que el artículo 42-1 viene a decir, en realidad es lo siguiente: «Ningún documento se admitirá ni surtirá efecto en Tribunal..., etc.». E inmediatamente empiezan las lamentaciones: ¿Quiere esto decir que cualquier tipo de documento, de los muchos que andan por esos mundos, sea público o privado, debe presentarse en la Oficina Liquidadora, cualquiera que sea su contenido, tamaño, forma y color? Indudablemente, no. Parecería excesivo incluso al más celoso de los liquidadores.

Ya el mismo artículo 42, en su segundo párrafo, nos ofrece un primer grupo de documentos exceptuados: «No será necesaria la presentación de los poderes, facturas y demás documentos análogos del tráfico mercantil». Pero ¿solamente éstos quedan exceptuados? Desde luego que no. Hay otros documentos cuya presentación no es necesaria, aunque la

ley no lo diga expresamente. Por ejemplo, los arrendamientos de fincas urbanas formalizados en efectos timbrados; por ejemplo, las transmisiones intervenidas por fedatario mercantil, a que se refiere el artículo 8-3 de la ley; por ejemplo, las certificaciones administrativas, etc.

¿Qué ocurre entonces? Simplemente, a mi juicio, que las previsiones de la nueva ley, en este punto, son notoriamente insuficientes y que tendremos que recurrir a las normas contenidas en el Texto Refundido hasta ahora vigente, cuyos preceptos «continúan en vigor en cuanto no se opongan a los preceptos de esta ley» (disposición final tercera).

c) El artículo 114-1 del Texto Refundido contiene una norma que, por ser equivalente a la del artículo 42-1 de la nueva ley, no aporta mayor claridad a nuestro problema, pero se da la afortunada circunstancia de que su mandato se impone «con excepción de los documentos a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior» (o sea, el art. 113).

El apartado 1 de este artículo 113 acota ya el ámbito de la obligación de presentar dentro de límites más razonables: sólo han de «presentarse forzosamente» los documentos que comprendan actos o contratos referentes a cantidad, cosa o derecho valuables. Lo que resulta perfectamente congruente con el sistema, ya que si la base imponible de los hechos o actos sujetos a tipo o gravamen proporcional viene determinada por el valor real (arts. 6-1 ó 15-2) o por el valor declarado (arts. 19-1 ó 15-1), cuando tal valor (real o declarado) no existe, no habrá base imponible ni cuota a satisfacer. Los documentos sujetos de este grupo satisfacen el impuesto mediante el empleo de efectos timbrados, lo que hace innecesaria su presentación en las Oficinas Liquidadoras, como viene a reconocer el artículo 113-2 en su letra g).

Concretándonos un poco más y reduciéndonos al ámbito de nuestro lema, la letra c) del artículo y párrafo citados exime del deber de presentación a «las resoluciones y actuaciones de las distintas jurisdicciones a que se refieren los números 29 a 31 de la Tarifa, excepto los laudos arbitrales». Estos números de la antigua Tarifa se corresponden con los artículos 32 y 33 de la nueva ley, y concretamente el número 31 con el artículo 33.

Pues bien, tanto en el nuevo artículo 33 como en el número 31 de la antigua Tarifa, se habla de «los testimonios que se expidan de las actuaciones jurisdiccionales», sujetándolos a timbre fijo. A mi juicio, es indiscutible que los mandamientos para anotación de embargo están incluidos en esta frase. Porque el mandamiento no es otra cosa, en definitiva, que una comunicación por la que un Juzgado o Tribunal pone en conocimiento del Registrador el contenido de una resolución judicial, interesando, ordenando o «mandando» que se cumpla o practique lo que en ella se determina. «Para ordenar... la práctica de cualquier diligencia

judicial cuya ejecución corresponda a los Registradores de la Propiedad... se empleará la forma de mandamiento» (art. 288 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El mandamiento de embargo se expide como consecuencia de una providencia judicial. Esta providencia por tener por objeto cantidad o cosa valuable quedará sometida a la escala gradual del artículo 32-2 (número 29 de la Tarifa antigua). Y el mandamiento, en cuanto tal, asimilable a testimonio judicial estará gravado con el timbre fijo del artículo 33 (núm. 31 de la anterior Tarifa).

Consecuencia inevitable de todo esto es que los mandamientos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 113-2-c) del Texto Refundido, están exceptuados de presentación en las Oficinas Liquidadoras.

Quiere esto decir que cuando se presenta en el Registro de la Propiedad un mandamiento de embargo debidamente reintegrado, el Registrador se encuentra ante un documento que ha satisfecho el único impuesto que devenga (el de Actos Jurídicos Documentados) mediante la forma de pago legalmente establecida (timbre fijo). *Luego tenemos en realidad cumplida la exigencia del artículo 254 de la Ley Hipotecaria.*

d) Será después, una vez practicada la anotación, cuando surge un nuevo hecho imponible: la anotación misma. Y nacerá entonces la obligación de presentar en la Oficina Liquidadora, dentro del plazo reglamentario, el mandamiento ya anotado para la práctica de la liquidación oportuna, que esta vez debe satisfacerse en metálico (art. 33). Pero esta etapa ulterior no interesa a nuestro estudio.

IV. VIGENCIA DEL ASIENTO DE PRESENTACION

Devuelto el mandamiento, si fue retirado, la primera circunstancia a comprobar es la vigencia del asiento de presentación practicado en su día. Es claro que si el asiento ha caducado no cabe más operación que su cancelación, y nueva presentación del mandamiento si se solicita. Si el asiento está vigente podremos entrar en la calificación propiamente dicha. No voy a entrar aquí en el examen del supuesto, de suspensión del plazo de vigencia del asiento de presentación por no haber pagado el impuesto dentro de los sesenta días, a pesar del revuelo producido por el último considerando de la *Resolución de 11 de marzo de 1978*, porque no es fácil que el problema surja en el caso de mandamientos de embargo y porque está previsto sea ése el tema específico de otra ponencia de este Centro.

Únicamente voy a referirme (y brevemente) a la posibilidad de desistimiento de la anotación que podría producirse en el período que nos

ocupa. No entro en la polémica general sobre la posibilidad de desistimiento de la registración, que tiene dividida a la doctrina (puede verse una exposición sucinta, pero clara, de los argumentos a favor y en contra en el *Derecho Inmobiliario Registral*, de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, Librería Bosch, Barcelona, 1968, pág. 352). Sólo diré que en el caso que estudiamos, o sea, desistimiento de anotación de embargo, los argumentos a favor del desistimiento en general se ven reforzados por el que proporciona el número 12 del artículo 206 del Reglamento Hipotecario, según el cual procederá la cancelación de la anotación si la persona a cuyo favor estuviese constituida renunciare a la misma. Como dice ROCA SASTRE, si se admite la renuncia de la anotación ya practicada, también debe admitirse el desistimiento antes que se practique, siendo de la misma opinión SANZ FERNÁNDEZ y CAMY SÁNCHEZ CAÑETE. Me inclino asimismo a favor de la posibilidad de desistimiento. Producido éste, deberá reflejarse en la correspondiente nota al margen del asiento de presentación.

V. CALIFICACION

Forzoso es distinguir en este punto entre mandamientos judiciales y administrativos.

A) MANDAMIENTOS JUDICIALES

El artículo 99 del Reglamento Hipotecario determina el ámbito de la calificación registral de los documentos judiciales. Se limitará—nos dice—a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro. Voy a examinar por separado estos cuatro puntos, sin perjuicio de estudiar después en el apartado de circunstancias de los mandamientos otras normas reglamentarias relacionadas con el tema.

1. *Competencia del Juzgado ó Tribunal*

Conviene distinguir entre competencia territorial, objetiva y funcional.

a) *Competencia territorial*.—Entendemos por tal la atribución a un Juzgado o Tribunal de la facultad de conocer de ciertos asuntos con preferencia a los demás de la nación, hecha en atención a la necesidad de distribuir el trabajo entre los órganos jurisdiccionales de un mismo grado.

No cabe duda de que la competencia territorial entra en el ámbito de la facultad calificadora. Y no presenta realmente ninguna dificultad, ya que rige el principio de coincidencia del territorio jurisdiccional. El mandamiento—nos dice el artículo 165-2 del Reglamento Hipotecario—ha de ser expedido por el Juez o Tribunal en cuyo término jurisdiccional radique el Registro donde deba extenderse la anotación. De modo que todo Juez o Tribunal que tenga jurisdicción en todo o parte del territorio del Registro podrá expedir mandamiento de embargo. Por ejemplo: el Juez de Distrito podrá expedir mandamientos relativos a fincas sitas en el municipio o municipios en que ejerza su jurisdicción, el Magistrado de Trabajo podrá expedir mandamientos relativos a fincas de cualquier municipio de su provincia, etc. En el caso de que el Juez o Tribunal que haya decretado el embargo no tenga jurisdicción sobre el territorio en que radique la finca embargada, deberá dirigirse mediante suplicatorio, exhorto o carta-orden al Juez o Tribunal que corresponda para que éste expida el mandamiento.

b) *Competencia objetiva*.—Es la atribución a los órganos jurisdiccionales de cierto grado de la facultad de conocer de determinados asuntos por razón de su naturaleza o cuantía.

Entiendo que la competencia objetiva por razón de la naturaleza queda, en la práctica, fuera del ámbito de la calificación. Por una parte, los mandamientos, como es lógico, ni expresan ni tienen por qué expresar la razón en que se apoya el Juez que lo expide para considerarse competente. Por otra, las normas legales sobre competencia no son tan rígidas que permitan determinarla con facilidad atendiendo sólo a datos objetivos. En efecto, los procedimientos de que dimanen mandamientos de embargo serán, por regla general, «juicios en que se ejerciten acciones personales» (como dice el núm. 1 del art. 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y para éstos será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y a falta de éste, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento. Pues bien, en el mandamiento únicamente constará el domicilio del demandado, pero no el lugar en que, por pacto, deba cumplirse la obligación ni el lugar de la celebración del contrato. Aparte todo esto, cabe la sumisión expresa o tácita a un determinado Juez o Tribunal. De aquí que, según mi criterio, este tipo de competencia escapa a la calificación registral. Será, en cambio, más fácil la calificación de la competencia por razón de la cuantía, por existir normas más rígidas en esta materia.

Una ya antigua *Resolución de 19 de agosto de 1919* nos puede servir de apoyo a lo que llevamos dicho. El caso planteado fue el siguiente:

Ante el Juzgado municipal del distrito de Horta, se reclamó el pago de pensiones atrasadas de un censo, y dictada sentencia condenatoria en rebeldía del demandado, se acordó el embargo de la finca afecta al gravamen y la consiguiente anotación en el Registro, a cuyo efecto y previo exhorto, el Juzgado de igual clase de Figueras expidió mandamiento, *cuya anotación fue suspendida*, entre otros defectos que ahora no interesan, *por no resultar del mandamiento la causa del embargo y no especificarse cuál fuera el lugar de cumplimiento de la obligación o el de la última residencia del demandado o si hubo sumisión expresa o tácita.*

La Dirección General declaró que la facultad excepcional concedida a los Registradores para calificar la competencia de los Jueces o Tribunales... no debe ejercitarse indistintamente cuando la competencia se determina por la materia litigiosa, por la naturaleza de la acción, por la cuantía reclamada, por el carácter o residencia de las personas, por el territorio o por el grado de la instancia, sino que ha de aplicarse con todo rigor a los casos en que por precepto legal o motivo de orden público la decisión trasciende de la esfera privada de la competencia a la pública de la jurisdicción y, por el contrario, *ha de ejercitarse con suma discreción en casos como el examinado, toda vez que* por una sumisión tácita, por una renuncia presunta al ejercicio de la inhibitoria o la declinatoria o a la presentación de excepciones dilatorias y por el recurso especial de audiencia de los artículos 773 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (juicio en rebeldía) cabe explicar la procedencia y alcance jurídico de una resolución judicial.

c) *Competencia funcional.*—Es la distribución entre los distintos Juzgados y Tribunales de la facultad de conocer de ciertos asuntos en primera o segunda instancia, que se hace en atención a la organización jerárquica de los órganos jurisdiccionales.

La rigidez de las normas sobre competencia jerárquica y el hecho de que la sumisión expresa o tácita a un Juzgado de primera instancia se entenderá hecha para la segunda al superior jerárquico del mismo a quien corresponda conocer de la apelación (art. 60 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), facilitan la calificación en este punto, que—como veremos más adelante, al comentar el artículo 84 de la Ley Hipotecaria—puede tener interés práctico.

2. *Congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado*

Esta frase del artículo 99 del Reglamento Hipotecario quiere decir, a mi juicio, que debe existir total correspondencia y adecuación entre lo que se ordena por el Juez o Tribunal que expide el mandamiento y la

naturaleza, objeto y trámites del procedimiento de que éste dimanara. No se trata aquí, por supuesto, de examinar si se ha observado el orden riguroso del procedimiento, aspecto éste excluido de la función calificadora, sino de comprobar que lo que ordena el Juez en el mandamiento presentado puede ser efectivamente ordenado en el procedimiento en curso, atendida su naturaleza y finalidad.

Aplicando esta idea a los mandamientos de embargo, la calificación consistirá en comprobar la adecuación entre la clase o naturaleza del embargo decretado (preventivo, ejecutivo, en rebeldía, causa criminal, proceso laboral) y la clase o naturaleza del procedimiento en trámite.

Creo que en la práctica no será frecuente la «falta de congruencia», aunque he vivido profesionalmente un caso, que no dudé en encuadrar en este apartado y que someto aquí a vuestra consideración. Se trataba de mandamiento de embargo, dimanante de un expediente de suspensión de pagos, dictado por el Juez de Primera Instancia que intervino en dicho expediente, para que se tomara anotación sobre bienes del suspenso en garantía de determinada suma adeudada en concepto de honorarios al Abogado y al Procurador del comerciante suspenso. No había aquí ningún problema de incompetencia, pero sí lo había, a mi juicio, de incongruencia entre el mandato y el procedimiento, puesto que el expediente de suspensión de pagos no tiene más finalidad que la de conseguir un convenio, evitador de la quiebra, entre el suspenso y sus acreedores, de forma que las reclamaciones por deudas del suspenso no encuentran en él trámite ni momento procesal oportuno. Pienso que el camino a seguir en este caso debía haber sido el de jura de cuentas y cobro por vía de apremio, y seguido este curso, el embargo en ella decretado hubiera sido anotable, por las razones que más adelante expondré al hablar del embargo de bienes del suspenso.

La necesidad de congruencia entre mandato y procedimiento tiene, además, otra vertiente: los bienes o derechos objeto del mandamiento deben haber sido embargados precisamente por pertenecer a la persona o personas contra quien se sigue el procedimiento. No cabría la anotación si en el mandamiento se dijera que se ha embargado tal finca propiedad de don X, cuando el procedimiento se ha seguido contra don Z, ya que aquél no ha sido parte, ni citado ni oído en el proceso en curso.

3. *Formalidades extrínsecas del mandamiento*

El que para practicar la anotación de embargo deba expedirse mandamiento viene claramente impuesto por los artículos 288 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 257 de la Ley Hipotecaria.

Debe presentarse por duplicado (art. 257 de la Ley Hipotecaria).

No es aplicable a los mandamientos judiciales lo establecido en el artículo 241 del Reglamento Notarial, al exigir que en el último pliego o folio se indique la numeración de los anteriores. La *Resolución de 19 de abril de 1972*, que estableció esta doctrina con relación a un testimonio de un auto judicial de declaración de exceso de cabida, es aplicable, sin duda, a los mandamientos de embargo. Caso de que éstos estén integrados por varios folios bastará con que cada uno de ellos lleve el sello del Juzgado y aparezca rubricado por el fedatario según resulta de la citada resolución.

Los mandamientos judiciales están sujetos al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados por el número 31 de la Tarifa antigua, coincidente con el actual artículo 33.

Puede el mandamiento llevar nota de no sujeción al Impuesto de Transmisiones (o de exención, en su caso, e incluso pago, si el interesado hubiere accedido a realizarlo antes que la anotación se practique), aunque no es necesario.

Podrían incluirse también dentro de este apartado algunos de los puntos que más adelante examinamos bajo el epígrafe de circunstancias y requisitos de los mandamientos, pero preferimos estudiarlos en aquel lugar por razones de claridad.

4. *Obstáculos derivados del Registro*

Las anotaciones de embargo propiamente dichas (no me refiero ahora a las anotaciones de suspensión de otra de embargo) sólo pueden llevarse a cabo cuando la persona contra quien se decretó aquella medida cautelar aparece como titular registral de la finca o derecho embargado en el momento en que la anotación ha de practicarse y siempre, claro está, que tal finca o derecho sea susceptible de embargo.

Podemos, por tanto, agrupar en este apartado dos tipos de obstáculos: la inembargabilidad de la finca y la falta de inscripción de la misma a favor del demandado.

a) Bienes no susceptibles de anotación de embargo:

Hay que incluir aquí los bienes inembargables por naturaleza o por ministerio de la ley y los bienes no susceptibles de inscripción.

a-1) Bienes y derechos inembargables por naturaleza. Lo serán:

- Los derechos de uso y habitación por su carácter personalísimo y por ser intransmisibles (art. 525 del Código Civil).
- Las servidumbres prediales que son inseparables de la finca a que pertenecen (art. 534 del Código Civil) y no podrán embargarse —como no pueden hipotecarse— sino conjuntamente con el pre-

- dio dominante a excepción de la de aguas que podrá ser hipotecada (art. 108-1.º de la Ley Hipotecaria) y, por tanto, embargada.
- Los usufructos legales, excepto el concedido al cónyuge viudo por el Código Civil (no hipotecables, según el art. 108-2.º de la Ley Hipotecaria), por consistir, como dice ROCA SASTRE, más que en verdaderos derechos subjetivos, en facultades y resortes de jefatura familiar.
 - Los retractos legales que por ser limitaciones del dominio, más que verdaderos derechos reales, deben encuadrarse, como dice ROCA, dentro del artículo 5.º del Reglamento Hipotecario, no siendo susceptibles de inscripción.
 - El derecho de alimentos entre parientes, que no es transmisible a terceros (art. 151 del Código Civil). Podría ser embargado el derecho a demandar las pensiones alimenticias atrasadas, que es transmisible (párrafo 2 del mismo art.), pero tal embargo no podría anotarse, en cuanto el derecho de alimentos entre parientes, por su carácter personal, no es inscribible.
 - El poder de disposición reservado por el donante en el supuesto de donación con reserva de la facultad de disponer (art. 639 del Código Civil), por el carácter personalísimo de las facultades positivas reservadas.
 - El derecho de reversión en los supuestos de expropiación forzosa. En el período de tiempo que se extiende entre el momento de la expropiación y el momento en que surgen las circunstancias necesarias para la reversión de los bienes, el expropiado o sus causahabientes no tienen más que una facultad, de ejercicio potestativo, de solicitar la reversión en su día. Como tal facultad, no puede ser objeto de inscripción ni cabe la anotación del mandamiento de embargo.

a-2) Bienes inembargables por ministerio de la ley. Podemos incluir aquí:

- Los bienes y derechos del Patrimonio del Estado (arts. 18 la Ley del Patrimonio del Estado y 48 del Reglamento).
- Los bienes de las Corporaciones Locales (art. 661 de la Ley de Régimen Local).
- Las vías férreas abiertas al servicio público y sus estaciones, talleres, terrenos, obras y edificios necesarios para su uso (art. 1.448 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
- Los bienes integrados en la RENFE, ya que dichos bienes conservarán los caracteres y condiciones que correspondan a los

bienes del Estado con arreglo a las leyes (art. 28 del Estatuto de RENFE de 23 de julio de 1964).

- Los bienes raíces que constituyan la base de un patrimonio familiar, si bien responderán de los débitos del titular por razón de impuestos o contribuciones correspondientes al Estado, provincia o municipio (art. 38 de la LRYDA de 12 de enero de 1973).
- Las tierras destinadas a constituir explotaciones familiares o comunitarias. Estas tierras se adjudicarán siempre por el IRYDA en concepto de concesión administrativa (art. 29 de la LRYDA). La concesión no podrá ser objeto de embargo. Los frutos—en cambio—, en cuanto excedan de la cuota que deba ser abonada por el Instituto, serán embargables con sujeción a la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 31-3 de la ley citada).
- Los montes vecinales en mano común, que son inembargables según el artículo 2 de la Ley de 11 de noviembre de 1980.
- Los elementos comunes de los edificios en régimen de propiedad horizontal, que no podrán ser embargados sino juntamente con la parte determinada privativa de que son anejo inseparable (artículo 396-2 del Código Civil).
- Los bienes de Instituciones de Beneficencia general. El artículo 10 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899 prohíbe todo procedimiento de apremio sobre los bienes y rentas de las Instituciones de Beneficencia, siendo el Protectorado el que resolverá la forma de hacer efectivas las obligaciones que resulten contra ellas. Quiere esto decir que no podrá anotarse el embargo sobre esta clase de bienes, salvo que conste la autorización del Protectorado para ello.

Norma similar contiene el artículo 49 del Reglamento de Fundaciones Culturales Privadas de 21 de julio de 1972, al disponer que «cuando un Juzgado o Tribunal vaya a despachar un mandamiento de ejecución o una providencia de embargo contra las rentas o bienes de una FCP, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal el cual lo comunicará al Protectorado».

- Los bienes de la Hacienda Pública. El artículo 44 de la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977 dispone que «los Tribunales, Jueces y Autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda Pública», debiendo tener en cuenta que la Hacienda Pública—dice el artículo 2.º—«está constituida, a los efectos de esta ley, por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido

económico *cuya titularidad corresponda al Estado o sus Organismos Autónomos*».

- Los bienes que integran el Patrimonio Artístico Nacional, que no pueden ser enajenados sin previa autorización ministerial (Ley de 10 de diciembre de 1931, entre otras disposiciones). Aparte esto, el Patrimonio Artístico Nacional es Organismo Autónomo y le será por ello aplicable el artículo 2.º de la Ley General Presupuestaria, antes citado.
- Por último, pueden incluirse aquí, aunque en parte estén comprendidos en apartados anteriores, los bienes de dominio público en general, por su carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 132 de la Constitución).

a-3) Bienes no susceptibles de inscripción:

Los bienes exceptuados de la registración por el artículo 5.º del Reglamento Hipotecario no pueden ser objeto de ningún tipo de asiento registral. En relación con el número primero de este artículo, conviene tener en cuenta que debe ser complementado con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley del Patrimonio del Estado, del que se deriva que no serán susceptibles de inscripción los bienes que siendo propiedad del Estado, se hallen afectos al uso general o a los servicios públicos, *así como los edificios propiedad del Estado en que se alojen órganos del mismo*.

En cuanto al número cuarto (templos destinados al culto católico) no tengo noticias acerca de si la Ley de Libertad Religiosa, actualmente discutiéndose en las Cortes, se ocupa o no de esta materia. Pienso que este punto quedará olvidado y, si acaso, posteriormente regulado en algún precepto reglamentario. De momento, los indicios apuntan hacia el mantenimiento del criterio tradicional, ya que el apartado 5 del artículo I del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979 dispone que «los lugares de culto tienen garantizada su inviolabilidad con arreglo a las leyes», que «no podrán ser demolidos sin ser previamente privados de su carácter sagrado» y que «en caso de expropiación forzosa, será antes oída la autoridad eclesiástica competente». Lo que sí parece claro es que *las iglesias o capillas destinadas a cultos no católicos son inscribibles y, ante la ausencia de norma que lo prohíba, embargables*.

b) Falta de inscripción de la finca embargada a favor del demandado:

En realidad, no tenemos aquí otra cosa que una aplicación concreta del principio de tracto sucesivo. Los artículos 140, 164, 169 y 170 del

Reglamento Hipotecario contienen una regulación bastante detallada en este punto, por lo que no vale la pena extenderse en su comentario. Haré únicamente una referencia a la frase contenida en la regla 1.^a del artículo 140 del Reglamento Hipotecario: «si la propiedad de la finca embargada apareciera inscrita a favor de una persona que no sea aquella contra quien se hubiere decretado el embargo, se denegará o suspenderá la anotación según los casos». Pues bien ¿en qué casos procederá la suspensión y en cuáles la denegación?

Hemos de recurrir al artículo 103 del Reglamento Hipotecario, que con carácter general permite la suspensión en dos supuestos:

Uno de ellos es el de que la persona que otorgue o a quien afecte el acto o contrato a inscribir sea causahabiente del titular registral, según el mismo documento presentado. Por tanto, si en el mandamiento se dice que el demandado es causahabiente del titular registral procederá la suspensión. Pero no es frecuente que en los mandamientos se reseñe el título de adquisición del demandado, por lo que este supuesto tendrá poca importancia práctica.

(Debo hacer referencia en este punto al supuesto planteado por uno de los compañeros asistentes a la lectura de esta ponencia, relativo a un mandamiento de embargo en que se hacía constar que el demandado había comprado la finca embargada al titular registral mediante documento privado. Pienso que la postura a adoptar en este caso es la de denegación, puesto que el título alegado en el mandamiento no es susceptible de producir la inscripción de la finca a favor del demandado, ni siquiera —extremando las cosas— es susceptible de presentación.)

El otro es que tal circunstancia (la de ser causahabiente del titular registral) resulte del Registro y del documento presentado. Si partimos de que el mandamiento no dice nada al respecto, dicha circunstancia habrá de resultar del Registro. Y no de un asiento de inscripción, pues en este caso no habría problema, sino de un asiento de presentación de un documento todavía no inscrito. Caben entonces varias posibilidades:

- El documento reanudador del tracto (o sea, el que refleja la adquisición a favor del demandado) se presenta con posterioridad al mandamiento de embargo. En tal caso: si la presentación tuvo lugar con posterioridad a la nota de calificación, ésta debe haber sido denegatoria, y si tuvo lugar con anterioridad lo procedente, a mi juicio, sería despachar en primer lugar el documento presentado posteriormente, dejando así vía libre para anotar el embargo.

Como dice la *Resolución de 18 de marzo de 1972*, la rígida aplicación de cualquier principio hipotecario no puede llegar a limitar la facultad y el deber de los Registradores de examinar los documentos pendientes de despacho relativos a una misma finca, aun presentados posteriormente, para de esta forma procurar el mayor acierto en la calificación, no efectuar inscripciones inútiles o ineficaces, evitar litigios y conseguir justa concordancia entre los asientos y los derechos de los interesados.

Precisamente, la resolución que acabamos de citar llevó esta idea a sus últimas consecuencias. El supuesto en ella estudiado era el siguiente: se presentaron, en primer lugar, tres mandamientos administrativos de embargo sobre una finca que en el momento de la presentación no figuraba inscrita a favor de la sociedad deudora, y posteriormente se presentan en el mismo día la ejecutoria, en cuya virtud se podía inscribir dicha finca a favor de la sociedad apremiada, y la escritura, por la que dicha sociedad cedía al Instituto Nacional de Previsión la finca embargada en pago de deudas por seguros sociales. El Registrador inscribió la ejecutoria, y posteriormente la escritura de cesión, y denegó la anotación de embargo. No podemos hacer aquí un comentario de esta resolución, que nos obligaría a profundizar en el tema del principio de prioridad. Baste decir que la Dirección General confirmó el auto presidencial y la nota del Registrador.

- Si el documento reanudador del tracto ha sido presentado con anterioridad al mandamiento y retirado (para subsanar defectos o para presentar en la Oficina Liquidadora), debe retrasarse la calificación del mandamiento, ya que ésta vendrá condicionada por la suerte que corra el documento presentado en primer lugar. Si se suspende el plazo de vigencia del asiento de presentación de este documento, deberá suspenderse asimismo el del asiento de presentación del mandamiento. Si aquel documento se inscribe, podrá anotarse el embargo. Si aquél se deniega, procederá la denegación de la anotación. Y si el asiento de presentación del primer documento se cancela por caducidad (por no haber sido devuelto al Registro dentro de los plazos reglamentarios), procederá, a mi juicio, la denegación de la anotación (y no la suspensión) porque el contenido de los asientos cancelados no debe ser tenido en cuenta para la calificación. La *Resolución de 22 de febrero de 1946* ya declaró, a estos efectos, que un asiento de presentación cancelado por haber transcurrido el plazo legal, no puede servir de fundamento a la calificación hipotecaria.

5. *Circunstancias de los mandamientos*

Los artículos 72 y siguientes de la Ley Hipotecaria, y 144, 165 y siguientes del Reglamento Hipotecario, nos hablan unas veces de circunstancias del mandamiento y otras de circunstancias de la anotación. No cabe duda de que son cosas distintas. Pero es lo cierto que cualquier circunstancia que se haga constar en la anotación (salvo las referencias estrictamente registrales) debe constar asimismo en el mandamiento. De aquí que intente a continuación ordenar las circunstancias que debe contener el mandamiento recurriendo indistintamente a unas y otras normas. Encuentro las siguientes:

- a) Indicación del Juez o Tribunal que expide el mandamiento (artículo 165 del Reglamento Hipotecario).
- b) Indicación del Juez o Tribunal que, en su caso, haya decretado el embargo y exhortado al que expide el mandamiento (art. 165 del Reglamento Hipotecario).
- c) Expresión del juicio o procedimiento de que el embargo dimana (artículo 72 de la Ley Hipotecaria).
- d) Circunstancias de la persona que haya obtenido la providencia de embargo a su favor y las de aquella contra quien se haya dictado (artículo 166-3.^a del Reglamento Hipotecario).

Conviene preguntarse cuáles son las circunstancias personales que el mandamiento debe reflejar. A mi juicio, no han de ser necesariamente todas las que indica la regla 9.^a del artículo 51 del Reglamento Hipotecario. Como dice BUENAVENTURA CAMY (*Comentarios*, tomo VI, pág. 98), no estamos aquí ante un tema de capacidad, sino de identificación. Y la capacidad en estos asientos queda fuera de la calificación registral. La capacidad del anotante y del anotado—dice—es la que corresponda para demandar y ser demandado, problema procesal por excelencia, ajeno al Registrador. Basta, pues, con que se cumpla el requisito de la identificación, exigido por el artículo 75 de la Ley Hipotecaria, para que la anotación no incida en vicio de nulidad.

De acuerdo con esto y *con relación al demandado*, no será estrictamente necesaria la indicación de la profesión y vecindad, ni siquiera el estado civil, salvo en el caso regulado por el artículo 144, que examinamos más adelante. Sería suficiente la expresión del nombre y apellidos, salvo que éstos por sí solos no fueran suficientemente identificadores (pensad, por ejemplo, que entre parientes cercanos es relativamente frecuente la identidad de nombres y apellidos).

En cuanto al demandante, debe mantenerse la misma idea. Añadiendo que la indicación del estado civil no será necesaria en ningún caso, ni tampoco la indicación del nombre y apellidos de la esposa, aunque en el mandamiento se diga que es casado. Y ello porque el embargo no genera, a mi juicio, a favor del anotante un derecho real que pudiera pensarse tiene carácter ganancial. Pienso que la anotación de embargo no es más que la constatación registral de una situación procesal, a fin de que pueda afectar a terceros. Y por esto, la anotación debe practicarse a favor del demandante y no, aunque esté casado en régimen de gananciales, a favor del mismo y de su esposa sin atribución de cuotas y para su sociedad conyugal.

Forzoso es reconocer que la *Resolución de 19 de agosto de 1919* consideró necesaria la constancia del estado civil del anotante, al declarar que «es necesario fijar no sólo el nombre y apellidos, sino también el estado civil» del anotante, si bien pareció exigirlo con finalidad fundamentalmente identificadora, ya que añadía, «a fin de que se conozca sin ambigüedad ni error quién es el titular, árbitro en cierto modo de la seguridad real creada».

Si se trata de personas jurídicas (sean demandantes o demandados) tampoco será necesario reseñar que han sido inscritas en el Registro Mercantil, en el de Asociaciones o en cualquier otro al que pudieran estar sujetas. Si este dato afecta al nacimiento de su personalidad jurídica y, por tanto, a su capacidad para demandar o ser demandado, estaremos de nuevo en la esfera procesal y fuera del ámbito de la calificación.

Conviene llamar la atención, por último, sobre el hecho de que determinadas anotaciones de embargo no expresarán, en puridad, quién es la persona que «haya obtenido la providencia (de embargo) a su favor». Pensemos, por ejemplo, en los mandamientos dimanantes de causa criminal. En el proceso penal lo que se solicita en primer lugar es la prestación de fianza, y sólo en el caso de que ésta no se preste, se procederá al embargo (art. 597 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La solicitud de fianza y, por consiguiente, de embargo, puede partir del Ministerio Fiscal o del actor civil, e incluso, sin necesidad de petición alguna, puede el Juez de instrucción decretar el embargo (art. 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Desde luego siempre existirá un beneficiario de la anotación (el perjudicado por el delito o falta), pero del mandamiento no resultará quién sea. Esto es claro si el embargo ha sido decretado a solicitud del Ministerio Fiscal o por propia iniciativa del Juez instructor. Y en el supuesto de que se haya ordenado a petición del actor civil, tampoco contendrá el mandamiento las circunstancias identificadoras de éste.

Pues bien, en estos casos (y otros similares) no creo que deba practicarse la anotación a favor del Juzgado de Instrucción, ni de la Audiencia Provincial, ni del Ministerio Fiscal, que ni tienen personalidad jurídica ni son beneficiarios directos de tal medida cautelar. Tendremos en estos casos, a mi juicio, una anotación sin anotante, de forma que podríamos encuadrarla dentro de ese grupo que señala CAMY (volumen V, página 708), en que lo único que se refleja en el acta de anotación es la suspensión de pagos, la quiebra, etc. (en nuestro caso, el embargo), pero «sin que pueda indicarse persona alguna a cuyo favor se declare el derecho o la situación anotada».

(En el cambio de impresiones posterior a la exposición de la ponencia, el compañero J. PARRA JIMÉNEZ expresó su opinión favorable a la exigencia, en todo caso, de la constancia en el mandamiento del domicilio del anotante con la finalidad de facilitar la notificación que a éste ha de hacerse de la iniciación de determinados procesos de ejecución. A mi juicio, la omisión del domicilio no debe considerarse defecto [ni siquiera subsanable] que impida la anotación. Pueden alegarse las razones siguientes:

- En ninguno de los procesos de ejecución [ordinario, judicial sumario, extrajudicial] se exige la citación a los titulares de *anotaciones anteriores* a la hipoteca o crédito anotado que se ejecuta.
- Tampoco es necesaria la citación a los titulares de anotaciones de embargo posteriores, si se trata del procedimiento ejecutivo ordinario [art. 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sólo exige la notificación a los titulares de hipotecas].
- Sí será, en cambio, necesaria la notificación a los titulares de anotaciones posteriores, cuando se trate de los procedimientos judicial sumario o extrajudicial [arts. 131-5.º de la Ley Hipotecaria y 235-4.º del Reglamento Hipotecario]; pero dicha notificación deberá practicarse con arreglo a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre notificaciones en general sin que el domicilio que pudiera resultar del mandamiento deba considerarse como domicilio convencional o pactado a estos efectos, ni asimilarse, por tanto, al domicilio «para la práctica de notificaciones y requerimientos», a que se refiere el artículo 130 de la Ley Hipotecaria.
- No deben exigirse mayores requisitos para la anotación de un embargo que para la inscripción a favor de un

tercer poseedor, y para éste no se exige la constancia de un domicilio [arts. 143 y 222 del Reglamento Hipotecario]).

e) El importe de lo que por principal y, cuando proceda, por intereses y costas se trate de asegurar (arts. 72 de la Ley Hipotecaria y 166 del Reglamento Hipotecario).

Basta aquí con que se exprese la cantidad total a asegurar: si esta cantidad es sólo por principal o engloba intereses y costas, o si se señala una cantidad por principal y otra por intereses y costas, o si se reseñan tres cantidades (por principal, por intereses y por costas), el resultado, en mi opinión, será el mismo. La anotación deberá practicarse.

Y si el embargo recayera sobre varias fincas o derechos, se expresará la cuantía del crédito u obligación de que respondan todos ellos o bien la especial de cada uno, caso de haberse efectuado la distribución (artículo 167 del Reglamento Hipotecario), ya que no es aplicable a las anotaciones (art. 216-2 del Reglamento Hipotecario) la regla de determinación de la cantidad de que deba responder cada finca en caso de hipoteca sobre varios inmuebles.

f) Inserción literal de la providencia de embargo con expresión de su fecha (art. 165 del Reglamento Hipotecario). Creo que no es necesario que el mandamiento exprese que la providencia de embargo es firme. Me parecen convincentes las razones alegadas por el Seminario de Aragón en una nota de colaboración publicada en el *Boletín del Colegio de Registradores* (núm. 64 diciembre de 1971), al relacionar la frase «en su caso» del artículo 165 del Reglamento Hipotecario, con lo dispuesto en el artículo 68 del Reglamento Hipotecario sobre providencias apelables en un solo efecto o en ambos efectos, y terminar diciendo que no es preciso, en nuestro caso, la expresión de firmeza.

g) Fecha del mandamiento y firma del Juez que lo expide y el Secretario que lo refrenda.

h) Identificación de la finca o derecho embargado.

No existe norma específica que regule la forma en que debe identificarse o describirse en el mandamiento la finca o el derecho embargado. Y como a todas las anotaciones preventivas (y, por tanto, a las de embargo) son aplicables las reglas generales establecidas para las inscripciones parece, en principio, que los inmuebles objeto de embargo deberán describirse en la forma ordenada por el artículo 51 del Reglamento Hipotecario (art. 166 del Reglamento Hipotecario).

Pero es lo cierto que a lo largo de la normativa específica para anotaciones se observa, tanto en la Ley como en el Reglamento, una menor rigidez en cuanto a la exigencia de datos considerados no esenciales.

Basta leer, al respecto, los artículos 72 y 73 de la Ley Hipotecaria. En la misma línea, el artículo 75 de la Ley Hipotecaria es menos riguroso, al regular la nulidad de las anotaciones, que el artículo 30, referente a las inscripciones. Por su parte, la Dirección General ha mantenido el criterio (ver *Resolución de 13 de julio de 1971*) de que «en beneficio de la recta administración de justicia deberá practicarse la anotación aun en los casos en que de los títulos o documentos presentados para obtenerlas no resulten todas las circunstancias exigidas legalmente». Siempre—parece innecesario añadir—que se expresen las precisas e indispensables para que la anotación no sea nula.

Pues bien, aplicando este criterio de menor rigurosidad al punto que nos ocupa, opino que no es imprescindible que el mandamiento contenga una descripción completa y detallada de la finca embargada. Basta, a mi juicio, con que contenga datos suficientes para su perfecta identificación. Por ejemplo: podrían faltar los linderos si se indica el término municipal, situación, cabida y datos de inscripción y todos ellos coinciden con los registrales; podría faltar la expresión de la cabida en el sistema métrico si consta en medidas del país y éstas coinciden con las obrantes en el Registro, etc. No es posible dar reglas generales. Todo consiste en que no quepan dudas acerca de la identidad de la finca embargada con la inscrita en el folio en que se ha de practicar la anotación. Si tales dudas no existen, la anotación debe practicarse, aunque la descripción de la finca en el mandamiento sea incompleta.

Puede citarse en apoyo de esta idea la *Resolución de 28 de marzo de 1969*, relativa a un supuesto de denegación de anotación de demanda, pero aplicable por analogía a las anotaciones de embargo. Se suspendió la anotación por no expresarse los linderos de la finca que se pretendía anotar (entre otros defectos), y la Dirección General declaró al respecto que «al haber el Registrador identificado plenamente y sin lugar a dudas la finca objeto del litigio», no parece haya de acogerse este defecto, «aun cuando el inmueble no aparezca descrito correctamente en el mandamiento por no reunir los requisitos exigidos por los artículos 9 de la Ley y 51 del Reglamento».

Se plantea un problema especial en el caso de embargo de resto de finca no determinado. Dos recientes Resoluciones (2 de marzo de 1973 y 8 de mayo de 1978) se han ocupado de la exigencia reglamentaria (artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario) de describir la porción restante en las escrituras y en las notas marginales de segregación. Vista su doctrina, podemos decir que las descripciones de resto han desaparecido de la vida registral, puesto que—según aquéllas—la superficie del resto resulta de una simple operación aritmética y el lindero por donde se ha efectuado la segregación consta en la descripción de la porción segregada.

No vamos a enjuiciar ahora la postura de la Dirección General, que no ha hecho más, por otra parte, que sancionar una práctica desde hace tiempo generalizada. Pero sí podemos extraer la lógica conclusión de que cuando se embargue un resto no determinado, sólo se podrá exigir que el mandamiento describa la finca tal como figuraba en el Registro antes de la o las segregaciones realizadas e indique la superficie o cabida que tras aquéllas resulta inscrita. De no ser así, se imposibilitaría la anotación de embargo sobre restos no determinados, ya que para el demandante sería imposible conseguir una descripción correcta, y aunque no lo fuera, sería inadmisibles que se pudieran modificar o concretar los datos físicos registrales mediante las manifestaciones de quien no es titular registral.

B) MANDAMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Son aplicables a este tipo de mandamientos la mayoría de las ideas ya expuestas con relación a los judiciales. Voy a reseñar, por tanto, de una manera breve, sus peculiaridades, refiriéndome a las normas que a ellos dedican el Reglamento y la Instrucción General de Recaudación.

Las circunstancias que deben expresar son las siguientes:

a) Indicación del Recaudador que lo expide.

Los Recaudadores de Zona son órganos de recaudación del Ministerio de Hacienda. Cada Zona es una de las demarcaciones en que se divide el territorio de cada Delegación de Hacienda. Cada Recaudador es competente en el territorio demarcado para la misma que se ajustará en cuanto sea posible y se estime conveniente al de los Partidos Judiciales (artículos 6 y 7 del Reglamento General de Recaudación).

Si fuere necesario embargar bienes situados fuera de la jurisdicción del Recaudador que tramita el expediente se dirigirá oficio rogatorio al que corresponda para que proceda al embargo y devuelva el oficio con las diligencias practicadas (art. 112 del Reglamento General de Recaudación y regla 61-8 de la Instrucción General de Recaudación). También aquí, como vemos, rige el principio de coincidencia territorial para determinar la competencia.

b) Copia de la providencia de apremio dictada por el Tesorero de Hacienda.

La providencia de apremio es el acto de la Administración que despacha la ejecución contra el patrimonio del deudor, en virtud de uno de los títulos que llevan aparejada ejecución. La autoridad competente para dictarla es el Tesorero de Hacienda. Es acto esencial para la ejecución, ya que si hubiese omitido «la vía de apremio sería improcedente» (artículo 95 del Reglamento General de Recaudación).

c) Copia de la diligencia de embargo extendida por el Recaudador, en la que se especificarán las siguientes circunstancias:

- Nombre y apellidos, razón social o denominación del propietario y, en su caso, del poseedor de la finca embargada.
- Descripción detallada de la finca.
- Derechos del deudor sobre los bienes embargados.
- Importe total del débito que se persigue, conceptos a que corresponde y responsabilidad total a que se afecte el inmueble por principal, recargos y costas.
- Prevención de que del embargo se tomará anotación preventiva en el Registro de la Propiedad.
- Indicación de que la anotación preventiva deberá tomarse a favor del Estado.

Debe tenerse en cuenta, en este punto, que si no es el Estado el titular del crédito que motiva la ejecución, la anotación debe practicarse a favor de la Entidad u Organismo que lo fuere, lo que habrá de resultar del propio mandamiento (regla 68-f) de la Instrucción General de Recaudación). Por ejemplo, los derivados de la Seguridad Social Agraria se ejecutan por la vía de apremio administrativo y la anotación de embargo, en su caso, deberá practicarse a favor de la Mutualidad Nacional Agraria de la Seguridad Social, a quien deben ser adjudicados los bienes, si a ello ha lugar (Orden de 2 de agosto de 1971 y Circular de la Intervención General de la Administración del Estado de 2 de febrero de 1972).

d) Indicación de las personas a quienes se ha notificado el embargo, concepto en que lo han sido y la forma en que la notificación se ha llevado a efecto.

El embargo de inmuebles debe notificarse al deudor en todo caso. Si se trata de bienes gananciales, se notificará asimismo al cónyuge del ejecutado (arts. 114 y 120 del Reglamento General de Recaudación). Si el deudor es viudo y se pretende anotar el embargo sobre bienes gananciales antes que se haya inscrito la liquidación de la sociedad conyugal, deberán ser notificados, además del deudor, los herederos del cónyuge premuerto.

Si se embargan cuotas o participaciones indivisas, se notificará el embargo a los demás condueños (regla 62-9 de la Instrucción General de Recaudación). Si el deudor es menor o está incapacitado, se notificará a sus representantes legales (así se deduce del art. 99-2 del Reglamento General de Recaudación). Si se trata de personas jurídicas se hará la notificación a la persona o personas a quienes corresponda su representación con arreglo a la Ley o a los Estatutos porque se rija.

Las notificaciones pueden hacerse de diversas formas: mediante cédula (en el domicilio del interesado o en el de sus representantes legales o incluso voluntarios si se hubiesen señalado previamente), por correo certificado con acuse de recibo, por edictos publicados en la Alcaldía de la capitalidad de la Zona y en el *Boletín Oficial de la Provincia* (si se trata de deudor con domicilio desconocido) o por edicto publicado en el *Boletín Oficial del Estado* (si el deudor reside en el extranjero si bien debe tenerse en cuenta que conforme al art. 46 de la Ley General Tributaria los sujetos pasivos residentes en el extranjero durante más de seis meses cada año natural, deberán designar un representante con domicilio en territorio español).

e) Expresión de que ni la Administración ni sus agentes pueden facilitar más datos sobre los bienes embargados que los contenidos en el mandamiento.

No es preciso que el mandamiento exprese que es firme la resolución que acordó el embargo (claramente, en este sentido, la *Resolución de 22 de junio de 1965*).

Por último, cabe decir que los mandamientos han de presentarse en el Registro por triplicado: uno de los ejemplares se devolverá en el acto con el «recibí», el otro se devolverá en su día con la nota de despacho y el tercero se archivará en el Registro.

VI. SUPUESTOS DUDOSOS Y ESPECIALES

Examinamos aquí una serie de casos en que o bien se exigen requisitos especiales para la anotación o bien pueden originar dudas acerca de la posibilidad misma de anotar.

1. BIENES AFECTOS A UNA PROHIBICIÓN DE ENAJENAR

En la doctrina se discute si el efecto de cierre producido por la prohibición de enajenar afecta sólo a los actos dispositivos voluntariamente otorgados por el titular registral o se extiende también a las enajenaciones forzosas decretadas por Jueces o Tribunales o derivadas de apremios administrativos.

Según MORRELL, el cierre debe producirse en todo caso. LA RICA (*Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, primera parte, pág. 123) distingue entre las enajenaciones forzosas motivadas por un interés privado (que no deben inscribirse) y las motivadas por un interés público (que deben tener acceso al Registro). Añadiendo, en el punto que nos interesa, que «la anotación de la prohibición de enajenar no puede obstar

a la práctica de otras anotaciones posteriores, por ejemplo, de embargo», porque «no debe olvidarse que el cierre del Registro afecta a los asientos de inscripción o anotación de actos dispositivos, pero no a asientos de otra clase que no exijan el ejercicio de facultades dispositivas».

ROCA SASTRE, por su parte, no es demasiado claro: por un lado, nos dice que «dicho efecto de cierre debería producirse en todo caso», precisando luego que «dados los términos del artículo 145 del Reglamento Hipotecario, cabe afirmar que la regla dominante es la opuesta», y añadiendo más adelante que «más bien nos inclinaríamos a favor de la tesis del cierre absoluto y sin distingos, pues, aparte de que las resoluciones que admiten dicha distinción se refieren a embargos, no hay que olvidar lo fácil que es provocar una ejecución judicial a base de un crédito simulado». En mi opinión, esta última frase de ROCA carece de valor dialéctico, ya que no es posible calificar un documento basándose en la mayor o menor posibilidad de simulación. En ningún caso podrá el Registrador fundamentar su calificación en la posibilidad de simulación, ni aun cuando por medios ajenos al Registro y al documento presentado llegara a tener vehementes sospechas de ella. Luego, encarados con el mandamiento de embargo y la prohibición de enajenar, habremos de decidirnos a favor o en contra de la anotación por otras razones.

Recientemente, R. AROZARENA POTES ha estudiado con detalle la posibilidad de anotar los embargos derivados de apremios administrativos sobre bienes afectos a prohibiciones de enajenar (en su trabajo «Responsabilidades tributarias y prohibiciones de enajenar», en *Estudios de Derecho Tributario*, publicado por el Instituto de Estudios Fiscales, volumen II págs. 997 y sigs.). Su opinión, como veremos después con detalle, es favorable a la anotación.

En la jurisprudencia del Centro Directivo encontramos tres resoluciones también favorables a la práctica de la anotación.

Por mi parte, entiendo que para mayor claridad y dada la distinta naturaleza y los diferentes efectos de las prohibiciones de enajenar según su origen, debemos distinguir entre las voluntarias, las judiciales y las legales.

a) *Prohibiciones voluntarias*

Opina AROZARENA POTES que si el favorecido por la prohibición es el propio adquirente de los bienes (o sea, el propio titular registral), la enajenación forzosa debe considerarse lícita e inscribible, ya que a la voluntad del constituyente de la prohibición no puede darse más alcance que el que racionalmente es admisible, y no puede justificar la elusión del pago de obligaciones tributarias la existencia de una prohibición

establecida con distinta finalidad. En cambio, si el favorecido por la prohibición es una tercera persona, únicamente admite la posibilidad de ejecución del «dominio modificado» de que es titular el responsable de la deuda sujeta a ejecución, subrogándose el rematante en la posición jurídica del anterior propietario y quedando, por tanto, obligado a cumplir las prestaciones impuestas a aquél. Y esto último solamente en el supuesto de que tales prestaciones sean «fungibles».

Personalmente, esta opinión no me satisface. El efecto propio de las prohibiciones voluntarias de enajenar es el de provocar el cierre del Registro a los actos dispositivos que no se conformen con la prohibición impuesta por el testador o donante y que emanen de la voluntad del donatario, heredero o legatario gravado. De modo que, por una parte, sólo impiden la inscripción de los actos expresamente prohibidos y parece claro que ningún testador ni donante podría prohibir el embargo de los bienes donados o heredados, y por otra, el acto dispositivo que pueda producirse en su día no tendrá origen en la voluntad del gravado con la prohibición, sino en el derecho de los acreedores a hacer efectivo el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil.

Para el caso de que la prohibición se haya establecido en beneficio de persona distinta al titular registral gravado con ella, entiendo que todo dependerá de la configuración que se haya dado al derecho de la persona favorecida. Si se ha establecido como verdadero derecho real sobre la finca, es indudable que sólo será embargable el derecho gravado y que el rematante adquirirá la finca con la limitación que tal derecho real suponga, sin que pueda privarse del mismo a su titular, que no es responsable del incumplimiento del deudor ejecutado. Pero si se estableció como derecho personal que, por consiguiente, sólo puede hacerse valer frente al obligado (titular de la finca), está claro que no debe afectar a terceros, que no puede esgrimirse frente a los acreedores. La imposibilidad de cumplir una obligación no puede servir de fundamento para impedir el cumplimiento, siquiera forzoso, de otra.

Un tercer supuesto, no contemplado por AROZARENA, surgiría cuando lo establecido a favor del tercero no es un verdadero derecho (ni real ni personal), sino una simple facultad. Pensemos, por ejemplo, en aquellos casos, bastante frecuentes en la práctica, en que se prohíbe al donatario enajenar «sin consentimiento del donante», de forma que aquél puede disponer únicamente si el donante lo consiente.

Creo que para proponer una solución hemos de intentar desentrañar la naturaleza o carácter del consentimiento a prestar por el donante. A mi juicio, es un asentimiento a la disposición ajena. El donante no es ya dueño de la finca y, por tanto, no puede disponer de ella. Es el donata-

rio, verdadero titular del dominio, el que dispone. Aquél asiente el acto dispositivo de éste. Las enajenaciones realizadas sin consentimiento del donante no adolecerían de nulidad radical o inexistencia, ya que el consentimiento posteriormente prestado las confirmaría, subsanando sus vicios de origen.

Así las cosas y *salvando todas las distancias*, podría pensarse en aplicar por analogía lo establecido para los bienes gananciales o la doctrina de la *Resolución de 29 de diciembre de 1977* para las compras con pacto de sobrevivencia que después veremos. Y entender, en consecuencia, que el embargo podría practicarse y sería anotable, bien sin ningún requisito especial, bien exigiendo, a lo sumo, que se haya notificado la existencia del procedimiento a la persona (en nuestro caso, el donante) que haya de prestar su consentimiento a las enajenaciones del donatario.

(El compañero A. SULLEIRO CARBALLEIRA planteó, con posterioridad a la exposición, el problema de cuál sería la postura a adoptar en el supuesto de bienes donados con prohibición expresa de embargar [al parecer, conocido por este compañero en la práctica]. A mi juicio, una donación con prohibición de este tipo no sería inscribible, a menos que se inscriba la donación denegando la prohibición, y en el caso de que hubiese tenido acceso al Registro no impediría la anotación de embargo. Creo que podrían alegarse los siguientes argumentos:

- Por una parte, el donante o testador sólo puede imponer prohibiciones o limitaciones al donatario, heredero o legatario, pero no a terceras personas que con él no han contratado ni de él han recibido nada. De ninguna manera puede admitirse que la donación o el testamento permita influir en la esfera jurídica de un tercero no interviniente ni favorecido con aquéllos, privándole de una facultad a todos reconocida, como es la ejecución forzosa del patrimonio de su deudor. Creo que no invalida esta idea la norma contenida en el artículo 1.807 del Código Civil, según la cual: «El que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista». A mi juicio, este artículo representa una excepción que confirma la regla general, puesto que debe pensarse que el legislador, al incluir una norma expresa en este sentido, pensaba en la existencia de una regla general opuesta.

- Por otra, toda prohibición de disponer debe apoyarse en una causa motivadora justa y no caprichosa, debe perseguir un fin legítimo [la razón guisada de *Las Partidas*], y en nuestro caso [aunque en la mente del donante o testador existirá siempre una finalidad a conseguir] aparentemente no se muestra otra meta que la de salvaguardar los bienes de la ejecución forzosa, lo cual nunca podrá considerarse fundamento o causa suficiente para la prohibición, sobre todo cuando viene a contravenir el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil.)

(Con posterioridad a la lectura de esta ponencia se ha publicado la Resolución de 23 de octubre de 1980, que contempla el siguiente supuesto: mandamiento judicial de embargo de finca urbana inscrita en cuanto al usufructo a favor de persona distinta al ejecutado y en cuanto a la nuda propiedad a nombre del deudor por título de donación con prohibición de enajenar ni gravar durante la vida de la donante, quien se había también reservado la facultad de vender la finca en caso de necesidad.

Resuelve la Dirección General a favor de la posibilidad de practicar la anotación de embargando, declarando:

- que la facultad de disponer reservada por la donante actúa o puede actuar como una condición resolutoria, dado que el actual propietario [el donatario] puede verse privado de su derecho, si se ejercita por el donante la facultad que se reservó y, en consecuencia, no puede desconocerse que cabe practicar la anotación de embargo, si bien podrá quedar extinguida caso de resolverse el derecho del propietario;
- en cuanto a la prohibición de enajenar hay que tener en cuenta que la titularidad dominical del deudor, menguada en la actualidad, puede en su momento consolidarse plenamente, ya que la prohibición de enajenar es puramente temporal [vida de la donante], y si desaparece la causa que la justifica, recobra el inmueble la libertad de poder ser transmitido, por lo que, dada la finalidad cautelar de la anotación, no hay obstáculo para la práctica de la misma si bien sujeta a las limitaciones hoy existentes.)

b) *Prohibiciones judiciales*

M. ALVAREZ BEJIGA (en su conferencia «Efectos civiles y registrales de las prohibiciones de enajenar», pronunciada en el Seminario de Al-

bacete) enumera las siguientes prohibiciones de disponer de origen judicial:

- La que puede decretarse en los juicios de rebeldía, conforme al artículo 764 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- La que puede imponerse sobre los bienes hereditarios sujetos a juicio de testamentaría o abintestato, con arreglo a los artículos 1.030 y 1.097 de la misma Ley.
- La que puede ser decretada por el Juez entre las medidas discrecionales del artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a instancias del demandante para asegurar la efectividad de la sentencia que recayere en un juicio. Si bien, en opinión del citado autor, tal prohibición no tendría utilidad alguna, puesto que una vez anotada la demanda, cualquier acto dispositivo posterior no puede perjudicar al demandante si vence en el pleito.
- Las decretadas en los supuestos de suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores, aunque se trata más bien en estos casos de anotaciones de incapacidad.
- La derivada de la anotación de secuestro y posesión interina a favor del Banco Hipotecario, que según varias resoluciones de la Dirección General impiden la posibilidad, por parte del deudor, de todo acto traslativo del dominio de las fincas anotadas, a menos que cuente con la aquiescencia del Banco. Entiende, no obstante, ALVAREZ BEJIGA, acertadamente a mi juicio, que no es posible aceptar hoy día esta doctrina como válida y vigente, en cuanto que el artículo 26-2.ª de la Ley Hipotecaria debe entenderse necesariamente en el sentido de que la resolución procesal que decreta la anotación de la prohibición de enajenar debe ordenar tal prohibición de forma expresa y rotunda sin que baste se ordene la anotación del secuestro y posesión interina añadiendo que las normas en que se basaba la postura del Centro Directivo deben entenderse derogadas después de la Ley de 19 de junio de 1971, que convirtió al Banco Hipotecario en Entidad Oficial de Crédito bajo la forma de sociedad anónima.

Cita, además, como prohibiciones de disponer de origen administrativo, las que pueden derivarse de lo dispuesto en los artículos 64 de la Ley de Contrabando de 16 de julio de 1964 y 11 de la Ley de Montes Vecinales en Mano Común de 27 de julio de 1968.

En cuanto a la eficacia de estas prohibiciones judiciales para impedir o dificultar el embargo y consiguiente anotación de las fincas a ellas afectas, dos resoluciones de la Dirección General nos orientan sobre la postura a adoptar.

En la de 7 de julio de 1900 se trataba de mandamiento derivado de juicio ejecutivo ordenando la anotación de embargo sobre finca respecto de la que anteriormente se había tomado anotación de prohibición absoluta de vender, gravar y obligar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 764 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Declara la Dirección General que la anotación a que se refiere el citado artículo no es otra cosa que una incapacidad que la ley impone al declarado rebelde para que no pueda ejecutar voluntariamente ningún acto de disposición de sus bienes, y por ello la anotación de embargo pretendida no está comprendida en dicha prohibición, ya que no se refiere a ningún acto voluntario del declarado rebelde, sino al cumplimiento de una providencia judicial dictada a instancias de otro interesado. Dejando aparte la falta de técnica en que incurre al hablar de «incapacidad que la ley impone al declarado rebelde», la solución afirmativa que la resolución acepta está fundada exclusivamente en el carácter no voluntario de la anotación de embargo.

En la de 7 de enero de 1928, el mandamiento de embargo tenía por objeto dos créditos hipotecarios sobre los que también había recaído previamente la anotación de prohibición de enajenar del artículo 764 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La Dirección General declaró que «es necesario distinguir las prohibiciones de enajenar, por su origen, en legales, judiciales y voluntarias, así como en el segundo grupo deben separarse las provocadas por un mandamiento que tiende a asegurar las resultas procesales de aquellas que en cierto modo cierran el Registro, por exigencias supremas de orden público, e impiden la extensión de posteriores asientos», y que la prohibición derivada del artículo 764 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como precaución adoptada contra el rebelde, encuéntrase en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria normas adecuadas a su desenvolvimiento, y en los artículos 1.923 y 1.927 del Código Civil, una clara transformación en preferencia contra los acreedores que ostenten créditos posteriores a cargo del mismo deudor. En consecuencia, revoca la nota denegatoria y confirma el auto presidencial, que consideró anotable al embargo.

ARÓZARENA POVES se inclina en estos casos por la posibilidad de la anotación de embargo, si bien las ventas que pudieran derivarse del procedimiento de apremio fiscal no deben inscribirse mientras subsistan los efectos de la prohibición de disponer.

Esta opinión me parece acertada. Pienso que la anotación de embargo debe practicarse en todo caso, entendiendo que queda subordinada al resultado del pleito en que se decretó la prohibición de enajenar, de manera que la enajenación posterior sería inscribible si, cuando llegue al Registro el título que la formalice, está ya cancelada la anotación

de la prohibición de disponer (por caducidad o por haber sido ordenado por el Juzgado o Tribunal que la decretó), mientras que no lo sería si en tal momento esta última anotación está vigente o si, como consecuencia del procedimiento de que ésta deriva, el demandado ha sido privado de su titularidad registral.

c) *Prohibiciones legales*

En cuanto a éstas, creo que sería válido, como criterio general, atender al interés protegido y a la finalidad perseguida en cada caso por la prohibición, anotando o no el embargo según la mayor o menor compatibilidad de esta medida con aquel interés y finalidad. Lo que ocurre es que examinando las prohibiciones actualmente existentes en nuestro Derecho, no encontramos (y en esto coincido con AROZARENA POVES) en ningún caso razones sólidas que impidan la anotación de embargo.

En efecto, siguiendo a dicho autor y de forma sucinta, hagamos una referencia a las distintas prohibiciones legales:

- La del artículo 196 del Código Civil (herederos del ausente declarado fallecido) no juega en nuestro caso, puesto que se refiere únicamente a los actos dispositivos a título gratuito.
- Las establecidas por los artículos 51 y 52 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y por el número 4 del artículo 1.628 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (retracto gentilicio) exceptúan el caso de que el retrayente o adquirente hubiere venido a peor fortuna. Y dentro de esta excepción debe incluirse el supuesto de falta de pago a los acreedores: si el deudor, por carecer de fortuna, puede transmitir voluntariamente, no hay razón para negar a los acreedores la posibilidad de satisfacer su crédito mediante la ejecución forzosa.
- La dispuesta por el artículo 99 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos para el caso de que el arrendatario ejercitara el derecho de acceso a la propiedad de la finca arrendada, no conlleva como sanción la nulidad plena del acto dispositivo que la contravenga, sino que «en caso de incumplimiento de esta obligación, el arrendador podrá solicitar la anulación de la transmisión y disponer libremente de la finca». Esto quiere decir que la prohibición que nos ocupa no impide la realización y la inscripción de los actos dispositivos del arrendatario que accede a la propiedad, aun cuando la sentencia estimatoria de la acción de anulación, ejercitada por el antiguo arrendador, pueda originar la posterior cancelación de las inscripciones de tales actos dispositivos. De lo que clara-

mente puede deducirse que tampoco esta prohibición puede impedir la anotación de embargo.

- La que impone el artículo 17-1 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos al arrendatario que adquiere la propiedad de la finca ejercitando el derecho de retracto que le concede el artículo 16, encuentra su justificación—dice AROZARENA—en el deseo de la ley de que quede demostrada con hechos posteriores la rectitud de intención del retrayente, de modo que el ejercicio del retracto no pueda servir de base a un negocio especulativo más o menos próximo. Ahora bien, en la ejecución forzosa no se tiene en cuenta la voluntad (ni, por tanto, la intención) del ejecutado, ya que se lleva a cabo sin aquélla o en contra de la misma. No cabe el argumento de que el colono retrayente puede ponerse en situación de deudor con ánimo fraudulento, porque (aparte lo dicho más arriba acerca de la simulación) basta alegar que sería irracional que frente al incumplimiento de un deber jurídico tributario (o no tributario, añadimos), se opusiera la práctica irresponsabilidad patrimonial basándose en una prohibición dictada con otra finalidad.

La Resolución de 30 de diciembre de 1946 admitió también la posibilidad de anotación de embargo en un caso como el estudiado, si bien limitando sus efectos. Se pretendía anotar el embargo decretado en vía de apremio, seguida para exacción de costas procesales, sobre finca afectada a la prohibición de enajenar durante el período de seis años siguientes a la adquisición por el arrendatario que ejercitó el derecho de retracto (artículo 17 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935). Declaró el Centro Directivo que debe practicarse la anotación, pero manteniendo la prohibición de enajenar hasta que transcurra el plazo de su vigencia, basándose en que el legislador no ha querido en este caso formar un verdadero patrimonio inembargable, sino privar temporalmente al retrayente de la facultad de libre disposición por actos *inter vivos* con objeto de evitar especulaciones y en que la naturaleza precautoria y cautelar del embargo no implica absoluta contradicción con la fuerza impeditiva que se atribuya a una prohibición temporal de enajenar.

- La establecida por el artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a los adquirentes en virtud de retracto de comuneros o enfiteútico afecta solamente a la porción indivisa retraída o a la nueva separación de dominio directo y útil, pero no impide indudablemente la venta del pleno dominio o de la mayor porción indivisa resultante de la unión de la porción retraída a la que

anteriormente tuviera el retrayente. Por tanto, será posible el embargo—y su anotación—, tanto del dominio pleno como de dicha mayor participación indivisa.

- La impuesta por el artículo 54 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978 sobre viviendas de promoción oficial («las viviendas de promoción pública podrán transmitirse *inter vivos* en segundas o sucesivas transmisiones por los propietarios cuando hayan transcurrido cinco años desde la fecha del contrato de compraventa y siempre que previamente se haya hecho efectiva la totalidad de las cantidades aplazadas») tampoco impide, a mi juicio, la anotación de embargo, toda vez que su infracción no origina la nulidad del acto dispositivo, sino únicamente la posibilidad del ejercicio por parte de los Entes públicos promotores de los derechos de tanteo y retracto, con arreglo a los artículos 1.507 y siguientes del Código Civil. Sería un caso similar al del artículo 99 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, a que nos referimos anteriormente.

Entiendo, en cambio, que todas aquellas prohibiciones o simples limitaciones de origen legal (como, por ejemplo, la autorización administrativa previa como requisito para la enajenación) que tiendan a conservar ciertos bienes para el cumplimiento de fines determinados de interés general impiden no sólo la enajenación propiamente dicha, sino también el embargo (y la consiguiente anotación) de tales bienes. En atención a esta idea he incluido más arriba determinados bienes entre los inembargables por ministerio de la ley.

2. BIENES DEL DECLARADO EN SUSPENSIÓN DE PAGOS

En una ponencia presentada en el entonces Seminario de Albacete (y publicada en el núm. 92 del *Boletín del Colegio*, mes de junio de 1974) expuse mi opinión favorable a la posibilidad de anotar los embargos decretados sobre bienes del declarado en suspensión de pagos. Creo que no sería oportuno repetir ahora los argumentos que barajé entonces, por lo que voy a limitarme a reseñar las conclusiones a que llegué en aquella ocasión, que fueron las siguientes:

- a) Durante la etapa comprendida entre la anotación de la declaración del estado de suspensión de pagos (o de la solicitud de tal declaración) y la inscripción del convenio pueden practicarse anotaciones de embargo, cualquiera que sea la naturaleza del crédito que traten de asegurar y el tipo de procedimiento—judicial o administrativo—de que di-

manen los mandamientos que las ordenen. Y esto sin necesidad de advertencia o salvedad alguna en el mandamiento.

b) Una vez inscrito el convenio y mientras no conste en el Registro su cumplimiento o incumplimiento, únicamente pueden anotarse los embargos derivados de créditos comprendidos en el párrafo 3.º del artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos que hayan usado de su derecho de abstenerse de concurrir a la Junta y que, por consiguiente, no quedan afectados por el convenio.

Debo hacer, no obstante, dos puntualizaciones.

Por una parte, quisiera aclarar que las anteriores conclusiones, que sigo defendiendo, están referidas a embargos derivados de créditos anteriores a la declaración de la suspensión de pagos, pero no a los que pudieran nacer con posterioridad al convenio. Me explicaré. No cabe duda de que el convenio entre acreedores y suspenso puede tener un contenido muy diverso: puede consistir en una simple quita o espera, en la intervención de todas las operaciones del suspenso, en la cesión de sus bienes a una comisión para su realización y pago a los acreedores, etcétera. En algunos de estos supuestos, la capacidad del suspenso para administrar sus bienes y realizar actos de disposición resulta indemne; en otros, sus facultades de administración o disposición pueden quedar mediatizadas o sustituidas por otras personas u órganos (interventores, comisión liquidadora, etc.). Pero en todo caso será posible que con posterioridad al convenio se contraigan válidamente nuevas deudas independientemente de que baste para ello la voluntad del suspenso o sea necesaria la concurrencia de la de otras personas. Tales deudas pueden quedar impagadas y en tal caso entiendo que la anotación de embargo será posible aun con posterioridad a la inscripción del convenio, puesto que el nuevo acreedor no puede estar vinculado por éste. De otra manera, los acreedores posteriores al convenio quedarían indefensos. Lo que sí deberá tenerse muy en cuenta, como requisito indispensable, es que la demanda (en el procedimiento que va a dar lugar a la anotación) se haya dirigido, en su caso, contra aquella o aquellas personas u órganos a quienes correspondan, en virtud del convenio, facultades de administración de bienes o de simple control o intervención de las operaciones del ejecutado.

Por otra parte, resulta obligado reseñar que con posterioridad a la ponencia citada, se han dictado dos resoluciones sobre el tema: son *las de 25 de junio y 23 de octubre de 1979*, y en ambas se plantea el problema en relación con mandamientos derivados de procedimientos administrativos de apremio. En las dos se admite que la anotación podría realizarse, si bien se rechaza en los dos supuestos concretos porque nin-

gundo de los mandamientos contenía la salvedad de que no se seguiría adelante la ejecución mientras no se hubiera terminado el expediente de suspensión de pagos.

Quiere esto decir que se admite la posibilidad de anotación únicamente si en el mandamiento se ha hecho constar la indicada salvedad, con lo que viene a confirmarse la postura contraria a la por mí defendida. Así las cosas, creo que lo más prudente será atenerse al criterio del Centro Directivo, aunque personalmente no alcanzo a comprender la utilidad de esa salvedad que tan importante parece. Pienso que, en definitiva, estamos anticipando una calificación futura, como dije en aquella ponencia. Porque el hecho de que el mandamiento contenga tal salvedad no impide que el Recaudador pueda seguir el expediente de apremio y que se llegue a la subasta y adjudicación y se otorgue incluso escritura de venta, y que tal escritura se presente a inscripción. Se me dirá que esa escritura no será inscribible. De acuerdo. Pero no será inscribible por razones sustantivas y no por el hecho de que no se haya cumplido lo indicado en el mandamiento. La nota denegatoria se apoyará en la existencia del expediente de suspensión y en la paralización legal de las ejecuciones individuales, pero no creo que pueda apoyarse en el incumplimiento del «compromiso» del Recaudador. Por tanto, ¿para qué sirve dicha salvedad?

No creo tampoco que deba atribuirse a ésta una finalidad admonitoria ya que la misión del Registrador consiste en calificar (y despachar, en su caso) los documentos presentados a inscripción y no en hacer advertencias a particulares o funcionarios sobre lo que deben o pueden hacer. Esta función de consejo o aviso es admisible e incluso recomendable, pero debe desenvolverse en todo caso fuera del ámbito de la calificación. Por último—y si de advertencias se trata—, pienso que ya es suficiente aviso el hecho de que en la certificación de cargas posterior a la práctica de la anotación (obligada en todos los supuestos de apremio administrativo) debe constar la existencia de la anotación de suspensión.

Un criterio, que pudiera llamarse ecléctico, sostiene J. SOLCHAGA LORTEGUI (en su trabajo «Anotación preventiva de embargo ordenada por la Hacienda Pública», en los *Estudios de Derecho Tributario*, vol. II, páginas 1419 y sigs.), al opinar que le parece acertada la solución de la Dirección General en cuanto la anotación debe practicarse con la advertencia de que la ejecución no podrá continuar hasta que termine el expediente de suspensión, pero discrepando del Centro Directivo al entender que no puede exigirse que tal salvedad resulte del propio contenido del mandamiento porque, por una parte, el órgano ejecutivo desconocerá normalmente la existencia de dicho expediente y, por otra, tal exigencia

parece innecesaria para que el Registrador, a la vista del contenido del Registro, practique la anotación preventiva con la advertencia aludida.

3. BIENES GANANCIALES

Hemos de centrarnos, en este punto, en el estudio del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, distinguiendo dos posibles supuestos: que la anotación se pretenda antes de la disolución de la sociedad de gananciales o después de ella.

A) *Antes de la disolución*

El párrafo primero del artículo citado exige la concurrencia de tres requisitos:

a) Que el embargo se haya decretado por deudas y obligaciones contraídas por el marido o la mujer, en su caso, a cargo de la sociedad de gananciales.

Estoy de acuerdo con BUENAVENTURA CAMY cuando dice (*Comentarios*, vol. VI, págs. 107 y 108) que se aborda aquí el problema civil de cuáles deudas son de cargo de la sociedad de gananciales y cuando añade que en realidad tal requisito hace referencia al Juez y no al Registrador, ya que es aquél quien, como uno de los fundamentos de la providencia ordenando el embargo, habrá de decidir sobre ello, sin que pueda el Registrador pronunciarse sobre este punto, que escapa a la calificación registral. Aparte, podría añadirse que el Registrador carecería de datos para calificar, ya que los mandamientos no especifican el origen, naturaleza o características de la deuda que motiva el embargo.

b) Que los bienes hayan sido adquiridos a título oneroso durante el matrimonio y aparezcan inscritos a nombre de ambos cónyuges indistintamente o bien a nombre de la mujer o del marido, siempre que, en este último caso, no conste la pertenencia exclusiva a uno de los cónyuges del dinero de la adquisición.

Por tanto, podrá practicarse la anotación sobre los bienes inscritos, al amparo de las reglas primera o segunda del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, y sobre los adquiridos a título oneroso e inscritos a nombre de uno u otro de los cónyuges con anterioridad a la reforma del Reglamento Hipotecario de 17 de marzo de 1959.

¿Y si se trata de bienes inscritos a favor de uno de los cónyuges en caso de separación de hecho? La *Resolución de 4 de mayo de 1978* ha declarado que si la mujer adquirente manifiesta en la escritura que está separada de hecho de su marido, estamos ante un supuesto de forma de inscribir no prevista en el actual artículo 95 del Reglamento Hipotecario,

que habrá de realizarse «practicando la inscripción sólo a nombre del cónyuge adquirente, tal como previene el artículo 1.401-1.º del Código Civil en relación con el artículo 1.407 del mismo Cuerpo legal, mientras no se pruebe que pudiera pertenecerle privativamente».

Parece surgir así una nueva forma de inscripción de bienes gananciales: se inscriben a nombre del cónyuge adquirente; pero, en definitiva, como gananciales, mientras no se pruebe lo contrario. No me parece muy acertada la resolución cuando dice que la inscripción debe practicarse sólo a nombre del adquirente, «tal como previene el artículo 1.401-1.º del Código Civil», pues pienso que dicho artículo (al igual que el 1.407) no previene absolutamente nada acerca de la forma de practicar la inscripción. El único fundamento que puede encontrarse a la decisión del Centro Directivo estaría en el hecho de que al no existir referencia expresa a este tipo de adquisiciones en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario debe aplicarse el criterio general de inscripción a favor del adquirente. Claro que esta argumentación nos llevaría a aplicar la misma solución (o sea, inscripción sólo a favor del adquirente) en aquellos casos en que el único cónyuge adquirente manifieste (sin aseveración por parte del otro) que el dinero invertido en la adquisición es privativo suyo, ya que tal supuesto tampoco está expresamente previsto en el repetido artículo 95 del Reglamento Hipotecario. Solución esta última no aceptada unánimemente por la doctrina (cf. LA RICA: *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959, pág. 98) ni aplicada en la práctica.

Pero dejando todo esto aparte, lo que interesa resaltar aquí es que *el supuesto de inscripción a favor del cónyuge separado de hecho queda encuadrado dentro de los límites del artículo 144 del Reglamento Hipotecario*, en cuanto se trata de adquisición onerosa durante el matrimonio y los bienes aparecen inscritos a nombre de uno de los cónyuges, sin que conste la pertenencia exclusiva del dinero invertido en la adquisición.

c) Que la demanda se haya dirigido contra ambos cónyuges.

Esta tercera exigencia del artículo 144 del Reglamento Hipotecario fue objeto, en su día, de fuertes críticas, basadas en el hecho evidente de que si bien la demanda conjunta es posible cuando la deuda ha sido contraída por ambos cónyuges, no lo es, en cambio, cuando fue contraída por uno solo. Y así, LACRUZ BERDEJO (*Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pág. 470) mantuvo ya la opinión de que en tales casos debería dirigirse la demanda, de una parte, contra el marido (si fue éste el que contrajo la deuda), en calidad de deudor, y de otra, contra la mujer, exclusivamente a los efectos del artículo 1.413 del Código Civil, despachándose la ejecución contra el marido.

La Dirección General, por su parte, aceptó pronto esta vía de inter-

pretación. *Las Resoluciones de 11, 20 y 24 de febrero de 1964* (aunque en los casos concretos planteados confirmaron las notas denegatorias, por no haber sido dirigida la demanda contra la esposa del embargado) declararon que en la práctica puede cumplirse esta exigencia si se extiende la demanda a la mujer al solo efecto de darle a conocer la existencia de la litis y hacer posible la enajenación futura. Dando un paso más, *las Resoluciones de 9, 13 y 14 de diciembre de 1966* consideraron cumplido este requisito siempre que, junto con la demanda al marido, se haya pedido la notificación a la mujer.

Entiendo que hoy día esta cuestión es pacífica y que los mandamientos de embargo se anotan tanto si la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges, como si se ha dirigido contra uno de los ellos y contra el otro, a los solos efectos del artículo 1.413 del Código Civil o del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, como si se ha dirigido contra uno de ellos y solicitado se notifique al otro la existencia del procedimiento o la práctica del embargo.

Ahora bien, una vez reducida por vía jurisprudencial la exigencia de la demanda conjunta a la simple solicitud de notificación, *cabe plantearse la pregunta de si es indiferente, a efectos de practicar la anotación, que el cónyuge demandado sea o no el adquirente según el Registro*. Pienso que la respuesta debe ser negativa.

En todos aquellos casos de adquisición para la sociedad de gananciales en que *la inscripción se haya practicado sólo a favor del cónyuge adquirente* (supuestos de la regla 2.ª del art. 95 del Reglamento Hipotecario, de adquisiciones por cónyuge separado de hecho o de inscripciones practicadas antes de la reforma reglamentaria de 1959), *entiendo que será necesario que la demanda se haya dirigido precisamente contra el cónyuge que figure como titular registral*. Ello es consecuencia obligada, a mi juicio, del juego de los llamados principios de consentimiento y tracto sucesivo material. *La Resolución de 17 de marzo de 1919* ya declaró que «de la inmediata aplicación de los principios de tracto sucesivo y consentimiento del titular, que sirven de base a las transferencias hipotecarias, se desprende la necesidad de que las acciones judiciales cuyo término pueda ser la enajenación de un derecho real sobre inmuebles vayan dirigidas contra la persona a cuyo favor aparezca inscrito o contra los legalmente llamados a comparecer ante los Tribunales en su representación». Esta exigencia no resultaría cumplida mediante la notificación al titular registral de la demanda interpuesta contra su cónyuge (si éste no es asimismo titular registral).

En cambio, *si la inscripción se ha practicado a favor de ambos cónyuges conjuntamente* (conforme a la regla 1.ª del art. 95 del Reglamento Hipotecario), creo que *sería anotable el embargo aun cuando la demanda*

se haya dirigido contra el cónyuge no adquirente y notificado a éste. No se da, en este caso, la infracción de aquellos principios, puesto que aunque la adquisición la realice uno de los cónyuges, la titularidad registral corresponde a ambos sin atribución de cuotas.

B) *Después de la disolución*

Una vez disuelta la sociedad de gananciales y antes que se haya inscrito la adjudicación o adjudicaciones derivadas de su liquidación, podrá ser anotado el embargo—dice el párrafo 2 del artículo 144 del Reglamento Hipotecario—«si la demanda se hubiere dirigido conjuntamente contra el supérstite y los herederos del premuerto».

Sólo contempla esta norma el supuesto de disolución de la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges, aunque es evidente que la disolución también puede producirse por otras causas: nulidad del matrimonio (arts. 72 y 1.417 del Código Civil), separación personal de los cónyuges o separación judicial de bienes (arts. 73 y 1.434 del Código Civil) y pacto en capitulaciones matrimoniales celebradas después del matrimonio (en este sentido, la *Resolución de 29 de septiembre de 1978*). En todos estos casos parece claro que la demanda habrá de dirigirse conjuntamente contra ambos cónyuges.

Ahora bien, ¿será suficiente con dirigir la demanda contra uno y solicitar que se notifique al otro o a los herederos del premuerto? Entiendo que no. Al disolverse la sociedad de gananciales surge—según reiterada jurisprudencia—una comunidad romana por cuotas, aunque éstas recaigan sobre el total patrimonio ganancial como unidad y no sobre los bienes o derechos concretos que lo integren. Y si existe comunidad ordinaria, los principios de tracto sucesivo material y consentimiento exigen que todos los comuneros sean demandados. En esta línea, la *Resolución de 10 de julio de 1952* declaró que no podía anotarse el embargo decretado contra el marido, que ya había contraído segundas nupcias, sobre la mitad indivisa de una finca inscrita a su nombre por título de compra durante su primer matrimonio, puesto que en tanto no se practique la liquidación de la sociedad conyugal no puede atribuirse al sobreviviente el dominio de una parte o de la totalidad de ciertos bienes gananciales.

Por último, una vez inscritas las adjudicaciones derivadas de la liquidación de la sociedad de gananciales, la cuestión se simplifica. Es necesario, pero al mismo tiempo suficiente, que se dirija la demanda contra el titular registral, adjudicatario de los bienes embargados.

4. BIENES INSCRITOS A FAVOR DEL CAUSANTE («MORTIS CAUSA») DEL DEMANDADO

El artículo 166-1.^a del Reglamento Hipotecario contiene dos reglas claras al respecto, distinguiendo según se trate de deudas del causante o del heredero demandado:

- Si se trata de deudas del causante (titular registral) y el procedimiento se ha seguido contra herederos indeterminados de aquél, bastará expresar la fecha de su fallecimiento; mientras que si el procedimiento se ha dirigido contra herederos ciertos y determinados, deberán consignarse, además, las circunstancias personales de éstos.
- Si se trata de deudas propias del heredero o legatario demandado, deberán hacerse constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos y de los certificados del Registro de Actos de Ultima Voluntad y de Defunción del causante. En este caso, la anotación se practica sobre los inmuebles o derechos que especifique el mandamiento, pero en la parte que corresponda a los derechos hereditarios del deudor. Para CAMY (*Comentarios*, volumen VI, pág. 103) estamos aquí ante un caso de anotación implícita de derecho hereditario, o dicho de otra forma, ante un supuesto de tracto sucesivo abreviado, en el que el derecho hereditario no se anota expresamente, pero consta en el cuerpo del asiento.

5. BIENES INSCRITOS A FAVOR DE MENORES O INCAPACITADOS

La única observación que puedo hacer para estos casos resulta obvia: la demanda debe haber sido dirigida contra el representante legal del menor o incapaz sujeto a ejecución. Para los apremios administrativos, se deduce del artículo 99-2 del Reglamento General de Recaudación que deberá notificarse al representante legal la práctica del embargo.

La Resolución de 27 de junio de 1953 nos ofrece un ejemplo claro. Se presentó mandamiento de embargo de finca inscrita a favor de persona condenada a la pena de reclusión mayor con sus accesorias, circunstancia ésta que constaba tanto en el Libro de Incapacitados como en el folio abierto a la finca embargada. El Registrador suspendió la anotación «por no constar expresamente que la demanda se haya interpuesto contra el tutor del interdicto», y la Dirección General confirmó la nota, declarando que las inscripciones de incapacidad deben tenerse en cuenta al calificar los documentos referentes a fincas inscritas a favor del inca-

pacitado, y que al haberse dirigido la demanda contra persona cuya incapacidad para comparecer en juicio se había hecho constar en el Registro en virtud de sentencia firme, no pueden estimarse cumplidos los artículos 229 del Código Civil y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que preceptúan la intervención procesal del representante del incapacitado y, en su consecuencia, no cabe extender la anotación ordenada.

6. BIENES INSCRITOS A FAVOR DE EXTRANJEROS

La Resolución de 10 de marzo de 1978 ha dejado perfectamente claro que la regla 1.^a del artículo 95 del Reglamento Hipotecario solamente es aplicable a los supuestos típicamente españoles de la sociedad de gananciales, sin que pueda extenderse a casos distintos y, por tanto, en ningún supuesto, a las adquisiciones por extranjeros, en que la inscripción habrá de realizarse a favor de quien aparezca como adquirente (tanto si la adquisición es gratuita, como si es onerosa).

Quiere esto decir, a mi juicio, que para la anotación del embargo trabado sobre finca inscrita a favor del extranjero será suficiente con que la demanda se haya dirigido contra el titular registral, sin que sea necesario demandar, ni siquiera notificar, a su cónyuge, aunque se trate de finca adquirida a título oneroso durante el matrimonio, puesto que haya que entender también que el artículo 144 del Reglamento Hipotecario es solamente aplicable a los supuestos típicamente españoles de la sociedad de gananciales.

7. BIENES AFECTOS A UNA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

Utilizo, como punto de partida, las siguientes ideas, que considero aceptadas unánimemente por la doctrina:

- En las sustituciones fideicomisarias puras o a término, el fiduciario es un propietario gravado de restitución. La obligación de conservar y transmitir le priva de la facultad de disponer, pero en lo demás es un verdadero propietario.
- En las sustituciones fideicomisarias condicionales, el fiduciario ostenta un dominio resoluble, de modo que—como dice ROCA SASTRE—podrá realizar actos dispositivos de los bienes con la esperanza de que, por incumplirse la condición, se desvanezca el gravamen restitutorio, «pero en el bien entendido de que no podrá disponer de los bienes en concepto de libres del fideicomiso, pues los actos de disposición que otorgue quedan sujetos al even-

to o contingencia del cumplimiento o incumplimiento de la condición».

- El fideicomisario, por su parte, mientras no ha transcurrido el plazo señalado para la restitución (las s.f. puras) o no se ha cumplido la condición (en las s.f. condicionales), sólo tiene una expectativa de derecho a los bienes fideicomitidos, transmisible a sus herederos en el primer caso y no en el segundo, de la que podrá disponer *inter vivos*, aunque quedando sujeto el acto dispositivo a la contingencia del incumplimiento de la condición, en su caso.

Todas las facultades, derechos, condiciones, etc., derivados de la sustitución fideicomisaria constarán en el Registro a través de las correspondientes inscripciones de herencia (arts. 79, 84 y 51-6.º del Reglamento Hipotecario).

Pues bien, si aceptamos estas premisas, debemos aceptar también que el derecho del fiduciario es susceptible de embargo en todo caso. Aclarando que lo que puede ser embargado es precisamente el derecho que realmente tiene el fiduciario sobre los bienes, o sea, el dominio con el gravamen restitutorio o la propiedad resoluble, según los casos. Lo que no podrá embargarse es la propiedad o dominio ordinario de los bienes fideicomitidos.

En la *Resolución de 5 de septiembre de 1974* podemos encontrar apoyo a esta idea, aunque no se discutió en aquélla la posibilidad de la anotación de embargo, sino el acceso o no al Registro de un auto judicial de adjudicación al Estado de dos fincas embargadas a favor de la Hacienda e inscritas a nombre del ejecutado en virtud de testamento que imponía el tránsito de los bienes a un nieto y otros familiares en el momento del fallecimiento de aquél. La Dirección General confirmó la nota denegatoria porque «al atribuir al Estado el dominio pleno de ambas fincas en virtud de las subastas realizadas se han traspasado los límites del derecho subjetivo del obligado, así como su poder de disposición, con olvido de los posibles derechos de terceras personas sobre los inmuebles».

AROZARENA POVES (en el trabajo citado), comentando esta resolución, nos dice que «el error de la Administración tributaria fue el de no haber hecho constar en el embargo y en la subasta que el objeto de los mismos era el derecho peculiar del fiduciario, cuyo contenido no coincide con el de la propiedad ordinaria de los bienes». ., y que «tal error no se hubiera producido si se hubiese dado cumplimiento correctamente al artículo 122-1-f) del Reglamento General de Recaudación, que exige que el mandamiento administrativo de embargo contenga expresión del derecho que tenga el deudor sobre los bienes embargados».

Creo, por mi parte, que también la conducta del Registrador fue

parcialmente responsable del planteamiento del problema, pues aunque la resolución citada no encuentra contradicción en el hecho de anotar primero el mandamiento y denegar luego la inscripción de la adjudicación, entiendo que la anotación debió rechazarse si en el mandamiento se interesaba anotación de embargo del dominio pleno y el titular registral ejecutado sólo ostentaba un dominio gravado de restitución.

En cuanto al derecho del fideicomisario, opino que:

- No será embargable ni susceptible de anotación el derecho del fideicomisario condicional, ya que éste (por serle aplicable el artículo 759 del Código Civil y no el art. 784) nada adquiere hasta que tenga lugar el cumplimiento de la condición.
- Mientras que será embargable y susceptible de anotación de embargo el derecho del fideicomisario puro o a término (salvo que los fideicomisarios fueran personas inciertas, por la imposibilidad de determinar en tal caso su identidad).

Queda, por último, el fideicomiso de residuo. Todo dependerá, en cuanto a éste, de la postura que se adopte acerca de su naturaleza jurídica. Si se acepta, con la opinión doctrinal más generalizada, que es una verdadera sustitución fideicomisaria, valdría lo antes dicho para ésta. Si, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se entiende que estamos ante una institución condicional, habríamos de llegar a la conclusión de que sería embargable el derecho del fiduciario, que ostenta aquí un dominio pleno y ordinario de los bienes, y no lo sería el del fideicomisario, que nada adquiriría hasta que se cumpliera la condición (que queden bienes al fallecimiento del fiduciario).

8. BIENES VENDIDOS CON PACTO DE RETRO

El comprador a carta de gracia tiene un dominio resoluble. Pero mientras la resolución no se produzca, sus derechos sobre la cosa son idénticos a los de un propietario normal. Y mientras aquélla forme parte de su patrimonio responderá, como todos sus demás bienes, del cumplimiento de sus obligaciones. De aquí que los bienes vendidos con pacto de retro sean embargables, al igual que son hipotecables (art. 105-7 de la Ley Hipotecaria). Claro está que si el vendedor ejercita su derecho a retraer volverán las cosas al estado en que se encontraban antes de la venta, de modo que la resolución del derecho del comprador llevará consigo la ineficacia (y consiguiente cancelación, a mi juicio) de la anotación de embargo, puesto que «el vendedor que recobre la cosa vendida —dice el artículo 1.520 del Código Civil—, la recibirá libre de toda

carga o hipoteca impuesta por el comprador», y aun cuando esta norma sólo se refiere a gravámenes de origen voluntario, entiendo que rige igualmente para las cargas forzosamente impuestas, ya que, sea con, sin o contra la voluntad de una persona, en ningún caso se podrán gravar o sujetar más derechos que los que tal persona tenga.

9. BIENES RESERVABLES

El reservista, tanto en la reserva viudal como en la lineal, puede disponer de los bienes inmuebles sujetos a la reserva, aunque la enajenación quedará afectada por la condición resolutoria de que a su muerte queden reservatarios (así resulta del art. 975 del Código Civil, aplicable también a la reserva del art. 811). Por tanto, los derechos del reservista serán embargables y susceptibles de anotación, si bien las posibles enajenaciones derivadas de ello estarán asimismo amenazadas de resolución.

La cuestión, en cambio, no resulta tan clara cuando se trata del derecho del reservatario, cuya naturaleza jurídica es objeto de discusión doctrinal y encontrada jurisprudencia. ROCA SASTRE (*Estudios*, volumen II, página 315), entre otros, sostiene que se trata de un derecho sometido a condición, que es suspensiva para el reservatario y resolutoria para el reservista, y que tal derecho es transmisible. VALLET (en trabajo publicado en la *R.D.P.*, año de 1959, pág. 289, entre otros estudios) opina, con otros autores, que los reservatarios, durante la situación de pendencia, no tienen más que una expectativa protegida con las medidas que el reservista ha de adoptar. No tienen aquéllos realmente un derecho de adquisición pendiente de condición suspensiva, ya que muerto el reservista, la adquisición de los bienes por el reservatario no tiene lugar *ipso iure*, puesto que si este último fallece sin haber reclamado los bienes no transmite derecho alguno a sus herederos. Lo único que nace al morir el reservista es la facultad o poder personalísimo de los reservatarios definitivos de adquirir, reclamar o reivindicar los bienes, facultad que no es transmisible *mortis causa*. De aquí que el derecho de los reservatarios no sea transmisible.

La jurisprudencia, por su parte, se muestra vacilante. La Dirección General, en *Resoluciones de 28 de agosto de 1911 y 6 de abril de 1912*, declaró no inscribibles sendas escrituras de hipoteca del derecho del reservatario. La conocida *Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1914* sostuvo el criterio favorable a la transmisibilidad de los derechos de los reservatarios y dio lugar a que la *Resolución de 27 de octubre de 1917*, dictada para dar ejecución a lo decidido en la sentencia citada sostuviera criterio distinto al anteriormente mantenido por el Centro

Directivo, si bien *la de 19 de febrero de 1920* volvió a proclamar de nuevo que los reservatarios no tienen un derecho del que puedan disponer. Por su parte, el Tribunal Supremo también ha insistido posteriormente en que se trata de una situación que genera un derecho transmisible (ver Sentencia de 18 de abril de 1942).

Más recientemente CAMY (*Comentarios*, volumen III, pág. 686) se inclina a favor de la tesis tradicional de la Dirección General, afirmando que el derecho del reservatario no es un verdadero derecho real y que no puede ser enajenado ni hipotecado. Personalmente, me parece más sugestiva la opinión de PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, volumen III, pág. 283), para quien la reserva pendiente genera a favor de los reservatarios la expectativa correspondiente a los derechos suspensivamente condicionados, expectativa que tiene carácter personalísimo y colectivo, en el sentido de que la protección se dispensa exclusivamente a favor de los que pertenezcan al grupo de los reservatarios y que debería ser exclusivamente considerada como posible objeto de negocios jurídicos que únicamente generan obligaciones.

10. DERECHO DE RETRACTO CONVENCIONAL

En la moderna doctrina no se pone en duda el carácter de derecho real del retracto convencional (arts. 1.510 y 1.520 del Código Civil), se admite sin discusión que es un derecho transmisible y que su enajenación es inscribible (cf. las *Resoluciones de 28 de julio de 1931 y 16 de noviembre de 1938*), aparte de que, según el artículo 107-8.º de la Ley Hipotecaria, es susceptible de hipoteca. A mayor abundamiento, el artículo 1.512 del Código Civil dispone que «los acreedores del vendedor no podrán hacer uso del retracto convencional contra el comprador, sino después de haber hecho excusión de los bienes del deudor», con lo que parece que estamos en presencia de uno de los supuestos de acción subrogatoria a que se refiere el artículo 1.111 del Código Civil. Y siendo así, queda claro que el derecho de retracto convencional no tiene carácter personalísimo, no es uno de aquellos derechos «inherentes a la persona» de que habla el citado artículo. Por tanto, la conclusión lógica consiste en considerar embargable el derecho de retracto convencional y anotable el embargo, si tal derecho aparece inscrito a favor del demandado.

11. DERECHO DE USUFRUCTO

La opinión favorable a la inembargabilidad del derecho de usufructo sería consecuencia lógica de la tesis mantenida por aquellos autores que

(como ROCA SASTRE y BELTRÁN DE HEREDIA) defienden el carácter personalísimo e intransmisible del usufructo. Pero la verdad es que esta opinión encuentra hoy muy escasos partidarios y ante la claridad con que se pronuncian los artículos 480 del Código Civil (el usufructuario podrá enajenar su derecho de usufructo), el 108-2.º de la Ley Hipotecaria (podrá hipotecarse el usufructo legal viudal) y el 107-1.º (podrá hipotecarse el derecho de usufructo), parece obligado admitir sin reservas la embargabilidad del derecho de usufructo voluntario y del legal de los artículos 834 y siguientes del Código Civil, excluyendo los demás usufructos legales por lo dicho más arriba.

Especial consideración merece el llamado usufructo con facultad de disponer para caso de necesidad. En un trabajo publicado hace unos años («Notas sobre el usufructo con facultad de disponer, *R.C.D.I.*, número 513, pág. 353) mantuve el criterio, por razones que no parece oportuno repetir ahora, de que este tipo de usufructuario puede enajenar su derecho de usufructo, pero en tal supuesto el derecho transmitido al adquirente sería un usufructo de contenido normal y desprovisto de la facultad de disponer que correspondía al enajenante. Entendía que, por el carácter personalísimo del poder dispositivo adheñido al usufructo, quedaba aquél extinguido en caso de transmisión del derecho al que va unido.

Trasladando esta idea a nuestro tema, considero que el usufructo con facultad de disponer será embargable y susceptible de anotación tal embargo, pero con ello no quedará embargada la facultad de disponer a él inherente ni, en caso de adjudicación forzosa, adquirirá el adjudicatario los poderes dispositivos que correspondían al usufructuario, sino que tales poderes quedarán extinguidos y el adjudicatario recibiría un usufructo de contenido normal.

12. BIENES COMPRADOS CON PACTO DE SOBREVIVENCIA

Podemos considerar resuelta esta cuestión después de la doctrina sentada por la *Resolución de 29 de diciembre de 1977*. Se trataba de resolver sobre la posibilidad de inscribir una escritura pública de venta (derivada de adjudicación como consecuencia de juicio ejecutivo) de una mitad indivisa de una finca que dos cónyuges catalanes, casados en régimen de separación de bienes, habían comprado por mitad y proindiviso, con el pacto de que al fallecimiento de cualquiera de ellos, la mitad perteneciente al premuerto pasaría a acrecer la parte del sobreviviente. El artículo 62 de la Compilación de Cataluña dispone que los bienes adquiridos con este pacto no podrán ser enajenados ni gravados sino por

acuerdo de ambos cónyuges, que ninguno de ellos podrá transmitir a tercera persona su derecho sobre la cosa comprada y que deberá mantenerse necesariamente la indivisión de lo adquirido.

La Dirección General se apoya en los pronunciamientos de la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona recaída en un declarativo previamente promovido y en el argumento de que si bien el citado artículo 62 de la Compilación prohíbe las enajenaciones y gravámenes voluntarios, nada dice respecto a los forzosos, por lo que (aparte la similitud que pudiera encontrarse con los supuestos sometidos al art. 1.413 del Código Civil, que una copiosa jurisprudencia ha considerado no aplicable a las enajenaciones forzosas) dado el carácter privativo que en nuestro caso tienen los bienes adquiridos, deben éstos responder de las obligaciones contraídas por sus propietarios, declarando en consecuencia:

- que la mitad indivisa de un bien sujeto a un pacto de sobrevivencia entre esposos puede ser objeto de embargo (y de enajenación a un extraño, en su caso) por obligaciones contraídas por el cónyuge propietario, con lo que se evita que amparándose en el pacto pueda el deudor dejar incumplidas sus obligaciones;
- que caso de consumarse la adjudicación, se extingue el pacto de sobrevivencia, pues de no ser así no se respetaría la esencia de la institución, al subsistir el pacto entre un extraño y uno de los cónyuges, en contra de lo claramente establecido en la Compilación.

13. DERECHO DEL DONATARIO SUCESIVO EN CASO DE DONACIÓN CON CLÁUSULA DE REVERSIÓN

En las donaciones con cláusula de reversión, a que se refiere el artículo 641 del Código Civil, conviene distinguir la posición y facultades del donatario primero y de los donatarios sucesivos.

Me parece acertada la opinión de SOTO BISQUERT («La donación con cláusula de reversión en el Código Civil», *R.C.D.I.*, núm. 459, págs. 401 y sigs.) cuando sostiene que el donatario primero puede enajenar los bienes donados. Estableciendo un paralelismo con las sustituciones testamentarias, entiende que el hecho de que el donante haya establecido una trayectoria determinada para los bienes donados no excluye la posibilidad de enajenar, siempre que la enajenación quede sujeta al mismo condicionamiento del hecho de la reversión. Ampliando esta idea, puede deducirse que los bienes de este modo donados serán embargables por deudas del donatario primero, que el mandamiento será anotable y que será inscribible la enajenación forzosa que de todo esto pueda seguirse,

aunque tanto la anotación de embargo como la inscripción de la adjudicación queden pendientes de la efectividad o no de la reversión (y, por tanto, amenazados de resolución y cancelación, si ésta tiene lugar).

En cuanto a los donatarios sucesivos, considero con el autor citado que su derecho tiene carácter personalísimo e intransmisible. «El donante—nos dice—llama a su donación a personas determinadas y sólo a ellas, y el poder jurídico que en su favor crea (o sea, el derecho a aceptar o no la donación) no puede por ello ser objeto de disposición». Y, como obligada consecuencia, no será embargable ni susceptible de anotación.

14. OTROS SUPUESTOS

Considero también susceptibles de embargo y, por tanto, anotable el mandamiento que lo ordene:

- Los bienes sujetos a condiciones resolutorias (en este sentido, la *Resolución de 7 de octubre de 1929*).
- El derecho de superficie.
- El derecho hereditario anotado.
- El derecho de elevar plantas o realizar construcciones bajo el suelo, a que se refiere el artículo 16-2 del Reglamento Hipotecario. LA RICA (*Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*. Madrid, 1959, pág. 38) entiende que la reserva de este derecho a favor del propietario del edificio, autenticada por el Registro, constituye un derecho real transmisible por actos *inter vivos* y *mortis causa*, y como tiene un contenido económico, hipotecable y embargable.

VII. PLAZO DE VIGENCIA Y PRORROGA

Las anotaciones preventivas, a diferencia de las inscripciones, son asientos provisionales, transitorios. Su duración es limitada: o se convierten en inscripciones, en los casos en que esto es posible, o caducan.

El artículo 86-1 de la Ley Hipotecaria es claro: «Las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de su fecha, salvo aquellas que tengan señalado en la ley un plazo de caducidad más breve». Como no existe plazo especial de caducidad para las anotaciones de embargo, se aplicará a éstas el plazo general de cuatro años.

El momento inicial para el cómputo del plazo de vigencia viene determinado por la fecha del asiento mismo de anotación, y no por la fecha

del asiento de presentación del documento que la produjo. Esta idea, aceptada unánimemente (ROCA, CAMY, LACRUZ), se extiende al supuesto de que la anotación de embargo definitiva haya estado precedida de otra de suspensión por defecto subsanable: no será, en este caso, la fecha de la anotación de suspensión, sino la de la anotación definitiva la que debe tenerse en cuenta a efectos de cómputo. Claramente se pronuncia en este sentido *la Resolución de 28 de mayo de 1968*, relativa a una anotación de demanda, cuya doctrina, por su carácter general, estimo aplicable a las de embargo.

En cuanto al plazo en sí mismo, por estar fijado por años, se computará de fecha a fecha, conforme al artículo 5-1 del Código Civil.

Ahora bien, este plazo normal es susceptible de prórroga. El citado artículo 86 de la Ley Hipotecaria establece: «No obstante, a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron, podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que la prórroga sea anotada antes que caduque el asiento». Esta norma ha planteado algunos problemas prácticos:

— ¿Quién puede pedir la prórroga?

A pesar de que el artículo 86 de la Ley Hipotecaria nos dice que las anotaciones podrán prorrogarse «a instancias de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron», debemos entender, con la mayoría de los autores, que la prórroga sólo puede practicarse con los mismos requisitos y en virtud de iguales documentos que la anotación misma, de modo que si la anotación se efectuó en virtud de mandamiento judicial o administrativo, no podrá llevarse a efecto la prórroga «a instancias de los interesados».

Esto es especialmente aplicable a las anotaciones de embargo. Como dice CAMY (lugar citado), si pensamos en una anotación de embargo ordenada por la autoridad judicial, su prórroga a instancias del anotante rayaría casi en la antijuricidad, pues cabría que a espaldas del Juez que la ordenó y cuando podría incluso haber terminado la situación de pendencia procesal por cualquier motivo, subsistiera la anotación, con los perjuicios de ella derivados, después de haber cesado la causa que la justificaba.

(La Resolución de 22 de octubre de 1980, publicada con posterioridad a la lectura de esta ponencia, acepta decididamente la interpretación propuesta. El supuesto de hecho contemplado fue el siguiente: mediante instancia suscrita por el interesado se solicita la prórroga de una anotación de embargo practicada en virtud de mandamiento judicial, acompañando determinados documentos con los que se pretende probar la con-

currencia de circunstancias que impidieron solicitar el mandamiento judicial ordenando la cancelación. La Dirección General [tras indicar que la concurrencia o no de tales circunstancias es materia que queda fuera de la competencia del Centro Directivo] declara que la alternativa a que se refiere el artículo 86 de la Ley Hipotecaria no tiene un carácter indiscriminado que permitiría utilizar cualquiera de los dos procedimientos indistintamente, sino que ha de utilizarse el adecuado a la anotación que se desea prorrogar y en este aspecto siempre que se trate de una anotación ordenada por la autoridad judicial es a ella a quien corresponde ordenar igualmente la prórroga, según se deduce de dicho artículo 86 de la Ley Hipotecaria y confirma el artículo 199-2 del Reglamento al reiterar la expresión «decretadas».)

Por tanto, la prórroga debe ser ordenada por la autoridad judicial. Pero ¿cuál es el Juez o Tribunal en concreto que debe decretarla? Creemos que el que esté conociendo del asunto en el momento en que la prórroga se solicite. Y ello porque solamente ese Juez o Tribunal puede conocer con exactitud la situación procesal en un momento dado y, por tanto, decidir con fundamento si procede o no acceder a lo solicitado. Además, cabe aplicar por analogía lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley Hipotecaria para las cancelaciones.

- No cabe la prórroga de oficio por el Registrador, ni siquiera en el caso de que la anotación a prorrogar se hubiera practicado de oficio, ya que no existe norma legal ni reglamentaria que lo permita. Por otra parte, esto último no será aplicable a las anotaciones de embargo, que en ningún caso se practican de oficio.
- La prórroga de cuatro años es única. No cabe, como dice ROCA, prórrogas sucesivas de cuatro años ni varias prórrogas parciales de menor duración hasta completar aquel plazo máximo.

La Resolución de 7 de marzo de 1957, relativa también a una anotación de demanda, pero sentando asimismo doctrina de general aplicación, reconoció la imposibilidad legal de una segunda prórroga, si bien advirtió sobre la conveniencia de que para determinados supuestos excepcionales se revisase el precepto legal. Precisamente las declaraciones de esta resolución, poniendo de relieve los perjuicios que pueden originarse en aquellos casos en que por agotarse todos los recursos procesales, el litigio puede prolongarse más allá del plazo inicial y el de la prórroga, motivó que en la reforma reglamentaria de 1959 se añadiese un nuevo párrafo al artículo 199 del Reglamento Hipotecario, disponiendo que las anotaciones ordenadas por la autoridad judicial que hayan sido prorrogadas no se cancelarán por caducidad hasta que haya recaído resolución

definitiva firme en el procedimiento en que la anotación y su prórroga hubieren sido decretadas.

- No es preciso que exista «justa causa» para solicitar la prórroga, ya que el artículo 86 de la Ley Hipotecaria no la exige, a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos (como el art. 96, relativo a la prórroga de la anotación por defectos subsanables).
- Para que la prórroga pueda llevarse a efecto es preciso que la anotación a prorrogar esté vigente. Las anotaciones caducadas no son susceptibles de prórroga, como declaró la *Resolución de 18 de diciembre de 1963*. El artículo 86 ordena que la prórroga sea anotada antes que caduque el asiento de anotación. Pero conviene tener en cuenta que la vigencia de la anotación a prorrogar ha de referirse solamente al día en que se presenta en el Diario el mandamiento ordenando la prórroga, de forma que si en el día de la presentación de éste la anotación está vigente, no importará que el día en que haya de practicarse la anotación de prórroga hayan transcurrido cuatro años desde la fecha de la anotación a prorrogar. Las *Resoluciones de 15 de abril y 16 de mayo de 1968* sientan claramente esta doctrina. El supuesto de hecho de la última fue el siguiente: el mandamiento de prórroga se presentó en el Diario antes que hubieran transcurrido cuatro años desde la fecha de la anotación a prorrogar, fue retirado para el pago del impuesto de transmisiones y devuelto al Registro una vez transcurrido dicho plazo, pero dentro del período de vigencia del asiento de presentación. La Dirección General declaró anotable la prórroga.
- La prórroga se refleja en el Registro mediante un nuevo asiento de anotación expresivo de la prórroga y una nota de referencia a ésta puesta al margen de la anotación prorrogada.

Hasta aquí nos hemos referido preferentemente a la prórroga de anotaciones derivadas de mandamientos judiciales. Haré ahora una breve referencia a las derivadas de mandamientos administrativos.

Tanto el plazo de vigencia como el de la prórroga son los normales de cuatro años. La prórroga se practicará en virtud de mandamiento expedido por el mismo Recaudador que ordenó la anotación primera. Según CAMY (*Comentarios*, vol. VI, pág. 145), no cabe aquí la prórroga indefinida del artículo 199 del Reglamento Hipotecario, ya que esta norma se refiere solamente a las anotaciones practicadas por mandato judicial y, como precepto de excepción, es de interpretación restrictiva. Para SOLCHAGA LOITEGUI (*Anotación preventiva de embargo ordenada por la*

Hacienda Pública, lugar citado), la opinión de CAMY es demasiado literalista. A su juicio, el fundamento que inspira el artículo 199 del Reglamento Hipotecario tiene plena aplicación en los supuestos de anotaciones derivadas de apremios administrativos, las que, una vez prorrogadas, no deberán cancelarse hasta que haya recaído resolución definitiva firme en el expediente de que derivan.

VIII. CANCELACION

Inciden en este punto gran diversidad de normas legales y reglamentarias, aplicables unas a la cancelación de asientos en general, otras a los distintos tipos de anotaciones y otras, por último, a las anotaciones de embargo con carácter exclusivo.

Vamos a prescindir por ello de un estudio sistemático de todos los preceptos en juego, y nos vamos a limitar a entresacar de ellos las reglas aplicables a las anotaciones de embargo, intentando una enumeración de los posibles supuestos de cancelación y la forma de llevarla a cabo en cada caso. Tales supuestos, a mi juicio, serían los siguientes:

1. CADUCIDAD

Es una de las causas generales de extinción de las anotaciones enumeradas en el artículo 77 de la Ley Hipotecaria. Opera de manera automática, como consecuencia del carácter transitorio y provisional de este tipo de asientos.

La cancelación por caducidad se efectúa por nota marginal (art. 206-13 del Reglamento Hipotecario), que se extenderá—según el artículo 86 de la Ley Hipotecaria—a instancias del dueño del inmueble o derecho real afectado, bastando solicitud de éste ratificada ante el Registrador (artículo 207-2 del Reglamento Hipotecario), y esto aun cuando se trate de cancelar por caducidad anotaciones practicadas por mandato judicial (lo que representa una excepción a lo dispuesto en el art. 83 de la Ley Hipotecaria). Según el artículo 355 del Reglamento Hipotecario, se entiende solicitada la cancelación de la anotación caducada por el solo hecho de pedirse certificación de cargas de la finca anotada. La cancelación, en este caso, se practica mediante la extensión de la oportuna nota marginal cancelatoria antes de expedirse la certificación. Cabe también cancelar anotaciones caducadas cuando se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho anotado, pero en este caso la cancelación

no es obligada, a diferencia del anterior, sino facultativa, ya que el citado artículo utiliza la frase «del mismo modo podrá procederse».

2. CONFUSIÓN DE DERECHOS

El artículo 210 del Reglamento Hipotecario dispone que «cuando el anotante... adquiera el inmueble o derecho real sobre el cual se haya constituido anotación de un derecho, en términos que este último quede extinguido legalmente, deberá extenderse la inscripción a favor del adquirente, si procede, en la misma forma que las demás, pero haciendo en ella la debida referencia, y si el interesado lo solicitare, la expresión de quedar cancelada la anotación, aun cuando no se presentare el mandamiento judicial ordenando tal cancelación, que en su caso sería procedente».

Aplicando esta norma al objeto de nuestro estudio, podemos afirmar que si la finca o derecho embargado es adquirido por el embargante, se produce confusión de derechos, y en la inscripción de la adquisición podrá hacerse constar la cancelación de la anotación de embargo, a requerimiento del interesado. No habrá necesidad, en este caso, de mandamiento judicial, pero tampoco podrá el Registrador actuar de oficio, pues el citado artículo (así como el art. 190 del Reglamento Hipotecario) exige solicitud del interesado.

3. NULIDAD MATERIAL O FORMAL

La anotación de embargo, como cualquier otro asiento, puede ser nula, bien porque sea nulo o inválido el título que la haya motivado (nulidad material), bien porque el asiento en sí mismo adolezca de defectos en su redacción o formalización (nulidad formal).

Entiendo que corresponde a los Tribunales ordinarios, con carácter exclusivo, la declaración de nulidad material de las anotaciones de embargo, sin que el consentimiento del titular de la anotación pueda ser suficiente y aun cuando lo sea para la rectificación del Registro en otro tipo de asientos (cf. el art. 40-d) de la Ley Hipotecaria). Si, como veremos más adelante, en el supuesto de renuncia a la anotación no es suficiente el consentimiento del titular para provocar la cancelación, menos lo será en este caso.

Para los supuestos de nulidad formal, el apartado c) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria nos remite a las normas sobre rectificación de errores, en cuyo estudio no podemos entrar.

En ambos casos, o sea, nulidad material judicialmente declarada o nulidad formal no susceptible de subsanación por las normas sobre rectificación de errores, deberá practicarse la cancelación en virtud de mandamiento expedido por la misma autoridad judicial o administrativa que hubiere decretado la anotación de embargo.

4. EXTINCIÓN DE LA FINCA O DERECHO GRAVADOS CON LA ANOTACION

Es lógico que si la finca o el derecho embargado se extinguen, la anotación, falta de base, deba cancelarse. Así lo dispone, además, el artículo 79 de la Ley Hipotecaria. Será necesario en estos casos—según el artículo 173 de la Ley Hipotecaria—presentar en el Registro los títulos o documentos que acrediten la extinción de la finca o derecho, lo que puede originar dificultades en determinados supuestos.

No habrá problema, desde luego, si el derecho embargado se extingue totalmente por el transcurso de un plazo. Tampoco si el derecho tiene carácter vitalicio: bastará acreditar la defunción de su titular. Si la extinción se produce por cumplimiento o incumplimiento de condiciones, los documentos a aportar variarán forzosamente según los supuestos y no es posible sentar ninguna regla general.

Caso especial dentro de este grupo podría ser el de la anotación de embargo del derecho hereditario. El derecho hereditario anotado puede transmitirse, gravarse y ser objeto de otra anotación (art. 46 de la Ley Hipotecaria). Por tanto, puede ser objeto de una anotación de embargo. Ahora bien, tales anotaciones de embargo se cancelan no sólo por las causas comunes a todas ellas, sino también por la cancelación de la anotación de derecho hereditario que constituye su objeto. Así, cuando presentada la escritura de partición, no aparecieran adjudicados al heredero (titular de la anotación de derecho hereditario) la finca o derecho sobre los que se hubiere tomado la anotación, procederá la cancelación de ésta, según dispone el artículo 206-10 del Reglamento Hipotecario, y como consecuencia, la de la anotación de embargo impuesta sobre la misma. Lo mismo ocurre en el supuesto de que la anotación de derecho hereditario se cancele por caducidad: expresamente dispone el artículo 209-2 del Reglamento Hipotecario que en tal caso se cancelarán las demás anotaciones que de ella traigan causa, cualquiera que sea su origen.

En cambio, cuando se trata de acreditar la extinción de la finca, el asunto se complica. No conozco ninguna norma legal ni reglamentaria que determine la forma de acreditar la desaparición física de un predio. En los casos de extinción parcial, el camino a seguir en la práctica podría ser el de la rectificación de la cabida y linderos de la finca efectuada en

cualquier título que tuviera acceso al Registro. En tales casos y en términos generales, como la cabida declarada sería inferior a la registrada, parece que no habrían de surgir inconvenientes. Pero este sistema, que podría aceptarse si la finca aparece libre de cargas, no creo pueda mantenerse en sus estrictos términos si la finca está sujeta a una anotación de embargo. Pienso que el titular de la anotación debe en este caso prestar su consentimiento a la rectificación (por disminución) de la cabida inscrita, puesto que de no entenderse así, su garantía podría quedar disminuida por la sola voluntad del deudor embargado.

Si la desaparición de la finca es total, no nos queda más recurso que la sentencia firme que así lo declare o la escritura pública en que preste su consentimiento no sólo el dueño del inmueble, sino también el titular de la carga o gravamen que pueda afectar a la finca. De todas formas, esta cuestión carece de interés práctico, ya que no es de presumir que en estos supuestos haya interés alguno en conseguir la cancelación.

Ahora bien, junto a los casos de extinción física existen otros supuestos, que algunos autores llaman de «extinción jurídica». Podrían incluirse aquí los de extinción meramente tabular, derivados de la agrupación o división de inmuebles, pero tales operaciones registrales no dan lugar a la cancelación de las anotaciones de embargo, que subsisten arrastradas en las fincas resultantes de aquéllas.

Tampoco se producirá la cancelación propiamente dicha, sino a lo sumo una especie de modificación de objeto, en los casos de extinción del régimen de propiedad horizontal. *Si éste se extingue por destrucción del edificio*, el embargo y su anotación subsistirá sobre el solar resultante, y si el objeto de la traba era uno (o varios) de las viviendas o locales integrantes de aquél, la anotación subsiste sobre la cuota (o cuotas) que corresponda a dicho local o vivienda en el solar base de la edificación. Entiendo, en cambio, que—una vez anotado el embargo sobre uno o varios de los elementos privativos—*no será posible extinguir el régimen de propiedad horizontal por voluntad del titular único o por acuerdo de todos los titulares de aquéllos, sin el consentimiento del titular de la anotación*. Caso de entenderse lo contrario, la anotación de embargo deberá arrastrarse a la inscripción de extinción del régimen de propiedad horizontal, si bien su objeto será ahora una parte alícuota del edificio proporcional a la cuota que el elemento privativo originariamente embargado tuviera a los efectos de participación en beneficios y cargas.

Mejor encuadran en la llamada «extinción jurídica» todos aquellos supuestos en que se produce un cambio en el régimen jurídico de la finca que resulta incompatible con el embargo anteriormente anotado. Podría pensarse en el siguiente ejemplo: comprada una finca por la esposa sin acreditar la procedencia del dinero invertido, se inscribe como ganancial

(al amparo de la regla 1.^a del art. 95 del Reglamento Hipotecario), después se anota un embargo por deudas de la sociedad de gananciales en procedimiento dirigido contra el marido y posteriormente se acredita el carácter privativo del precio, y por nota marginal se hace constar que la finca debe considerarse como parafernál de la esposa compradora. Surge así un régimen jurídico (carácter parafernál) que no se aviene con el embargo decretado contra el marido por deudas gananciales. Ahora bien, como estamos ante una rectificación del Registro que no puede perjudicar a terceros de buena fe (art. 40 de la Ley Hipotecaria, párrafo último), para la cancelación de la anotación de embargo será preciso que la esposa, titular registral, a través del correspondiente procedimiento de tercera de dominio, consiga el oportuno mandamiento judicial cancelatorio (ver Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1970).

Más claramente pueden incluirse en este grupo aquellos casos en que la finca deja de estar en el comercio de los hombres y se convierte en bien de dominio público: se producirá normalmente entonces una desinscripción de tales bienes, que—por otra parte—son inembargables. Para el caso particular de la expropiación forzosa, el artículo 32, regla 5.^a, del Reglamento Hipotecario dispone que las cargas y gravámenes inscritos con posterioridad a la nota marginal indicativa de la expedición de la certificación de dominio y cargas, se cancelarán en virtud del mismo título en que se practique la inscripción a favor del expropiante o beneficiario, mientras que para cancelar las anteriores deberá constar que los interesados fueron citados en forma legal y concurrieron al pago o se consignó el precio o la parte necesaria del mismo, según los casos. Interesa resaltar que (a diferencia de lo que ocurre en los apremios judiciales o administrativos) en el expediente de expropiación no subsisten las anotaciones de embargo anteriores.

5. MANDAMIENTO JUDICIAL

Es la vía normal de cancelación de las anotaciones de embargo. Las anotaciones preventivas hechas en virtud de mandamiento judicial—dice el artículo 174 del Reglamento Hipotecario—no se cancelarán sino en virtud de resolución judicial que sea firme. Las anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria, ordena el artículo 83 de la Ley Hipotecaria. Y el artículo 207 del Reglamento añade que la cancelación se practicará mediante la presentación del testimonio de la resolución judicial recaída o mandamiento donde se ordene la cancelación.

El Registrador, claro está, no puede entrar en el fundamento del mandato cancelatorio. Según el artículo 207 del Reglamento Hipotecario, «procederá la cancelación de las anotaciones preventivas: ... 2.º Cuando en actuaciones de embargo preventivo, juicio ejecutivo, causa criminal o procedimiento de apremio se mandare alzar el embargo...». El alzamiento del embargo puede derivar de causas muy diversas: pago por el deudor demandado, desistimiento de la acción por parte del demandante, caducidad de la instancia, transacción, sentencia absolutoria, etc. Pero todo esto queda fuera de la calificación registral.

Tanto es así que incluso en el supuesto de renuncia a la anotación por parte de su titular no será suficiente el consentimiento de éste para producir la cancelación. En efecto, según el citado artículo 206 del Reglamento Hipotecario, procederá la cancelación «si la persona a cuyo favor estuviese extendida renunciare a la misma»; pero el artículo 208 puntualiza que «si la anotación se hubiere extendido en virtud de resolución judicial deberá hacerse la renuncia por solicitud dirigida y ratificada ante el Juez o Tribunal que haya ordenado la anotación, quien librará el correspondiente mandamiento al Registrador cuando fuere procedente».

Supuesto especial, dentro de este capítulo, lo constituye el de las cancelaciones derivadas de procedimiento de ejecución seguido contra la finca embargada. No nos referimos ahora a la anotación que garantice el crédito del ejecutante, ya que, en cuanto a ésta, no cabe duda de que deberá cancelarse una vez ultimado el procedimiento ejecutivo. El problema se plantea con relación a otras posibles anotaciones de embargo practicadas sobre la misma finca con anterioridad o posterioridad a la del ejecutante.

El artículo 1.516 de la Ley de Enjuiciamiento Civil estableció un sistema de purga o liberación de hipotecas y embargos, aunque fuesen anteriores al crédito que motivaba la ejecución. Y, en consecuencia, el artículo 1.518 disponía la cancelación a instancias del comprador de las inscripciones de hipoteca que afectasen a la finca, a las que había que asimilar las anotaciones de embargo. En cambio, la Ley Hipotecaria de 1909 implantó el sistema de subsistencia de cargas y gravámenes anteriores, con lo que alteró el esquema de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque sin derogarlo expresamente. En la Ley Hipotecaria vigente, las reglas 8.ª (anuncios de la subasta), 10.ª (solicitud de adjudicación por el acreedor, aceptando las cargas anteriores) y 13.ª (constancia en el acto de la subasta de que el rematante acepta las cargas consignadas en la regla 8.ª), todas ellas del artículo 131, consagran el nuevo sistema de subsistencia de cargas y gravámenes anteriores. Y, finalmente, el artículo 133, párrafo 2.º, de la misma ley establece que «lo dispuesto en el

artículo 131, en cuanto a la subsistencia de las hipotecas y demás gravámenes anteriores o preferentes al crédito del ejecutante, será aplicable no sólo a los casos en que este crédito sea hipotecario, sino también a aquellos otros en que se ejercite cualquier acción real o personal que produzca la venta de bienes inmuebles».

Doy por resuelto, en sentido afirmativo, el problema, que originó discusiones en su día, de si estos preceptos hipotecarios derogaron o no la Ley de Enjuiciamiento Civil en este punto. Y acepto por ello que en todo procedimiento de apremio judicial impera el nuevo sistema de subsistencia de cargas y gravámenes. Ahora bien, ¿cuáles son esas cargas y gravámenes que deben subsistir y, por tanto, no pueden cancelarse? La dificultad deriva de que el artículo 44 de la Ley Hipotecaria nos dice que el acreedor que obtenga anotación de embargo «tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el artículo 1.923 del Código Civil», y el número 4 de este artículo dispone que «con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia... los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial por embargos..., sobre los bienes anotados y sólo en cuanto a créditos posteriores». Se establece así un orden de prelación civil que es distinto del orden puramente registral de las anotaciones practicadas, puesto que una anotación de fecha anterior puede garantizar un crédito de fecha posterior a otro anotado con posterioridad. La cuestión se complica por la falta de precisión de las normas hipotecarias, que unas veces hablan de «gravámenes anteriores o preferentes» (art. 133-2), otras de «cargas y gravámenes anteriores y los preferentes» (art. 131-8), otras de «anotaciones de créditos no preferentes» (art. 175-2.^a del Reglamento Hipotecario) y otras, en fin, de las «anotaciones posteriores y las anteriores pospuestas» (artículo 233 del Reglamento Hipotecario).

No puedo entrar en el estudio de las distintas fórmulas propuestas por la doctrina para resolver el problema. Nos interesa solamente la postura práctica a adoptar por el Registrador ante la cuestión concreta de decidir qué anotaciones son cancelables y cuáles no lo son. Y propongo, porque personalmente me parece la más clara y sencilla de aplicar, la opinión defendida por IPIENS LLORCA («Anotaciones de embargo e hipotecas», conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado y publicada en los *Anales* de dicha Academia del año 1974). Parte este autor de la no coincidencia entre los términos «anterior» y «preferente», de manera que una anotación anterior puede ser no preferente, y otra posterior puede ser preferente a la que origina la ejecución. Pero desde el punto de vista de la cancelación de anotaciones, esa no coincidencia puede salvarse de la siguiente forma:

- Las cargas posteriores a la del actor se extinguirían todas y, por tanto, procedería su cancelación, sin perjuicio de que para el pago de los créditos garantizados con las anotaciones extinguidas se siga el orden de preferencia civil (arts. 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código Civil). Cabe así que se cancele una anotación, de fecha posterior a la del actor, que garantice un crédito civilmente preferente al del ejecutante, pero el titular de aquélla cobraría con anterioridad a éste porque a los efectos de pago a los acreedores se atendería a las normas civiles.
- Las cargas anteriores, por su parte, subsistirían todas, aunque no fuesen preferentes al crédito del actor. Con una sola excepción: la de que interpuesta tercería de mejor derecho, el Juez declare la no preferencia de todas o alguna de ellas a la del ejecutante, en cuyo caso procedería también su cancelación. Pero en el bien entendido de que la cancelación de tales cargas anteriores y no preferentes debe decretarla el Juez que entiende de la tercería y no el Juez que conoce del apremio, quien únicamente puede ordenar la cancelación de las posteriores.

Esta opinión doctrinal, por otra parte, ha sido refrendada por las *Resoluciones de 20 de marzo y 28 de septiembre de 1968*. Se planteó en ellas el problema de si procedía cancelar, de conformidad con lo ordenado por el Juez que entendía de la ejecución, determinadas anotaciones de embargo de fecha posterior a la de la escritura de hipoteca ejecutada, pero anotadas en el Registro con anterioridad a la inscripción de dicha escritura. La Dirección General declaró:

- Que la regla 17.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, aplicable al juicio ejecutivo ordinario en virtud de lo dispuesto en el artículo 133, establece que se ordenará por el Juez la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ejecuta, permitiendo el artículo 233 del Reglamento Hipotecario la cancelación de las inscripciones y anotaciones «anteriores puestas al crédito del actor», lo que deberá hacerse conforme a las normas contenidas en los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código Civil y en el ámbito del procedimiento hábil para ordenar tales cancelaciones y puestas.
- Que la reiterada doctrina del Tribunal Supremo acerca del artículo 1.923-4.ª del Código Civil de que lo que determina la preferencia para el cobro no es el orden de ingreso de los embargos en el Registro, sino la fecha de los respectivos créditos, entendida

aisladamente de otros preceptos legales, puede inducir a confusión, ya que para su correcta aplicación hay que ponerla en relación con otras normas de peculiar importancia, como son las de carácter procesal, de las que se desprende que no son los procedimientos de apremio los adecuados para resolver las cuestiones relacionadas con la preferencia de créditos, que, por el contrario, deberán ser ventiladas, según disponen las normas sobre tercería de mejor derecho, por los trámites del juicio declarativo que corresponda a su cuantía (art. 1.534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

- Que en ninguno de los diversos procedimientos de ejecución existen normas sobre la resolución del conflicto de posibles preferencias entre créditos, en caso de concurrencia sobre una misma finca, ni se prevé la citación a los titulares de anotaciones preventivas de embargo practicadas con anterioridad al asiento del ejecutante (arts. 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 131-5.º de la Ley Hipotecaria) y ni siquiera la interposición de la tercería de mejor derecho provoca la suspensión del juicio ejecutivo (artículos 1.534 y 1.535 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por todo lo cual no es función del Juez que entiende del apremio decidir acerca de estas cuestiones, pues si lo hiciera, se podría llegar a cancelar asientos sin que sus titulares hubieran podido tener conocimiento de la situación planteada.
- Que no hubo, finalmente, extralimitación en la función calificadora, ya que, según el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, corresponde al Registrador examinar la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, congruencia que no se produce en el presente caso, ya que la cancelación de las anotaciones practicadas con anterioridad a la inscripción del crédito del actor aparece ordenada no por el Juez que entiende de la tercería que pueda interponerse, que sería el competente, sino por aquel otro ante el cual se tramitó la ejecución.

Pues bien, volviendo al principio, decíamos que el Registrador no puede calificar el fundamento del mandato cancelatorio, pero sí podrá examinar (aparte la congruencia) la competencia del Juez o Tribunal que ordena la cancelación. Así resulta del tan citado artículo 99 del Reglamento Hipotecario y de los que a continuación indico.

Será competente para ordenar la cancelación de una anotación preventiva—dice el artículo 84 de la Ley Hipotecaria—el Juez o Tribunal que la haya mandado hacer o aquel a quien haya correspondido legalmente el conocimiento del negocio que dio lugar a ella. O sea, que existe

un criterio legal de identificación entre el Juez o Tribunal que ordena la anotación y el que debe decretar su cancelación. Criterio que quiebra en el caso de cancelación de anotaciones posteriores a la inscripción o anotación del crédito del ejecutante, ya que aquélla puede ser ordenada por el Juez que haya despachado la ejecución, aun cuando las anotaciones a cancelar hubiesen sido decretadas por Juez distinto, bastando para ello que el primero haga constar en el mandamiento que exhortó al segundo, comunicándole que el importe de la venta no bastó a cubrir el crédito del ejecutante o que el sobrante, si lo hubo, se consignó a disposición de los acreedores posteriores (art. 175-2.^a del Reglamento Hipotecario).

Fuera de este supuesto de excepción, las normas hipotecarias se muestran bastante rígidas en el mantenimiento de aquel criterio, hasta el punto de establecer expresamente, en el artículo 100 de la ley, que «los Registradores calificarán también, bajo su responsabilidad, la competencia de los Jueces o Tribunales que ordenen las cancelaciones, cuando no firmare el despacho el mismo que hubiere decretado la inscripción o anotación preventiva». E incluso arbitra un procedimiento especial para resolver los casos de duda (arts. 100 a 102 de la Ley Hipotecaria y 202 y 203 del Reglamento Hipotecario).

En efecto según tales normas, si el Registrador dudare de la competencia del Juez o Tribunal que ordena la cancelación, dará cuenta al Presidente de la Audiencia respectiva, comunicándolo por escrito a la parte interesada, para que pueda, si quiere, comparecer ante éste en el término de diez días, presentándole el documento en cuya virtud se haya pedido la cancelación. Si el Presidente creyere necesario algún dato del Registro para dictar resolución, lo reclamará al Registrador y, sin más trámites, decidirá lo que proceda. La resolución será comunicada al Registrador y notificada al interesado en la forma ordinaria (art. 202 del Reglamento Hipotecario).

Si el Presidente declara la competencia del Juez o Tribunal, el Registrador hará, desde luego, la cancelación. Si declara la incompetencia, el mismo Registrador comunicará esta decisión al interesado devolviéndole el despacho (art. 101 de la Ley Hipotecaria). Contra la decisión del Presidente podrá recurrirse, tanto por los Jueces o Tribunales como por los interesados, conociendo del asunto la Sala de Gobierno, la que oyendo por escrito al recurrente una sola vez, previo informe del Registrador, y pidiendo, en su caso, para mejor proveer, los documentos que juzgue necesarios (art. 203 del Reglamento Hipotecario), determinará lo que estime justo (art. 102 de la Ley Hipotecaria). Don J. LORCA GARCÍA (en su conferencia «Examen de la Ley Hipotecaria desde el punto de vista procesal», pronunciada en enero de 1977, dentro del curso de este

Centro), al tratar este procedimiento— y aparte señalar su extrañeza ante el hecho de que se hable de partes en un recurso gubernativo— nos decía, muy acertadamente, que el Presidente de la Audiencia, que ha resuelto en primera instancia, no deberá presidir la Sala de Gobierno de la misma cuando se reúna para resolver el recurso.

6. MANDAMIENTO ADMINISTRATIVO

Conviene hacer, para finalizar, una breve referencia a las especialidades de las cancelaciones de anotaciones de embargo practicadas en virtud de mandamiento administrativo.

Debe, sin duda, regir aquí la norma general de identidad entre la autoridad o funcionario competente para expedir el mandamiento de embargo y el competente para ordenar la cancelación. El Reglamento General de Recaudación dispone que «cubierto que sea el débito y costas del procedimiento con el importe de las adjudicaciones efectuadas, el Recaudador, por providencia dictada en el expediente de apremio, alzará el embargo de los bienes no enajenados y acordará su entrega al deudor» (art. 139). La regla 89 de la Instrucción General de Recaudación establece, por su parte, que «los Recaudadores y Agentes ejecutivos instructores de los procedimientos de apremio están facultados para ordenar la cancelación de *anotaciones e inscripciones posteriores* a la anotación de embargo a favor del Estado que motivó la subasta con adjudicación de inmuebles a los rematantes o a la Hacienda y, en consecuencia, expedirán los mandamientos precisos para que tales cancelaciones se efectúen».

Hay que llamar la atención sobre el hecho de que el artículo últimamente citado habla sólo de anotaciones e inscripciones posteriores a la anotación a favor del Estado, de lo que puede deducirse que los Recaudadores y Agentes no están facultados para ordenar la cancelación de anotaciones anteriores, aunque entendieran que no son preferentes a la a favor del Estado. Con lo que encontraríamos aquí la misma solución expuesta antes al hablar de los apremios judiciales.

En cuanto a la anotación de embargo que motiva la subasta y adjudicación, su cancelación está muy simplificada, ya que—según el último párrafo del artículo 207 del Reglamento Hipotecario—«cuando se trate de cancelación de embargos a favor de la Hacienda, será título bastante la escritura en la que se haga constar que queda extinguida dicha anotación o la certificación de la adjudicación (al Estado) que determina el artículo 26» del mismo Reglamento. (*Vide*, en este sentido, el considerando 3.º de la Resolución de 18 de febrero de 1980.) El último inciso de

este artículo debe complementarse hoy con lo dispuesto en la regla 96-3 de la Instrucción General de Recaudación, que establece que cuando se acuerde solicitar la adjudicación de bienes al Estado, el Recaudador presentará el expediente al Juez que presidió la subasta, con el fin de que la autoridad judicial dicte auto de adjudicación al Estado con cancelación de la anotación a favor del mismo y de los demás asientos que asimismo deban cancelarse. Quiere esto decir que la cancelación ha sido ordenada por el Juez que presidió la subasta, aunque no sea necesaria luego la expedición de mandamiento cancelatorio ni por el Juez ni por el Recaudador, siendo suficiente la reseña del auto judicial en la certificación de adjudicación al Estado, extremo éste de constancia obligada en tales certificaciones, según el artículo 159 del Reglamento General de Recaudación.

Albacete, 23 de abril de 1980.

RAFAEL RIVAS TORRALBA
Registrador de la Propiedad

Los artículos 623 y 629 del Código Civil: Apuntes para otra explicación

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *La antinomia de los artículos 623 y 629 del Código Civil*: 1. Planteamiento.—2. Estado de la cuestión en la doctrina.—3. La idea de contrato, subyacente en las explicaciones doctrinales.—III. *La donación en el Derecho romano y en el Código Civil español*: 1. La *causa donationis* en el Derecho romano.—2. La donación en el Código Civil español: estructura inversa a la del Derecho romano clásico.—IV. *Acerca de la naturaleza contractual de la donación*: 1. Consideraciones previas.—2. El tópico del Primer Cónsul.—3. La donación, acto lucrativo de atribución de cosas y derechos.—4. La aceptación del donatario. Su significación.—5. Donación y testamento; la cuestión de su revocabilidad.—V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCION

El instituto de la donación encierra indudables problemas relativos la mayor parte de los mismos a su caracterización y naturaleza jurídicas, que han llevado a la doctrina a ocuparse de forma continuada y también discrepante de algunos de sus aspectos más destacados. Así, por ejemplo, se ha discutido si se está en presencia de un acto, de un contrato o más bien de un modo de adquirir; si su *sedes materiae* debiera ser el libro IV del Código Civil («De las obligaciones y contratos») o, por el contrario, el libro III, que dedica su articulado al estudio de los diversos modos de adquirir la propiedad; si participa o no, de algún modo, del carácter de los actos de última voluntad; en fin, si más que de donación sería preciso hablar de donaciones en atención a las importantes diferencias que respecto de su régimen jurídico separan a unos y otros tipos de donación. La contemplación de estos y otros aspectos igualmente problemáticos que se podrían enumerar hizo exclamar a Bonfante, en frase tan

feliz como compartida por los estudiosos de esta institución, que «le donazioni sono obbligate a vagare como istituti in pena per le varie parti del sistema senza trovare requie in alcuna» (1).

Precisamente el punto que pretendo desarrollar en estas páginas es uno de esos temas que en la literatura jurídica de los últimos años ha ocupado un puesto relevante. Me estoy refiriendo a la contradicción—al menos, aparente—con que se presenta la formulación de los artículos 623 y 629 del Código Civil.

Es de advertir, por otro lado, que en el intento de superación de la antinomia de estos preceptos aparecen aspectos de indudable interés, que conectan directamente con buena parte de las grandes cuestiones debatidas en torno a la donación. Las diferentes explicaciones doctrinales respecto de los artículos señalados parten en su origen de claras tomas de postura sobre los puntos más polémicos de esta institución.

El objetivo de estas líneas no es otro que el de explicar—y a la postre, compatibilizar—las formulaciones contenidas en los artículos 623 y 629 del Código Civil, que, en una primera lectura, se presentan como contradictorias, desde una perspectiva institucional distinta o, al menos, no coincidente con las utilizadas habitualmente por la doctrina que se ha ocupado del tema.

II. LA ANTINOMIA DE LOS ARTICULOS 623 Y 629 DEL CODIGO CIVIL

1. PLANTEAMIENTO

El artículo 623, último precepto del capítulo primero, dedicado a la naturaleza de las donaciones, establece que *la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario*. Frente a él, el artículo 629, que está encuadrado en el capítulo siguiente, «De las personas que pueden hacer o recibir donaciones», ordena: *la donación no obliga al donante ni produce efecto sino desde la aceptación*.

En una primera aproximación interpretativa no pueden resultar más contradictorios ambos preceptos. Parece como si se hiciera depender de dos momentos, en principio distintos y que no tienen por qué coincidir, la perfección y eficacia de la donación.

Evidentemente, el tenor literal de estos artículos en su primera parte no sólo no coincide, sino que además hace referencia a conceptos con

(1) Addizione II a la traducción del tratado BAUDRY-LACANTINERIE: *Delle donazioni tra vivi e dei testamenti*, Milán, 1932.

significación distinta en Derecho. En efecto, mientras que el artículo 623 habla de «perfección», el 629 alude a la «no obligación» y a la «no producción de efectos», o, dicho positivamente, a la «obligatoriedad» y «eficacia». Ahora bien, al no ser estos conceptos jurídicos coincidentes se podría sostener, siempre en una interpretación de urgencia y apresurada, que no es extraño que los momentos a los que se refieren los preceptos comentados—conocimiento por parte del donante de la aceptación del donatario y aceptación de la donación—y a los que se anuda un determinado resultado tampoco sean coincidentes. Sin embargo, esta interpretación se hace insostenible en la medida en que se pretende vincular a una conducta presumiblemente posterior (el conocimiento de la aceptación respecto de la aceptación misma) un resultado que en la moderna dogmática (2) jurídica se presenta ordinariamente como anterior (perfección) de otro (eficacia) que en esta interpretación se anudaría a una conducta anterior (aceptación).

2. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA

Los autores que se han ocupado del tema lo han hecho en su mayoría con ocasión del estudio más amplio de toda la institución o de partes centrales de la misma. Por eso no es de extrañar que la mayor parte de las referencias bibliográficas que se van a hacer, por otra parte intencionadamente breves, se centren en tratados generales o manuales de Derecho civil. MUCIUS SCAEVOLA, para el que el artículo 623 hay que situarlo dentro del régimen de la donación traslativa, pretende armonizar este precepto con el 629, considerando que aquel artículo contempla el supuesto de otorgamiento sucesivo del acto de donar y de aceptar, mientras que éste, el 629, se refiere al supuesto de manifestación simultánea del consentimiento del donante y donatario. Así, dirá este autor, despojando al artículo 623 de su carácter absoluto y reduciendo sus contornos, resultan las siguientes dos reglas que resuelven la antítesis entre los textos legales aludidos:

1.^a La donación se perfecciona por la aceptación del donatario.

2.^a Cuando la aceptación se verifique por instrumento distinto del de la donación y el donante no concorra a su otorgamiento, deberá noti-

(2) Utilizo este término del modo más convencional posible y en la medida en que ha sido acuñado por la doctrina, si bien no me resulta especialmente afortunado, por cuanto la expresión «dogma» y sus derivados alcanzan su significación precisa en otras áreas del conocimiento.

ficarse la aceptación, por lo que hasta que no se haya practicado dicha notificación no se reputará perfecta la donación (3).

MANRESA, en la duda ante la elección de uno de los preceptos, se inclina por hacer prevalecer el artículo 623, que, a su juicio, es «más conforme con la razón, con los demás artículos que tratan de las donaciones y con las reglas de los contratos». Para armonizar dichos artículos—señala—hay que partir de una premisa lógica y racional: la aceptación no existe para el donante mientras no la conoce. Por ello quedará obligado desde la aceptación, como dice el artículo 629; pero desde la aceptación en cuanto existe para él, en cuanto la conoce, como dice el artículo 623. Cosa distinta sucede con el donatario, pues éste conoce la aceptación en cuanto la hace, por lo que desde ese momento queda obligado (4).

La tesis de la primacía del artículo 623 sobre el 629 fue durante largo tiempo dominante en la doctrina. De ella participaron, con unos u otros matices que no son del caso exponer aquí, OSSORIO MORALES (5), SANTAMARÍA ANSA (6), ESPIN (7), etc. Tal vez haya que encontrar en el artículo 1.262, párrafo 2.º, y su posible correspondencia con el 623, el punto de arranque y sustento de la corriente doctrinal señalada. Así, por ejemplo, OSSORIO MORALES nos dirá, a propósito del contrato entre ausentes, que nuestro Código Civil, en su artículo 1.262, parece aceptar la teoría del conocimiento, al decir que «la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento», e incidentalmente—continúa este autor—*vuelve a reiterar el mismo principio* (8), refiriéndose al contrato de donación, cuando dice en el artículo 623 que «la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario» (9).

La tesis expuesta parece en buena parte abandonada por los autores más recientes que se han ocupado del tema. PUIG BRUTAU; después de señalar la coincidencia entre los principios proclamados por los artículos 623 y 1.262, párrafo segundo, se inclina por hacer prevalecer el artículo 629, entre otras razones, por el distinto valor o sentido de la aceptación en los contratos y en la donación; quien ha manifestado su intención de donar—nos dirá—no puede ser equiparado a un contratante

(3) MUCIUS SCAEVOLE: *Código Civil*, tomo XI, vol 2.º, 5.ª ed., Madrid, 1943, páginas 719-720.

(4) MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, tomo V, 5.ª ed., Madrid, 1932, págs. 104-105.

(5) *Lecciones de Derecho civil, obligaciones y contratos (Parte General)*, Granada, 1956, pág. 243.

(6) *Comentarios al Código Civil*, I, Madrid, 1958, pág. 639.

(7) *Manual de Derecho civil español*, III, 2.ª ed., Madrid, 1961, pág. 527.

(8) El subrayado es mío.

(9) *Lecciones de Derecho civil*, cit., pág. 243.

a título oneroso que busca un acuerdo satisfactorio a sus intereses, pues en este segundo caso, se trata de alcanzar un resultado económico que también podría buscar mediante la negociación con otro sujeto de derecho, por lo que ha de estar protegido su interés en saber si su oferta ha sido aceptada; distinta es, en cambio, la base social y económica de la donación, y por lo mismo, distinta debería ser su regulación jurídica (10). ALBALADEJO, también en esta línea, después de dejar patente la contradicción entre ambos preceptos, se inclina a favor del artículo 629, ya que, a su juicio, éste contempla una «excepción a la regla general (artículo 1.262, párr. 2.º) de perfeccionamiento de los contratos por el conocimiento que el oferente tiene de la aceptación, excepción por cuya virtud la donación se perfecciona por la aceptación»; y aun en el caso de que la solución se estime dudosa—concluye—, creemos que, por el espíritu que informa el contrato de donación, hay que inclinarse por la solución de perfeccionamiento por la aceptación, solución más favorable al donatario (11).

SÁNCHEZ BLANCO, con el planteamiento previo de que en la contradicción entre los artículos 625 y 629 no venciera uno hasta borrar al otro, y con la idea clara de no prescindir del artículo 1.262, párrafo segundo, sostuvo una tesis en buena medida original, si bien descansaba en la distinción entre donaciones obligacionales y traslativas o reales, cuya admisibilidad o no ha constituido, y hasta cierto punto constituye, una vieja polémica. Para el autor citado, la solución a esta antinomia debe buscarse en la aplicación de cada uno de los artículos a una clase distinta de donación. El artículo 623 sería aplicable a la donación obligacional, al contrato de donación; el artículo 629, por el contrario, a la donación propia o traslativa. De este modo, el 623 no sería sino una aplicación del 1.262, mientras que el 629 habría que interpretarlo en el sentido de que cuando falte la voluntad de adquirir, el donante no queda obligado o vinculado y, por tanto, no se produce la traslación patrimonial, que constituye el «efecto» propio de la donación (12).

Tal vez sea la tesis de LALAGUNA la construcción doctrinal más acabada y mejor fundada de las realizadas hasta el presente sobre los artículos tantas veces citados, construcción que, por otra parte, ha sido recientemente impugnada por GULLÓN BALLESTEROS. Veámoslas por separado.

A) A juicio de LALAGUNA, el presunto paralelismo de los artículos 623 y 1.262 tiene escaso valor para resolver el problema de inter-

(10) *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, vol. 2, Barcelona, 1956, pág. 86.

(11) *Derecho civil: derecho de obligaciones*, II, Barcelona, 1972, pág. 71.

(12) «Sobre la naturaleza y la forma de la donación», en *Información Jurídica*, núm. 1.112, septiembre 1952, págs. 815-816.

pretación que plantean los referidos 629 y 623, con arreglo a un doble tipo de consideraciones: a) porque admitido este paralelismo, dada la remisión que el artículo 621 hace al régimen general de obligaciones, con el artículo 1.262 bastaría para la perfección del contrato entre ausentes, resultando superfluo el 623; y b) porque hacer descansar la prevalencia del 623 en su paralelismo con el 1.262 «es eludir el problema y deformar su planteamiento al convertir en letra muerta los dos preceptos en liza: uno (el art. 629), por suponerlo incompatible con el 1.262; otro (el art. 623), por resultar innecesario» (13).

Después de un acertado estudio genealógico de los artículos 623 y 629 del Código Civil, concluye afirmando que por lo que respecta a la cuestión de la perfección negocial y de la eficacia de la donación, nuestro Código Civil ha tomado como punto de referencia el momento de la aceptación del donatario, mientras que para el problema de la determinación del momento en que la transmisión gana firmeza definitiva al devenir irrevocable la donación, el Código sigue el criterio del Proyecto de 1851: el conocimiento de la aceptación por el donante. De este modo, ambos preceptos no sólo no se excluyen, sino que se complementan perfectamente. La virtualidad del 623 presupone el juego del 629. Ambos artículos operan en la línea de eficacia del contrato. El 629—dice LALAGUNA—marca el punto de partida de los efectos, que de ordinario coincide con el momento de perfección contractual (art. 630); el 623 establece un límite a su eficacia definitiva (14).

B) GULLÓN BALLESTEROS considera insatisfactoria la tesis de LALAGUNA, «porque si la donación es perfecta, no es revocable, y si es revocable, es señal de que hasta entonces no era perfecta» (15). A juicio de GULLÓN, la coordinación de estos preceptos puede intentarse poniéndolos en relación con los artículos 632 y 633 del Código Civil, que se refieren a la forma de la donación de cosa mueble e inmueble, respectivamente. El artículo 629 está pensado para el supuesto de la donación manual, en la que se realiza la entrega simultánea de la cosa, y para el caso de las donaciones de inmuebles, en las que donante y donatario comparecen en una misma escritura manifestando sus respectivas voluntades. En ambos supuestos, la aceptación y el conocimiento de ésta por el donante se producen simultáneamente. Ahora bien, cuando se trata de donación de cosa mueble realizada por escrito o de cosa inmueble cuya

(13) «Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación», en *Revista de Derecho Privado*, tomo XLVIII, 1964, pág. 277.

(14) LALAGUNA: *Ob. cit.*, págs. 280 y 281. El propio autor ha vuelto recientemente sobre el tema, incorporando nuevos datos doctrinales, si bien, en definitiva, mantiene los mismos planteamientos que en su trabajo anterior (LALAGUNA: *Estudios de Derecho civil: obligaciones y contratos*, Madrid, 1978, págs. 225-235).

(15) *Curso de Derecho civil*, I, Madrid, 1968, pág. 76.

aceptación no se hace en la misma escritura de donación, sino con posterioridad, tanto en un caso como en otro, hasta que el donante no conoce la aceptación del donatario, la donación no es perfecta y puede ser revocada de acuerdo con el 623 (16).

Para completar el cuadro doctrinal sobre este tema y sin ningún ánimo de exhaustividad, debe citarse la postura de LACRUZ, al que la tesis de LALAGUNA le parece la solución más ajustada (17).

3. LA IDEA DE CONTRATO, SUBYACENTE EN LAS EXPLICACIONES DOCTRINALES

Si se analizan con cierto detenimiento las distintas opiniones doctrinales que tratan de superar la antinomia de los artículos 623 y 629 del Código Civil, se llega a la conclusión de que una buena parte de sus argumentaciones descansan en el prejuicio de considerar la donación como contrato o, al menos, en el hecho de que uno u otro de estos preceptos precisamente contempla la donación contractual. Esto no quiere decir en modo alguno que la doctrina que se ha ocupado del tema no haya estudiado la problemática naturaleza jurídica de la donación (contrato o modo de adquirir) y que incluso, en buena medida, se inclinen por considerar que más que de un contrato, se trata de un modo de adquirir (18); pero a la hora de confrontar su planteamiento inicial sobre este punto con la argumentación que explica la antinomia de los artículos 623 y 629, parecen dejar a un lado el primero para afrontar con lá perspectiva contractualista (al menos, en parte) la segunda. No cabe la menor duda de que es la aceptación como declaración de voluntad del donatario la que se erige en argumento decisivo para los partidarios de la tesis contractualista, a la vez que se alza como el obstáculo más difícil de salvar para aquellos otros que niegan tal carácter a esta institución. Especialmente significativas son, a este respecto, las palabras de SÁNCHEZ ROMÁN, que por su interés transcribo literalmente: «Debemos reconocer —dice— que la donación, como un acto de pura liberalidad en su origen, es por completo independiente del consentimiento de aquel en cuyo provecho se ejerce. Mas si puede tener el acto independiente existencia jurí-

(16) GULLÓN BALLESTEROS: *Curso ... cit.*, págs. 77 y 78.

(17) *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 3, Barcelona, 1979, pág. 62.

(18) La donación como modo de adquirir, o, mejor, como negocio de transmisión que genera un vínculo real, ha sido tratada, entre otros, por CALVO SORTANO: «Tradicción y donación», en *A. A. M. N.*, III, 1946, págs. 471-472; VALLET DE GOYTISOLO: «Donación, condición y conversión jurídica material», en *Anuario Derecho Civil*, V (1952), págs. 1224 y ss., y «La donación *mortis causa* en el Código Civil español», en *A. A. M. N.*, 1950, pág. 747; y LACRUZ BERDEJO: «Inscripción y tradición», en *Estudios de Derecho civil*, Barcelona, 1958, págs. 113-114.

dica por la sola voluntad del donante, y si bajo este punto de vista, en su origen, la donación, como consecuencia del derecho que tenemos a disponer de lo que es nuestro, es única y exclusivamente un acto de nuestra libérrima voluntad, sin tener para nada en cuenta el consentimiento del donatario, y en este sentido hemos considerado la donación en general, al determinar su naturaleza, no se puede tampoco desconocer que para que esa donación se haga efectiva y produzca el resultado jurídico para que se ha creado, necesario es que el donatario la acepte, pues nadie nos puede obligar contra nuestra voluntad a recibir dones de cualquier género que sean, y *una vez concurriendo las dos voluntades de donante y donatario por la aceptación, ese acto unilateral viene a convertirse en una relación contractual*, y la donación de simple acto de beneficencia o liberalidad transformarse en un verdadero contrato» (19). Me parecen sumamente significativas las palabras de SÁNCHEZ ROMÁN. Importante resulta la afirmación de que «la donación, como un acto de pura liberalidad en su origen, es por completo independiente del consentimiento de aquel en cuyo provecho se ejerce». En la misma línea se inscribe la aseveración efectuada un poco más adelante: «en su origen, la donación, como consecuencia del derecho que tenemos a disponer de lo que es nuestro, es única y exclusivamente un acto de nuestra libérrima voluntad, sin tener para nada en cuenta el consentimiento del donatario». Establecidas estas premisas, sin embargo, el autor parece quedar aprisionado por el juego de la aceptación, como si ésta—en la medida que es necesaria para que la donación produzca su resultado en el patrimonio del donatario—trastocara indefectiblemente el carácter de «acto», convirtiéndose por su sola presencia en contrato. Y es precisamente este paso el que, a mi juicio, se da sin demasiado rigor. Piénsese que, de algún modo, en el párrafo transcrito existe una contradicción entre la declaración que considera la donación como acto de pura liberalidad en su origen, independiente del consentimiento del donatario, y la que concluye afirmando que la aceptación convierte a esta relación jurídica en contractual.

La calificación de contrato obliga a quien la realiza a delimitar más precisamente el tipo contractual ante el que nos encontramos: así, por ejemplo, SÁNCHEZ ROMÁN habla de contrato principal, consensual y unilateral (20). Por esta vía, y en la medida en que se parte de la idea de contrato, se intenta explicar el mecanismo completo, el régimen jurídico de esta figura, resultando especialmente dificultoso en ocasiones compa-

(19) *Estudios de Derecho civil*, tomo 3, Madrid, 1888-1889, pág. 658. El subrayado del texto transcrito es mío.

(20) *Estudios de Derecho civil*, cit., pág. 659.

ginar las consecuencias que derivan del hecho de ser considerado como contrato y los caracteres propios de la donación.

En opinión de SÁNCHEZ BLANCO—y en esta línea de afirmación de principios que más tarde se olvidan—, la exigencia de la aceptación por parte del donatario no debe suponer prueba de la naturaleza contractual de la donación. La donación que con preferencia contempla nuestro Código Civil, que aparece definida en el artículo 618 y a la que se refiere el título II del libro 3.º, es—a juicio de este autor—la donación propia o traslativa, en virtud de la cual el donante no se obliga a transmitir, sino que efectiva e inmediatamente transmite la cosa donada. Pero junto a ella se encuentra la donación impropia u obligacional—el contrato de donación, en palabras de SÁNCHEZ BLANCO—, para la que está pensado precisamente el artículo 623. Así, pues, tampoco este autor, a la hora de explicar la antinomia entre los preceptos referidos, se libra de acudir, como parte de su argumentación, a la donación como contrato.

Los ejemplos se pueden multiplicar, pero ello conduciría a una muestra de erudición de la que voluntariamente he huido desde el principio de este trabajo. Permítaseme, eso sí, hacer una referencia especial a las opiniones de LALAGUNA y GULLÓN BALLESTEROS, en cuanto que las mismas pueden compendiar de algún modo una buena parte del estado de la cuestión en la doctrina.

LALAGUNA, después de llevar a cabo una sucinta, pero bien acabada, exposición de las distintas posturas doctrinales en torno a la naturaleza jurídica de la donación, viene a concluir que todas ellas pueden abarcarse en el marco de dos especies de donación de diversa naturaleza: la donación del libro III (donación real) y la donación del libro IV (donación contractual u obligatoria) (21). A su juicio, la postura que mejor se conforma con los datos del Código Civil es la sustentada por MUCIUS SCAEVOIA, para quien la donación es a la vez—no de modo alternativo—contrato y modo de adquirir (22). Así, pues, para LALAGUNA, la donación es contrato y modo de adquirir, o con más precisión, un «contrato formal dispositivo por el que se opera sin necesidad de tradición la adquisición del derecho real» (23). En su opinión, este doble aspecto de la donación, como negocio de estructura contractual y función dispositiva, tiene en el Código su más precisa formulación en la exigencia del artículo 624: para donar se requiere capacidad de contratar y disponer (24). Como se ve, el negocio de estructura contractual se encuentra en la base de la explicación de la naturaleza jurídica de la donación; y es precisamente

(21) «Los artículos 623 y 629. », cit., pág. 282.

(22) *Código Civil*, XI, Madrid, 1896, págs. 385-386.

(23) «Los artículos. », cit., pág. 284.

(24) LALAGUNA: *Ob. cit.*, pág. 286.

el hecho de considerar a esta figura como un contrato el que predetermina la explicación de los artículos 623 y 629. Así, para este autor, el artículo 629 es el que señala la existencia y eficacia de la donación, porque en él se recoge el momento en que concurren ambas voluntades, la del donante y donatario, con la aceptación de éste (25). Como contrato, pues, se habla de «concurso de voluntades». Ahora bien, sin mengua de la existencia y eficacia de la donación, el artículo 623 contempla la posibilidad de revocar hasta el momento de la noticia de la aceptación, aspecto absolutamente lógico, pues sólo se considerará el donante definitivamente vinculado cuando adquiriera la certidumbre de que su propósito liberal se ha cumplido. En total coherencia con este planteamiento contractualista, concluye: «Si el fundamento de la revocabilidad del artículo 623 se halla en la naturaleza gratuita de la donación, la facultad revocatoria como acto unilateral se justifica dentro del marco contractual de la donación en cuanto la situación de incertidumbre—a que se contrae la posibilidad de su ejercicio—es imputable al donatario (artículos 631, 632, 633, párrafo 3.º)» (26).

GULLÓN BALLESTEROS, después de hacerse eco de la discusión doctrinal sobre la naturaleza de esta institución, afirma, con términos absolutamente inequívocos, que «la donación es, ante todo y sobre todo, para nuestro Código Civil un modo de adquirir» (27). Sin embargo, a continuación señala que también es posible la donación obligacional, es decir, aquel contrato por el cual el donante se obliga a entregar una cosa al donatario, el cual no adquirirá la propiedad sobre la misma hasta el momento de la entrega (*traditio*). De este modo, la aceptación del donatario equivaldría a un consentimiento contractual y el conocimiento de aquélla por el donante (art. 623) establecería el momento de la irrevocabilidad (28). Si bien—dice GULLÓN—los artículos 623 y 629 admiten otras interpretaciones, es cierto que sobre ellos se puede construir la donación obligacional, la donación como contrato, que no excluye la donación traditoria (29). No obstante estas afirmaciones de principio, que pudieran tener el valor de ordenar *ab initio* la problemática planteada, el propio autor cuando un poco más adelante y en su *sedes materiae* se enfrenta con los artículos 623 y 629, parece prescindir de lo que ha dicho líneas atrás y busca una explicación superadora de la antinomia entre ambos preceptos, un poco al margen de la distinción entre donación obligacional y traditoria. De cualquier modo, no queda claro si la argumentación ofrecida por GULLÓN es referible a ambos tipos de dona-

(25) LALAGUNA: *Ob. cit.*, págs. 294 y ss.

(26) LALAGUNA: *Ob. cit.*, pág. 294.

(27) *Curso de Derecho civil*, cit., pág. 72.

(28) GULLÓN BALLESTEROS: *Curso...*, cit., pág. 72.

(29) *Ob. cit.*, pág. 73.

ción o, por el contrario, exclusivamente a la traditoria. Se me puede argumentar—y en línea perfectamente coherente con la afirmación del autor de que la donación para nuestro Código constituye un modo de adquirir—que la explicación de esta antinomia parte de la consideración de esta figura tal y como la prevé nuestro primer Cuerpo legal, a saber, como donación traslativa de dominio. Aun en este supuesto, el esquema contractual de esta figura parece estar presente en el citado autor cuando inmediatamente después de poner en relación la forma de las donaciones y la aceptación del donatario, sin solución de continuidad se plantea la validez o invalidez de compraventas que en realidad son simuladas y que encubren—como «negocio» disimulado—una verdadera donación en el propósito de las partes (30); el planteamiento de esta cuestión—por lo demás, correcto—me induce a pensar que, en efecto, no le es ajeno al autor el esquema contractual cuando explica los artículos 623 y 629.

III. LA DONACION EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL

Es importante hacer notar, a los efectos que nos ocupan, cómo la donación sufre una sustancial evolución en orden a su estructura interna, que se advierte ya en el Derecho romano y se institucionaliza de forma definitiva, aunque no idéntica, en los Códigos modernos. Se ha afirmado —y con razón—la historicidad del concepto de donación (31), por eso importa señalar algunas de las notas que caracterizan esta figura en el Derecho romano y en el Código Civil español.

1. LA «CAUSA DONATIONIS» EN EL DERECHO ROMANO

La configuración jurídica de la donación a lo largo del Derecho romano fue variando notablemente, hasta el punto de que se hace necesario dividir su estudio en etapas distintas. Se ha dicho, no sin cierta exageración, que la historia de la donación se puede dividir en tres fases: a) desde sus orígenes hasta la *Lex Cincia*; b) desde esta Ley hasta Constantino; y c) desde Constantino hasta nuestros días (32). De cualquier forma interesa destacar ahora, y por lo que al Derecho romano respecta, que la *Lex Cincia* y otra Ley de Constantino significan los dos grandes hitos en la evolución de esta figura.

(30) GULLÓN BALLESTEROS: *Ob. cit.*, pág. 78.

(31) ARCHI: *La donazione*, Milán, 1960, pág. 7.

(32) BIONDI: *Le donazioni*, Torino, 1961, pág. 19.

La *donatio* en el Derecho romano clásico se configura como la causa de todo acto de disposición liberal en detrimento del patrimonio del donante y en lucro del donatario. A pesar de presentarse en actos convencionales, que presuponen una declaración de donar y una aceptación del lucro, la donación misma—señala D'ORS—no es un contrato, ni siquiera un negocio típico, sino la causa de un acto de atribución patrimonial, que puede ser un acto causal como la *traditio*, pero también un acto abstracto como la *mancipatio*, la *in iure cessio*, la *stipulatio* y la *acceptilatio*, o un simple perdón de deuda (33). El carácter fundamental de la donación, con independencia del acto en el que se concrete, el elemento objetivo que distingue un acto realizado *donationis causa* de cualquier otro realizado por causa distinta, es la liberalidad, entendida como atribución voluntaria de derechos y situaciones jurídicas sin contraprestación de obligación jurídica por la otra parte. En tal sentido, donar significa perder parte del patrimonio en beneficio de una determinada persona. Ahora bien, no constituirán donación aquellos actos que suponiendo una ventaja para una persona a costa de otra, no consisten en un lucro, tal y como sucede con la cesión del uso en precario, prestar un esclavo, dar gratis de comer, etc.; al no producir un aumento patrimonial, tales actos no serán considerados lucrativos, sino simplemente gratuitos (34).

La *Lex Cincia* (año 204 a. de J.C.), con su bagaje de prohibiciones de donar y las consiguientes excepciones concedidas al donante, va a determinar la clasificación entre *donatio perfecta* e *imperfecta*, distinción fundamental para entender la donación en el Derecho clásico. La primera será la donación cumplida, consumada y definitiva por la entrada de la cosa donada en el patrimonio del donatario, dando lugar a una situación irrevocable. De este modo, la donación comporta dos elementos distintos: a) el cumplimiento o realización del acto atributivo, y b) la adquisición definitiva e irrevocable. Si se da sólo el primero de estos elementos estaremos ante la *donatio imperfecta* o en situación de pendencia, que habrá de resolverse en base a hechos sucesivos: devendrá *perfecta* cuando la cosa donada entre en el patrimonio del donatario de forma irrevocable y, por tanto, definitiva (35).

La donación, que en la etapa clásica del Derecho romano aparece construida sobre estos tres pilares que acabo de destacar—a saber, la consideración funcionalmente causal de esta figura, su aspecto de liberalidad y la distinción entre *donatio perfecta* e *imperfecta*—, experimenta una sustancial transformación con una Ley de Constantino fechada hacia

(33) *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1968, pág. 316.

(34) D'ORS: *Derecho ... cit.*, pág. 317.

(35) BIONDI: *Ob. cit.*, pág. 26.

el año 323. La *Lex Cincia* queda abolida expresamente y con ella todo el sistema que descansaba en la distinción entre *donationes perfectae e imperfectae*, si bien en el *Corpus Iuris* todavía se habla de *exceptio* y de *donatio perfecta*, pero con un significado distinto (36). La donación deja ya de ser causa de distintos actos jurídicos para constituirse en negocio típico de liberalidad, reconocido como tal por la ley y sujeto a una forma particular, única para cualquier donación. Precisamente será la forma —en la época clásica era la función causal— la que otorgue unidad al instituto. A partir de ahora se hablará de *donatio perfecta* no tanto para designar aquella donación en la que el donante carecía de cualquier medio de revocación (Derecho romano clásico), cuanto para referirse a la donación realizada de acuerdo con la forma legal (37).

Será con la nueva calificación de la donación como negocio típico cuando se plantee la cuestión de la bilateralidad, tema presente a lo largo de todo el Derecho intermedio (38) y que aflora en los Códigos modernos.

2. LA DONACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: ESTRUCTURA INVERSA A LA DEL DERECHO ROMANO CLÁSICO

La historia de esta institución durante el denominado Derecho intermedio está entrelazada de enormes prejuicios, falsas interpretaciones y opiniones doctrinales encontradas sobre el valor y alcance de los textos romanos. Todo ello se explica si se tiene presente, por un lado, la gran cantidad de actos gratuitos de diversa significación jurídica entre los que se encuentra la donación, y, por otro, el estado de las fuentes justinianeas, que recogen, sin pretensión alguna de coordinación y superación de las posibles antinomias, afirmaciones contradictorias referidas a épocas y a concepciones de la donación diversas.

Esta situación de confusionismo y de inseguridad doctrinal es la que heredan los autores que preceden a la etapa codificadora. Con un afán digno tal vez de mejor causa, tratan de desbrozar las fuentes y superar las discrepancias de los antiguos intérpretes, a fin de presentar una doctrina y una disciplina orgánica sobre la donación (39). Autores tan des-

(36) Cfr. BIONDI: *Ob. cit.*, pág. 49.

(37) BIONDI: *Ob. cit.*, pág. 50.

(38) Para una exposición sobre la naturaleza jurídica de la donación en el Derecho intermedio puede consultarse: DE LOS MOZOS: «La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica», en *Revista de Derecho Privado*, tomo LV, 1971, págs 808-813.

(39) Puede consultarse DE LUCA: *De donationibus*. Venetiis: DE RETES: «De donationibus», en *Thesaurus Meermann*. Hagac, 1753, vol. VI.

tacados como SCHILLING (40), SAVIGNY (41), WINDSCHEID (42)—cuyo impacto en el B.G.B. es de sobra conocido—, DOMAT (43) y POTHIER (44)—al que el *Code* y sus seguidores deben una buena parte de su inspiración—realizan notables esfuerzos por aclarar un panorama especialmente oscuro.

La caracterización que de la donación, como de tantas otras instituciones del Derecho civil, hace nuestro Código trae causa inmediata del *Code*, aunque, como es obvio, le separan de él aspectos concretos de su régimen jurídico. El punto de partida próximo del Código francés hay que buscarlo en la Ordenanza Daguesseau, de 1731, que pretende acoger y hacer suya la tradición romanista de la verdadera y propia donación, considerada ésta como acto de disposición para diferenciarla de la *donationis causa* y de la llamada donación obligatoria. En dicha Ordenanza, la donación—siempre referida a la dispositiva—se presenta como un acto de despojo actual e irrevocable. Esta caracterización va a estar muy presente en los redactores del *Code* y su influjo será notable en nuestro legislador del siglo XIX.

En esta línea de evolución y conforme a la tradición de las Instituciones de Justiniano, nuestro Código Civil considera la donación como un modo de adquirir la propiedad (art. 609) y la regula en el libro III. Según el artículo 618, *la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta*. Con independencia y al margen de la significación que se quiera atribuir al término «acto»—cuestión que será tratada en el epígrafe siguiente—, lo cierto es que del propio tenor de este precepto se deriva una estructura de la donación inversa a la que tuvo en el Derecho romano clásico. En efecto, de ser la causa de cualquier atribución patrimonial de carácter liberal, pasa a configurarse como todo acto de atribución patrimonial con causa liberal. La donación se presenta como el instrumento jurídico que el Derecho ofrece para la producción de un determinado efecto, la atribución patrimonial liberal. Se ha producido, pues, la inversión del esquema formal de esta figura. Lo que era accesorio en el Derecho romano clásico, a saber, el instrumento o vehículo a través del cual se operaba la atribución, se erige en pieza fundamental del nuevo sistema. Cristaliza de este modo ese proceso de formalización y subsiguiente tipificación que había comenzado en el Derecho romano tardío.

(40) *Lehrbuch der Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts*. Leipzig. 1843. 3. págs. 741-977.

(41) *Sistema del Derecho Romano actual*. III, trad. Mesía y Poley. 2.ª ed., páginas 7-395.

(42) *Diritto delle Pandette*. trad. Fadda y Bensa, vol. II, parte 2.ª, págs. 5-29.

(43) *Leggi civili*. trad. italiana, Venezia, 1793, 3. págs. 79 y ss.

(44) *Traité des donations entre vifs*, París, 1778.

IV. ACERCA DE LA NATURALEZA CONTRACTUAL DE LA DONACION

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Cualquier cuestión que se plantee sobre la naturaleza jurídica de una institución tiene interés y, por tanto, debe ser objeto de un minucioso estudio, en la medida en que de ella dependa o pueda depender la aplicación de uno u otro régimen jurídico, y sólo en esa medida. En el tema de la donación nos encontramos, por un lado, con una institución milenaria, lo que supone que muchos de los problemas que esta figura presenta tienen su origen en tiempos ya remotos o, en todo caso, lejanos al tiempo presente: por otro, con un régimen jurídico de Derecho positivo que trata de dar respuesta a las muchas cuestiones que la dinámica de la institución plantea. Pues bien, la caracterización, o mejor dicho, la respuesta a la pregunta sobre su naturaleza jurídica, deberá tener presente necesariamente estos dos factores: la concreta ordenación del Derecho positivo que cada cuerpo legal establece sobre la figura en estudio, y también su propia trayectoria histórica, en la medida en que en ella se pueden descubrir las claves a las que acudir en caso de insuficiencia normativa.

Ciertamente, el problema de la donación es una cuestión de Derecho positivo (45), para cuya solución, sin embargo, no son suficientes los puros datos textuales. La variedad de interpretaciones doctrinales—en muchas ocasiones encontradas—hace sospechar una insuficiencia en los textos legales, lo que hará necesario acudir a elementos de interpretación externos a ellos. Tal vez haya que buscar en la propia vacilación del legislador—y no sólo del siglo XIX—la causa que motiva opiniones tan enfrentadas.

2. EL TÓPICO DEL PRIMER CÓNSUL

Con frecuencia, los defensores de la tesis contractualista acuden a una anécdota que se remonta a Napoleón, para desvirtuar el significado y alcance del término «acto» en el Código francés a la hora de definir la donación. En efecto, se ha dicho—y probablemente con razón—que la inclusión de la palabra acto en lugar de contrato se debe a una actuación personal de Napoleón y obedece a la confusión del Primer Cónsul, que consideraba contratos únicamente aquellos que creaban obligaciones

(45) En este sentido, BIONDI: *Le donazioni...*, cit., págs. 67 y ss.

para ambas partes, ignorando la categoría de los contratos unilaterales y, en definitiva, confundiendo el plano de la perfección (en el contrato es necesaria la concurrencia de dos voluntades) con el de la eficacia (existen contratos que sólo generan obligaciones para una sola de las partes contratantes).

Ha habido quien ha señalado que esta confusión resulta demasiado pueril para que prevaleciera en el Código francés (46); no obstante, ésta parece ser la opinión no sólo de los primeros comentaristas del *Code*, sino también de la mayor parte de los autores modernos. Lo que ya no resulta lógico pensar es que este error se perpetuara en el Código italiano de 1865 y en el español únicamente por la propia inercia del francés. Parece más bien como si los redactores del Código español al mantener el término acto hubieran pretendido no remover un tema de por sí muy controvertido.

En cualquier caso, no creo que la explicación del porqué de la inclusión de la palabra acto en lugar de contrato en el *Code* sea argumento importante para sostener el carácter contractual de la donación; a pesar de lo cual, ésta resulta ser una razón de peso esgrimida de continuo por los partidarios de esta tesis, como si conocido el origen anecdótico y desvirtuado, por tanto, el valor que se pudiera atribuir al hecho de que en la formulación legal se hable de acto, llevara fatalmente a desechar de plano una consideración más atenta y argumentada de la donación como acto jurídico. Pienso igualmente que—ya en nuestro Código Civil—tampoco es argumento decisivo el mantenimiento del término «acto» para impugnar la tesis contractualista. Me inclino por considerar la donación como un acto jurídico unilateral porque, en último extremo, se adecúa mejor a la propia estructura de la donación. Pero, en fin, ésta es una opinión que debe ser argumentada, tarea a la que voy a dedicar los siguientes apartados.

3. LA DONACIÓN, ACTO LUCRATIVO DE ATRIBUCIÓN DE COSAS Y DERECHOS

El encabezamiento de este apartado es susceptible de un análisis por separado de cada uno de sus elementos: acto, lucrativo, de atribución de cosas y derechos.

La conducta atributiva del donante, el acto donatorio como tal, tiene su propia autonomía y vale en cuanto tal, hasta el punto de que la dona-

(46) CALVO SORIANO: *Tradición y donación*, cit., pág. 451.

ción es precisamente el acto en sí mismo perfecto y válido, con independencia de cualquier otra conducta (47). *La donación*—dice el artículo 618—*es un acto de liberalidad...* Resulta altamente significativo, a este respecto, comprobar cómo una vez promulgado el *Code*, la defensa del carácter contractual de la donación supone distanciamiento de las tesis que defendían la aproximación de esta institución a los actos de última voluntad. Parece como si al hablar del «contrato de donación» se pretendiese más establecer una barrera de difícil franqueo a los partidarios de aproximar esta figura a los testamentos, que propiamente resaltar el carácter convencional, no unilateral, de la donación (48). De cualquier modo, este punto deberá ser completado al hablar del alcance y significación de la aceptación del donatario.

No obstante la terminología legal—el Código Civil utiliza en su artículo 618 el adverbio «gratuitamente»—, hablo de acto «lucrativo» y no gratuito, porque me parece que esta distinción puede ayudar a resolver algunas perplejidades y, en cualquier caso, evita explicaciones ciertamente engorrosas que tratan de distinguir entre la donación y otros actos gratuitos. El concepto de lucro va unido al de aumento patrimonial. Así, no puede hablarse de donación en aquellos actos que constituyendo una ventaja para una persona a costa de otra, no consisten, sin embargo, en un lucro: por ejemplo, dar de comer gratis, conceder el uso en precario, etc...; estos actos, como he tenido ocasión de señalar al referirme al Derecho romano, al no producir un efectivo aumento patrimonial, no pueden calificarse en rigor de lucrativos, sino simplemente de gratuitos. El concepto jurídico de lucro debe distinguirse del de «ventaja económica», en la que cabe incluir el comodato, el mutuo sin interés, etc. (49). Dicho esto, es obvio que, a diferencia de otros supuestos, la donación constituye un verdadero acto lucrativo, en la medida en que se produce para el destinatario de la misma un incremento patrimonial.

Acto lucrativo, he titulado este apartado, de atribución de cosas y derechos, es decir, acto que *per se* produce el desplazamiento de lo donado, atribuyendo la titularidad al destinatario. No es necesario por

(47) A juicio de CALVO SORIANO (*ob. cit.*, pág. 454). «la calificación legislativa de la donación como “acto” puede, asimismo, obedecer a la concepción dispositiva que el Código tiene de la misma para evitar toda duda que pudiera surgir del clásico concepto estrictamente obligacional del contrato»; más adelante afirma que esta calificación «responde a un criterio conceptual sobre la misma [se refiere a la donación] del legislador y no, como se repite insistentemente, a la pueril equivocación del primer cónsul francés».

(48) Un claro exponente de lo dicho se puede ver en GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión, Zaragoza, 1974, pág. 462.

(49) Cfr. D'ORS: *Derecho privado romano*, cit., pág. 317.

parte del atribuyente ningún requisito complementario; su propia conducta, realizada en forma (arts. 632 y 633), es atributiva de la correspondiente titularidad.

4. LA ACEPTACIÓN DEL DONATARIO. SU SIGNIFICACIÓN

Llegado este punto se hace necesario afrontar la exacta valoración de la aceptación del donatario. La averiguación de su significado y alcance nos pondrá en el sendero recto para responder con exactitud a la pregunta sobre la naturaleza jurídica de la donación, a la vez que aportará un dato importante para la interpretación más adecuada de los contradictorios artículos 623 y 629.

La aceptación por parte del donatario de la atribución patrimonial llevada a cabo por el donante se presenta como el gran escollo, aparentemente difícil de superar, para quienes ven en la donación no un contrato, sino un acto. La exigencia de la aceptación se ofrece como prueba de la naturaleza contractual de esta institución, y aquí radica, en mi opinión, el equívoco.

A mi entender, la contractualización de la donación responde, más que al peso de una tradición histórica o al examen realista de su propia estructura interna, a la *vis* atractiva que la idea de contrato posee en la dogmática moderna dentro del Derecho patrimonial.

Sin embargo, el tratamiento de la donación dentro del libro III—«De los diferentes modos de adquirir la propiedad»—, en cuyos títulos se regula, junto a ella, la ocupación y la sucesión, se presenta como argumento, si no decisivo, sí, al menos, importante, en contra de la postura contractualista. Ya en el título segundo, la aceptación del donatario aparece mencionada en los dos primeros capítulos. El capítulo primero—«De la naturaleza de las donaciones»—se refiere a ella en los artículos 618 y 623. En el artículo 618—*La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, QUE LA ACEPTA*—, el Código Civil establece la consistencia de la donación, y en él la aceptación parece quedar relegada a un segundo plano; parece como si lo importante del precepto comentado fuesen las expresiones «acto de liberalidad» y «dispone gratuitamente». Por el contrario, en el artículo 623—*La donación se perfecciona desde que el donante conoce la ACEPTACIÓN del donatario*—, la aceptación aparece en primer plano y se anuda a su conocimiento por parte del donante la llamada «perfección» de la donación. En el capítulo segundo—«De las personas que pueden hacer o recibir donaciones»—, el término aceptación aparece mencionado en repetidas ocasiones (arts. 625,

626, 627, 629, etc.), lo que no es de extrañar si se atiende al propio enunciado del capítulo. En su interior, se observa el distinto tratamiento del Código Civil en orden a la capacidad para ser donante y donatario. No me voy a detener en este punto, pues alargaría en exceso estas notas, pero sí debo advertir que el trato discriminado en cuanto a los requisitos legales de capacidad de los sujetos intervinientes, constituye también una importante razón en contra de los partidarios de la configuración contractual de la donación. Ejemplo de lo que acabo de decir lo constituye el artículo 626, que dice: *Las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes; a contrario*, cuando la donación sea pura y simple podrá ser aceptada por quienes no tengan capacidad para contratar: luego la donación pura y simple no es un contrato y no está sometida a las reglas generales sobre los mismos, entre las que se encuentra el artículo 1.263, según el cual no podrán prestar consentimiento los menores no emancipados.

Este es el contexto normativo en el que se desenvuelve la aceptación del donatario; pero ¿qué sentido tiene esta declaración de voluntad? Para quienes ven en la donación un contrato, aquélla constituirá la pieza fundamental sobre la que se erige la construcción contractual de la misma, y conforme con esta postura interpretarán los preceptos destinados a la donación y, en particular, aquellos que hacen referencia a la aceptación por parte del donatario. La aceptación—se dirá—es la declaración de voluntad que complementa a la emitida por el donante y que junto a ella da lugar al contrato de donación. Y éste es, a mi juicio, el error: acercar la doctrina de la oferta y aceptación propia de los contratos (confróntese art. 1.262 del Código Civil) al mecanismo donatorio. La aceptación en uno y otro caso tienen distinto alcance y significado; no toda aceptación lo es de una oferta contractual (50). La aceptación de una donación no es un acto que culmine la negociación propia de un contrato. Las bases sociológicas sobre las que descansan la donación y el contrato son distintas. La negociación—entendida no en el sentido abstracto de negocio jurídico, sino como operación en la que los distintos intereses de los contratantes se aunán hasta perfeccionar el contrato—constituye la base de éste. En la donación no hay negociación, no se produce una oferta de contrato; por el contrario, el donante realiza un verdadero acto de atribución cuyo destino es el patrimonio del donatario, el cual deberá manifestar su conformidad—mediante la aceptación—para que la transmisión produzca efectos en su esfera patrimonial.

(50) Cfr. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, vol. 2.º (Barcelona, 1956, pág. 66).

El principio de autonomía de la voluntad, cuya manifestación más clara consiste en posibilitar la autorregulación de los propios intereses —y en este sentido conviene recordar las palabras de SÁNCHEZ ROMÁN configurando la donación «como un acto de pura liberalidad... por completo independiente del consentimiento de aquel en cuyo provecho se ejerza»—, constituye el anverso de una moneda en cuyo reverso está la exclusión de la heteronomía o prohibición de influir en lo ajeno sin consentimiento de los interesados. Por eso ni tan siquiera es admisible la recepción de un beneficio por un sujeto sin que éste haya prestado su aprobación. Pues bien, en este contexto, y no en el esquema contractual de la oferta y aceptación, es en el que se debe situar la aceptación del donatario. Esta se configura como la declaración de voluntad emitida por el donatario, necesaria para que surta efectos en su patrimonio la atribución llevada a cabo por el donante. La aceptación, permítasenos la licencia, viene a abrir las puertas del patrimonio del donatario, que se verá enriquecido con la aportación de una *res* o derecho por parte del donante, que de este modo ve empobrecido su patrimonio.

En resumen, se puede concluir diciendo que la aceptación constituye un acto jurídico autónomo e independiente, aunque accesorio de otro principal, la donación.

5. DONACIÓN Y TESTAMENTO; LA CUESTIÓN DE SU REVOCABILIDAD

La proximidad conceptual de la donación al testamento y, en general, a los actos de última voluntad ha producido frecuentes comparaciones entre ambos institutos. Y así se ha llegado a exponer como argumento del carácter contractual de la donación su irrevocabilidad, frente a la esencial revocabilidad del testamento; incluso se ha dicho que es precisamente esta nota la que, en último extremo, separa la donación del testamento. Este planteamiento no me parece acertado.

Señala BIONDI (51) que la irrevocabilidad, como característica esencial de la donación, no tiene fundamento alguno y es más bien fruto de errores y mala comprensión de las fuentes romanas. A destacarla ha contribuido su contraposición con las disposiciones testamentarias: frente a la revocabilidad de éstas, se ha opuesto la irrevocabilidad de las donaciones. Dado el sustancial paralelismo entre la donación y testamento, parecía oportuno admitir la irrevocabilidad de aquélla, sobre todo si, como en el Derecho francés, ambas figuras se reasumen en la categoría general de los actos de liberalidad.

(51) *La donazioni*, cit., pág. 64.

A mi juicio, en este tema hay que hacer dos observaciones: primera, que la revocabilidad o irrevocabilidad de la donación no es tanto un problema intrínseco a la propia institución cuanto una cuestión histórica ligada al momento en que la donación había de considerarse perfecta, por tanto, ajena al tema de su posible calificación como contrato, y segunda, que esta aproximación entre la donación y el testamento, producida ya en la Ordenanza Daguesseau de 1731, y posteriormente en el *Code Napoleon*, viene dada, en buena medida, por el hecho de que la primera entronca con los actos de última voluntad, aspecto éste que explica, al menos en parte, el régimen jurídico al que tanto nuestro Código Civil como sus dignos predecesores han sometido a la donación.

V. CONCLUSION

Decía líneas atrás que el tema de la naturaleza jurídica de la donación están íntimamente ligado a la cuestión que plantean los artículos 623 y 629 y que, en definitiva, de la solución que se dé a aquél va a depender la explicación que se pueda ofrecer a la antinomia que presentan los referidos preceptos.

La doctrina, como he señalado, presenta soluciones varias al problema de la naturaleza jurídica de esta figura: desde quienes consideran la donación como un modo de adquirir hasta quienes ven en ella un contrato, pasando por los que, en postura sincrética, tratan de conjugar ambos extremos. De cualquier forma, sea cual fuese la postura adoptada, lo cierto es que una gran parte de los autores que de modo directo se han enfrentado con los artículos 623 y 629 y han ofrecido una solución, lo han hecho, más o menos conscientemente, desde una perspectiva contractualista. La aceptación, con sus resonancias contractuales, ha sido el obstáculo más serio ante el que han sucumbido muchos de los intentos doctrinales de quienes, partiendo de una posición no necesariamente contractual, no han tenido más salida que sostener el carácter contractual de la donación contemplada en aquellos preceptos.

Si se considera la donación no ya como un contrato, sino como un acto—acto lucrativo de atribución del dominio de cosas y derechos, tal y como ha quedado establecido en páginas anteriores—, la perspectiva cambia y las consecuencias que se derivan de la misma son importantes:

- por un lado, la donación como «acto» jurídico, válido *per se*, autónomo e independiente, se concreta en la conducta atributiva del donante, y

- por otro, como acto «de atribución» requiere el consentimiento del destinatario a quien va dirigida. Es decir, el donatario debe pronunciarse a favor de tal atribución, debe aceptar para que el desplazamiento patrimonial provocado por la conducta del donante encuentre asiento en el patrimonio de aquél.

Pues bien, desde esta óptica, más acorde con la propia realidad institucional de la donación, los artículos 623 y 629 del Código Civil resultan perfectamente compatibles, a la vez que complementarios.

La donación—dice el artículo 629—*no obliga al donante ni produce efecto sino desde la aceptación*. La donación, como acto jurídico de atribución, tiene por finalidad incrementar el patrimonio del destinatario de dicho acto; ahora bien, en la medida en que esa atribución patrimonial produce una modificación—en este caso, un incremento—de un patrimonio ajeno, se hace necesario el consentimiento de su titular. La aceptación del donatario actúa como resorte que abre las puertas del patrimonio de aquél para su enriquecimiento, dado que nadie puede enriquecerse sin su voluntad.

Con arreglo al artículo 623, *la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario*. Si, como vengo reiterando, la donación no es un contrato—y, por tanto, no debe explicarse este precepto desde esta óptica—, sino un acto jurídico estrechamente emparentado con los de última voluntad, el conocimiento por parte del donante de la aceptación del donatario tiene el mismo significado que la muerte del testador para el instituido heredero: constituye el momento de la irreversibilidad del acto dispositivo. El testamento, acto jurídico válido *per se*, tiene carácter provisional hasta tanto no muera el testador; del mismo modo, la donación goza de esa provisionalidad mientras el donante no conozca la aceptación del donatario. A partir de entonces ambos resultarán irrevocables. Así como la muerte del testador actúa como *condicio iuris* de eficacia del testamento y señala el momento de su irrevocabilidad, igualmente el conocimiento por parte del donante de la aceptación del donatario extingue la posibilidad de revocar la donación, válida y eficaz (tal y como establecía el art. 945 del Proyecto de 1851, del que precisamente traen causa directa los dos preceptos comentados), y constituye una verdadera *condicio iuris* de fijación definitiva de aquélla. Por eso, como dice LALAGUNA (52), la misión que cumple la notificación se hace innecesaria cuando por la muerte del donante se elimina la posibilidad de revocar la donación ya aceptada.

El propio tenor del artículo 633, párrafo 2.º, parece reforzar esta interpretación. Este precepto, que se refiere a la forma en la donación de

(52) «Los artículos 623 y 629...», cit., pág. 295.

inmuebles, dice: *La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada, pero no surtirá efecto si no se hiciere en vida del donante.* Si la aceptación jugará aquí como declaración de voluntad de naturaleza contractual sobraría esta especificación legal, dado que no supondría más que una reiteración de lo que constituye teoría general del contrato en este campo de la oferta y aceptación. Pero precisamente porque no es así, porque no se la contempla desde el ángulo contractual, sino como declaración autónoma, aunque accesorio de la del donante, es por lo que se realiza esta especificación, que viene a constituir una excepción a la regla general en materia de donaciones. Por eso mismo, y al guardar silencio el artículo 632 respecto de las donaciones de muebles, habrá que sostener que no es necesario que la aceptación realizada por escrito tenga que hacerse en vida del donante.

ENRIQUE RUBIO

La Publicidad de los estados financieros y el Registro Mercantil*

SUMARIO: 1. *La información como derecho y deber de las Sociedades Mercantiles Su incidencia en el orden social y económico.*—2. *El Registro Mercantil: Su concepto y breve idea de su organización actual.*—3. *La publicidad mercantil: Publicidad material y publicidad formal*—4. *Nuevas perspectivas de aprovechamiento de la publicidad registral formal*—5. *El Registro Mercantil y la publicidad de los Estados financieros: A) La publicidad de los Estados financieros de las Sociedades en el Derecho Comparado. Examen de las Directrices aprobadas por el Consejo de las Comunidades Europeas relativas al control y publicidad de las cuentas de ciertas formas de Sociedades B) La publicidad de los Estados financieros en el Derecho español*—6. *Coordinación y cooperación entre las diversas Instituciones que producen y administran información socioeconómica.*

1. LA INFORMACIÓN COMO DERECHO Y DEBER DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES. SU INCIDENCIA EN EL ORDEN SOCIAL Y ECONÓMICO

El fenómeno de la información pública ha adquirido en nuestros días una dimensión mucho más globalizada, y así, cuestiones que hace pocas décadas eran sólo consideradas por especialistas o por personas de alto nivel cultural, son ahora objeto de un conocimiento y juicio por parte de grupos, instituciones y sectores sociales del más amplio espectro. Este es el caso de la realidad empresarial.

En los últimos años se ha venido produciendo un desplazamiento de las exigencias de información a las empresas por parte de grupos e instituciones de la sociedad. En efecto, de un análisis cuantitativo de la marcha de la misma expresado generalmente en magnitudes económicas, se ha pasado a una interpretación más cualitativa de aquélla, que trata de cuestionar su función social. Esta situación supone para la empresa libre un reto que le es ineludible recoger. Tal situación, aunque ofrece un

(*) Este trabajo se presentó como ponencia en el Seminario organizado por la Asociación Española de Ejecutivos de Finanzas sobre «Publicidad y control de los Estados financieros en España». La exposición de su contenido tuvo lugar el día 19 de marzo de 1981 en la Cámara de Comercio e Industria de Madrid.

componente histórico y coyuntural, presenta también las características de una nueva dimensión de tipo estructural y esencial directamente vinculada a la idea de la *responsabilidad social de la empresa*. Esto es, la empresa como persona jurídica, sujeto de responsabilidad social, ejerciendo funciones de *ciudadanía* con derechos y deberes de naturaleza no muy diferente de los que corresponden a las personas individuales.

Esta responsabilidad implica una tarea esencial y permanente, y exige alcanzar una nueva conciencia empresarial a la altura de las circunstancias históricas presentes. Su implantación real requiere un contenido preciso de reflexión, en el curso del cual se vayan encontrando los procedimientos eficaces para hacer operativos unos principios verdaderos y justos y para cumplir una de las primeras exigencias de la ciudadanía: La definición de la propia *identidad*.

No se trata de difundir una nueva imagen en el marco de una publicidad más o menos convencional, sino de instrumentar una política de transparencia informativa que rebase incluso el ámbito de las obligaciones legales y estatutarias y facilite a la opinión pública los máximos detalles sobre las actividades que desarrolla una empresa.

Este planteamiento supone invertir el tradicional, en virtud del cual, todo es reservado excepto aquellos aspectos que expresamente se consideran públicos, para llegar a una nueva actitud según la cual, todo será público salvo aquello que por razones válidas (confidencialidad de las relaciones con los clientes, secreto profesional o de carácter privado de los sistemas y estrategias que la concurrencia en el mercado impone) marque los límites y contornos naturales del denominado *derecho público subjetivo a la información*.

Un correcto ejercicio de este derecho en el contexto de las actividades empresariales conlleva una nueva concepción del balance y de los demás estados financieros. A través de ellos, si bien es cierto que primordialmente se va a penetrar en la auténtica realidad societaria, permitiendo el conocimiento de su estructura, actividades y recursos en el orden económico, también lo es que, al margen de significaciones estrictamente contables, se va a producir en el futuro la evaluación permanente y sistemática de la incidencia social de sus actividades.

2. EL REGISTRO MERCANTIL: SU CONCEPTO Y BREVE IDEA DE SU ORGANIZACIÓN ACTUAL

Como dice CAMY (1): «Definir con precisión jurídica el Registro Mercantil no es cosa fácil. Desde luego, no es simplemente el 'lugar' donde

(1) BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Derecho Mercantil Registrable*, Editorial Aranzadi, 1979, págs. 9 y ss.

se copian a la letra, en los libros destinados al efecto, cosas o sucesos relativos al mercader, a la mercadería o al comerciante, o donde se puede ver lo que a aquéllos se refiere y que se ha hecho constar con anterioridad». Tampoco puede formarse una definitiva idea del Registro Mercantil partiendo de sus mismas disposiciones reguladoras. El artículo 1.º del Reglamento del Registro Mercantil (aprobado por Decreto de 14 de diciembre de 1956) se limita a realizar una sucinta enumeración de su objeto al decir que en él se inscribirán: «Los comerciantes o empresas individuales, sociedades mercantiles, buques y aeronaves y los actos y contratos que sean inscribibles con arreglo a las leyes».

El Código de Comercio, en su artículo 16, añade: «Y cualesquiera personas o entidades naturales o jurídicas, públicas o privadas, aunque no se dediquen habitualmente al comercio, cuando realicen actos o posean bienes sujetos a inscripción según las leyes y reglamentos.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en reiteradas resoluciones, considera el Registro Mercantil como una *institución de terceros* que pretende ser un poderoso medio de publicidad que sirva de garantía suficiente a todos los que se interesan en las operaciones mercantiles.

De lo expuesto cabe inferir una definición del Registro Mercantil como «Oficina pública, a cargo de profesionales letrados, en la que mediante asientos puestos bajo la salvaguardia de los Tribunales, se lleva a efecto la publicidad frente a terceros de determinados hechos que atañen a los comerciantes individuales del nacimiento, modificación y demás circunstancias de la sociedad, y de la situación jurídica en que se encuentran los buques y las aeronaves».

De esta definición se derivan dos presunciones fundamentales: 1.ª Presunción a favor del conocimiento de la cosa, hechos y situaciones inscritas. 2.ª Presunción a favor de la ignorancia, en cuanto a su existencia, de las no inscritas.

Conforme al párrafo 1.º del artículo 10 del Reglamento del Registro Mercantil, éste, con excepción del libro de buques: «Continuará establecido en todas las capitales de provincia y además en las plazas de Ceuta y Melilla». El artículo 177 señala que «se abrirá una sección especial para las inscripciones de aeronaves en los Registros Mercantiles de la provincia donde hubiere matrícula de ellas». Finalmente, la sección de buques existe «en todas las capitales de provincia en las que el territorio de su partido judicial confirma con el mar o con puerto fluvial, pasando a radicar en Registros de cabezas de partido judicial que no sean capitales de provincia, cuando confirmando esa provincia con el mar no se dé esa circunstancia en el distrito correspondiente a la capitalidad, a excepción de Ceuta y Melilla».

No creemos oportuno detenernos a examinar las características que presentan los diferentes sistemas registrales o las formas de organización de la institución registral mercantil en el mundo. Pero sí conviene apuntar lo siguiente:

- 1.º Que el problema registral, esto es, la configuración de un sistema de certidumbres relativo a personas, cosas y actividades, de incidencia en el orden jurídico, económico y social, constituye hoy un problema de máxima actualidad en todos los países examinados.
- 2.º Que la registración del comerciante individual, de las sociedades y de sus actividades, es considerada como de fundamental importancia por la generalidad de las legislaciones.
- 3.º Que se aprecia como tendencia dominante la necesidad de organizar el Registro Mercantil sobre la base de todas aquellas entidades que actúan en el tráfico mercantil susceptibles de ser individualizados, y cuya existencia en el mundo jurídico adquiere la forma de «patrimonios personalizados», como conglomerado de bienes y servicios unidos por el vínculo estrecho de su destino único. La contratación, en su más amplio sentido, se efectuaría con esos patrimonios considerados como un todo, pero cuyos elementos formantes constan proclamados de manera indubitable. De esta manera, y al poderse precisar los detalles de estructura, régimen jurídico, actividades, derechos y obligaciones propias de la individualidad registrada, la definición de la propia *identidad*, a que hacíamos referencia al principio, adquiere no sólo relevancia en el orden jurídico y social, sino también trascendencia en el orden económico, convirtiéndose en el punto de partida de la *función crediticia* del patrimonio como un todo en beneficio de su titular.

3. LA PUBLICIDAD MERCANTIL: PUBLICIDAD MATERIAL Y PUBLICIDAD FORMAL

La publicidad comercial, según el sentido que se tome, puede ser un derecho o una obligación. Es este último sentido, en cuanto constituye garantía de terceros, el que nos interesa, y su expresión legal institucionalizada es el Registro Mercantil.

AURELIO MENÉNDEZ (2), al estudiar la historia de la publicidad registral mercantil y los principales sistemas europeos, señala que se perciben tres distintas respuestas, que representan tres modos de valorar aquélla: Una primera, que denomina *solución corporativa*, ligada a la inscripción pública y profesional de los comerciantes; una segunda, que califica de *solución negocial*, en que la sanción de la falta de publicidad se proyecta sobre la validez o eficacia del acto o negocio inscribible, y una tercera, que llama *solución registral* para significar que no incide sobre la validez de las relaciones jurídicas sustantivas, sino sobre las consecuencias que produce la ignorancia o el conocimiento de los actos inscribibles por parte de terceros.

La llamada *solución corporativa* está ligada a los mismos orígenes de la institución en las viejas matrículas de los comerciantes. El importante papel que desempeñaron las repúblicas italianas en el tráfico mercantil medieval y la temprana organización de sus mercaderes en corporaciones profesionales explica que se haya podido hablar del origen principalmente italiano del Registro Mercantil.

La denominada *solución negocial* se presenta como una alternativa de inspiración francesa. Pueden señalarse dos notas: De una parte, la realización de actos u operaciones de comercio por personas no integradas en las corporaciones de mercaderes y que quedaban sujetas a la jurisdicción mercantil merced a la ficción de considerarlas comerciantes.

De otra parte, la significación negocial que se da a la publicidad mercantil conduce a la declaración de nulidad absoluta *inter partes* y frente a terceros de todo acto sujeto a registro y no registrado. El máximo exponente de esta tendencia se encuentra en la Ordenanza francesa del Comercio Terrestre de 1673.

Ciertos signos de evolución hacia la tercera solución, que se ha llamado *registral*, aparecen en nuestras Ordenanzas de Bilbao de 1737 en materia de inscripción de compañías mercantiles. La presentación de las escrituras de constitución, prórroga, cambio de socios o disolución de la sociedad y su depósito en el Archivo del Consulado no persigue más que fines de publicidad formal para seguridad de los terceros, es decir, la falta de presentación o registro de las mencionadas escrituras no afecta para nada a la validez o eficacia del acto, porque la única razón que justifica que el testimonio de la escritura se ponga en el Archivo del Consulado es «para manifestarle siempre que convenga». Puede advertirse cómo la evolución histórica de la publicidad mercantil hacia la deno-

(2) AURELIO MENÉNDEZ: *Panorama de la publicidad registral mercantil en el Derecho español y en otros ordenamientos europeos*. Curso de conferencias sobre Derecho Comunitario Europeo (año 1975). Publicación del Centro de Estudios Hipotecarios (Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad).

minada solución registral en sentido estricto, se traduce en un proceso de fortalecimiento de la dimensión externa del Registro y de prolongación de los efectos iniciales de la llamada publicidad formal, la cual, de *publicidad-noticia*, terminaría por transformarse en una *cognoscibilidad legal*, cuyo significado extremo será precisamente la eficacia sustantiva de la inscripción, con independencia del conocimiento que de la misma puedan tener los interesados.

La organización que del Registro de Comercio hace el Código de Comercio de 1829, se basa en una neta separación entre las dos secciones en que lo divide, que recuerda a la antigua solución corporativa: de un lado, la *matrícula general de comerciantes*, y de otro, el *Registro de Documentos*, en el que debían constar las escrituras de sociedades, cartas dotales, capitulaciones matrimoniales y poderes otorgados a factores y dependientes. El Código quería que el *Registro de Documentos* fuera un efectivo instrumento de publicación de ciertos hechos, y para ello sancionaba la falta de toma de razón con una multa de cinco mil reales de vellón.

El Código de Comercio de 1885 da el salto necesario para convertir el Registro Mercantil en una *institución de terceros*, liquidando la antigua dimensión corporativa, renunciando a la vieja solución negocial y consagrando el principio de publicidad material en el doble aspecto positivo y negativo, los cuales quedan plasmados en las afirmaciones siguientes: «Lo que consta en el Registro existe en la realidad y es toda la realidad». «Nada hay fuera del Registro para el que trata de apoyarse en sus pronunciamientos».

Esto es, en síntesis, lo que dice el artículo 26 del Código de Comercio y recoge el vigente Reglamento del Registro Mercantil de 1956 en sus artículos 2.º y 3.º

4. NUEVAS PERSPECTIVAS DE APROVECHAMIENTO DE LA PUBLICIDAD FORMAL

Decía JERÓNIMO GONZÁLEZ que: «Los fines sociales y jurídicos que la fe pública del Registro persigue, no se alcanzarían si no se estableciera una reglamentación adecuada, adjetiva en cierto modo, que permitiera a los interesados conocer sin grandes investigaciones ni gastos las oficinas donde han de recibir las noticias que buscan y el contenido de los asientos que puedan efectarles». En esto consiste básicamente la llamada *publicidad formal*, a que se refiere el artículo 2.º del vigente Reglamento del Registro Mercantil cuando señala que: *El Registro Mercantil es público*, y el artículo 38 del mismo, al decir que: «La publicidad se hará efectiva mediante la manifestación de los libros y documentos del archivo, y en

virtud de nota simple informativa o de certificación expedida por el Registrador».

Los extremos indicados se recogen también en el artículo 30 del Código de Comercio, que, en unión del artículo 16, establece las bases de un sistema de publicidad de ámbito nacional—el Registro Mercantil Informativo Central—, al que posteriormente nos referiremos.

Es en el contexto de la publicidad registral formal donde entendemos que puede organizarse y desarrollarse un sistema publicitario apto para lograr el conocimiento por cualquier interesado, no sólo de los aspectos institucionales y organizativos del comerciante o de la sociedad, sino también de su actividad económica reflejada en sus estados financieros: **Balance y cuenta de resultados.**

Si bien es cierto que la institución registral constituye, ante todo, un instrumento dirigido primordialmente a hacer efectiva la seguridad jurídica en el tráfico de inmuebles y en el mercantil, su dimensión fundamentalmente jurídica no impide la consecución de otras finalidades socio-comunitarias. Es más, la estructura y configuración actual de los Registros Mercantiles les hace especialmente idóneos para suministrar, en el marco de una publicidad formal modernamente concebida, una información enormemente útil desde el punto de vista económico y financiero. No es necesario alterar, en el orden dogmático, la realidad jurídica de unos principios inspiradores que consideramos plenamente vigentes. Tampoco es preciso forzar los preceptos relativos a la publicidad formal, pues, como hemos visto anteriormente, el artículo 38 del Reglamento del Registro Mercantil, instrumenta un modo de publicidad basado en la «manifestación de los libros y documentos del archivo». Lo que sí es indispensable, sin embargo, es que el mecanismo de información de los estados contables se organice conforme a los siguientes criterios:

- 1.º Respeto a los principios rectores del ordenamiento registral. Particularmente, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el título octavo del Reglamento Hipotecario en materia de publicidad, cuyas normas, de acuerdo con la disposición transitoria cuarta del Reglamento del Registro Mercantil, tienen carácter supletorio.
- 2.º Correcto equilibrio entre una publicidad formal modernamente entendida y desarrollada mediante nuevas técnicas y aplicaciones extraídas de su dinámica, y la necesaria reserva en aquellos aspectos de las personas y entidades inscritas que deban mantenerse al margen del mecanismo publicitario en su sentido formal.

5. EL REGISTRO MERCANTIL Y EL CONTROL DE LOS ESTADOS FINANCIEROS

A) *La publicidad de los estados financieros de las sociedades en el Derecho comparado*

Antes de examinar el estado de la cuestión en el Derecho español, haremos un breve recorrido por el Derecho de la Comunidad Económica Europea. El Consejo de la Comunidad Económica Europea ha ido estableciendo las llamadas directivas con el fin de aproximar las disposiciones legislativas de los Estados miembros que incidan directamente en el ámbito de las actividades comunitarias. Las directivas no pretenden la unificación, pero sí la armonización. Especial importancia en el tema objeto de esta ponencia ofrece la *primera Directriz del Consejo de 9 de marzo de 1968, dirigida a coordinar las normas de los Estados miembros en materia de publicidad, validez de los actos realizados en nombre de la sociedad y nulidad de las sociedades*. En el preámbulo, y en su artículo primero, establece que se aplicará sólo a las sociedades anónimas, comanditarias, por acciones y de responsabilidad limitada. Ciñéndonos al tema que nos ocupa y entre las indicaciones de carácter financiero, establece en su artículo 2.º la publicidad obligatoria del *balance y cuenta de pérdidas y ganancias* de cada ejercicio. El documento que contenga el balance deberá indicar las circunstancias personales de quienes, con arreglo a la ley, estén obligados a certificar el balance. Conforme al artículo 3.º, en cada Estado miembro, y junto al Registro Central, Registro de Comercio o Registro de Sociedades, se abre un expediente para cada sociedad inscrita. Todos los actos e indicaciones sujetos a la obligación de publicidad, se incluyen en el expediente o se transcriben en el Registro. Por otra parte, los actos e indicaciones sujetos a publicidad obligatoria son objeto, en el Boletín Nacional que designa cada Estado miembro, de una publicación integral o por extracto, o en forma de una mención del depósito del documento en el expediente, o de su transcripción en el Registro.

Se dice igualmente que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para evitar cualquier discordancia entre el tenor de la publicación en el Boletín y el del Registro o expediente. En caso de discordancia, el texto publicado en el Boletín no será oponible a los terceros; no obstante, éstos podrán invocarlo a menos que la sociedad pruebe que tenían conocimiento del texto depositado en el expediente o transcrito en el Registro. Los terceros podrán valerse siempre de los actos e indicaciones respecto de los cuales no han sido cumplidas las formalidades de publicidad, salvo que la falta de publicidad los convierta en ineficaces.

El artículo 6.º de la Directriz referida señala que, los Estados miembros, establecerán las sanciones a aplicar en los casos de falta de publicidad del balance y cuenta de pérdidas y ganancias.

De acuerdo con el artículo 13 de la Directriz, se han llevado a cabo las necesarias adaptaciones o modificaciones en los respectivos ordenamientos nacionales. Así, en Francia, por la Ordenanza de 20 de diciembre de 1969 y Decreto de 24 de diciembre del mismo año. En Alemania, por la Ley de 15 de agosto de 1969, y en Italia, por un Decreto de 29 de diciembre de 1969. La realidad, sin embargo, es que la acogida a los criterios y principios de la primera Directriz no ha sido, en general, muy favorable, especialmente en Francia e Italia, si bien hay que señalar que las críticas más duras han sido, no contra el contenido de la Directriz misma, sino contra las adaptaciones y modificaciones introducidas en los ordenamientos de cada país. En el caso francés, según el parecer de algún destacado comentarista, constituyó «una lamentable derogación al régimen de publicidad que el Decreto de 1967 (que reorganizó el Registro de Comercio) se había esforzado en uniformar». Y eso que en Francia las modificaciones introducidas fueron mínimas, ya que los redactores del Decreto señalado de 1967 sobre el Registro de Comercio tuvieron en cuenta los preceptos de la Directriz, que entonces se encontraba en estado de proposición al Consejo de la C.E.E.

En Italia, se criticó duramente el procedimiento de elaboración de la Directriz, mientras que en Alemania, la adaptación a las normas contenidas en aquélla no han supuesto, al parecer, graves trastornos.

El peligro fundamental que se apunta es, el de que los ordenamientos nacionales se vean sometidos casi periódicamente, dado el número de Directrices en proyecto o aprobadas, a una serie de modificaciones parciales que perturben y destruyan la armonía del conjunto de la legislación sobre sociedades.

Especial importancia en la regulación de la publicidad de las sociedades tiene el *proyecto de Estatuto de Sociedad Anónima Europea*, cuyo antecedente remoto se atribuye al profesor SANDERS. La idea básica, que cristalizó, en la propuesta inicial de 30 de junio de 1970, luego modificada en 1975, era regular, al lado de las legislaciones internas, un modelo de sociedad anónima europea válido en todos los Estados.

En relación con el tema que nos ocupa, el proyecto entendió que era primordial el que la presentación de cuentas respondiera a criterios uniformes que permitieran una visión certera de la situación patrimonial, financiera y de los resultados de la sociedad.

El artículo 8 del citado proyecto establece la inmatriculación de la Sociedad Anónima Europea en el Registro Europeo de Comercio que se creará en el Tribunal de Justicia de las Comunidades. Asimismo señala

que los documentos sometidos a publicidad serán depositados en él. Las modalidades de institución y el funcionamiento del Registro Europeo de Comercio se determinarán por un Reglamento del Consejo.

Cada Estado miembro abrirá en su país un anexo del Registro Europeo de Comercio. En éste se depositará una copia de los documentos depositados en el Registro Europeo de Comercio. Cualquier persona podrá conocer el contenido del Registro Europeo de Comercio y de sus anexos, así como los documentos depositados en ellos.

Todas las publicaciones referentes a la sociedad aparecerán en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas y en los Boletines Oficiales de publicación de las Sociedades Anónimas del Estado miembro donde la sociedad tenga su domicilio. En el artículo 9 se determinan los efectos de esta publicidad frente a terceros.

En el artículo 219 se señala que las *cuentas anuales*, el *informe de verificación* y la *memoria de gestión*, una vez aprobados por la junta general de la Sociedad, se depositarán por duplicado en el Registro Europeo de Comercio. Después, el comité de dirección publicará íntegramente en los diarios de la sociedad las cuentas anuales y el informe de verificación, y hará público igualmente un aviso indicativo del depósito de la memoria de gestión.

El 27 de junio de 1978, el Consejo de las Comunidades Europeas aprobaba la *cuarta Directriz* (cuya publicación se efectuó el 25 de julio de 1978) sobre las *cuentas anuales de ciertas formas de sociedades*. Esta cuarta Directriz constituye la *carta contable europea* o, como se ha dicho, el *plan contable europeo*.

Su fundamento jurídico se encuentra en el artículo 54, párrafo 3, letra g), del Tratado de Roma, y su objeto es coordinar las disposiciones nacionales de los Estados miembros relativas a la escritura y contenido de las cuentas anuales, el informe de gestión, los criterios de valoración y la publicidad de estos documentos en los casos de sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada.

De esta forma, la información económica comunitaria se enriquecerá extraordinariamente al manifestarse homogeneizada. Los socios o accionistas, los terceros (esto es, todos los demandantes de información económica, tales como ahorradores e inversores, el mundo laboral, los consumidores, la Administración, etc....), estarán en condiciones de conocer el patrimonio, los resultados y la gestión de dichas sociedades.

El artículo 47 de la cuarta Directriz establece que las *cuentas anuales* debidamente aprobadas y el *informe de gestión*, así como el *informe de la persona encargada de la censura de cuentas*, serán objeto de publicidad, conforme a las modalidades previstas por la legislación de cada

Estado miembro, según el artículo 3 de la Directriz de 9 de marzo de 1968.

Sin embargo, la legislación de un Estado miembro puede permitir que el informe de gestión no sea objeto de la publicidad mencionada. En este caso, el informe se pondrá a disposición del público en la sede de la sociedad en el Estado miembro interesado. Sin gastos y por simple petición se facilitará copia íntegra o parcial del referido informe.

En los casos previstos por los artículos 11 y 27, las sociedades en los mismos comprendidas podrán publicar un *balance* y un *anexo abreviado*. (El anexo contiene, entre otros elementos, los siguientes: Criterios de valoración, número y valor nominal o valor contable de las acciones suscritas durante el ejercicio dentro de los límites del capital autorizado, importe de determinadas deudas, importe global de los compromisos financieros que no figuren en balance, etc....) Asimismo, y según el artículo 50, se publicarán de la misma forma que las cuentas anuales: La propuesta de aplicación de resultados y la afectación de resultados.

Similar criterio en materia de publicidad de estados contables establece la *propuesta de séptima Directriz* del Consejo de 28 de abril de 1976, dirigida a coordinar las normas de los Estados miembros en los supuestos de *grupos de sociedades*.

B) *La publicidad de los estados financieros en el Derecho español*

En cuanto al Derecho español, la regulación del proyecto de Estatuto y de la Directriz de 1968 supuso, en el momento de su publicación, unas considerables diferencias, dado que nuestro sistema estaba basado en la inscripción en el Registro, sin existir obligación de publicar en diarios o boletines especiales todas las inscripciones practicadas. Tan sólo en determinados casos se imponía la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* o en periódicos diarios de ciertos datos relativos a sociedades. Tras la reforma del Código de Comercio introducida por la Ley de 21 de julio de 1973, se establece el siguiente régimen: El artículo 16, en su último párrafo, dice que: «En la Dirección General de los Registros y del Notariado existirá un Registro Central de carácter informativo, cuyo alcance y funcionamiento se regularán en el Reglamento del Registro Mercantil».

Por su parte, el artículo 30 (párrafos segundo y tercero) señala que: «Se publicará un Boletín Oficial del Registro Mercantil, en el que se dará información suficiente de los datos esenciales del Registro Central que el Reglamento determine, y en el que se insertarán, además, aquellos anuncios y avisos que establezcan las disposiciones en vigor.

Las sociedades y los comerciantes o empresarios individuales inscritos

deberán también hacer constar en su documentación y correspondencia mercantil los datos identificadores de su inscripción en el Registro».

Como puede verse, los medios técnicos previstos en la actualidad para nuestro Ordenamiento coinciden con los establecidos en los textos del Derecho europeo examinados: Registro público, publicación en Boletín especial e inserción de ciertos datos en los documentos comerciales. Sin embargo, hay que señalar que esta regulación está pendiente de su incorporación al Reglamento del Registro Mercantil, lo que aún no se ha hecho. Además, seguirán existiendo diferencias de fondo: La publicación de los datos del Registro en ese Boletín Oficial del Registro Mercantil tendrá carácter informativo, sin que modifique no ya los efectos propiamente dichos, sino ni siquiera el momento en que los efectos de la publicidad empiezan a producirse. Así, pues, la fecha de la inscripción sigue siendo decisiva, y a partir de ella la publicidad realizada despliega toda su eficacia.

Antes de finalizar el examen de la publicidad y del control de estados financieros en el Derecho español y de extraer algunas conclusiones a manera de resumen de lo expuesto, es preciso hacer una referencia a los artículos 206 y 207 del anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas.

El primero de los artículos citados dice que: «Las cuentas anuales, la aplicación del beneficio y el informe de gestión aprobados por la junta, así como el de los revisores de cuentas, habrán de ser inmediatamente depositados en el Registro Mercantil e íntegramente publicados en su Boletín Oficial. No obstante, el informe de gestión podrá ser publicado en extracto si así lo deciden los administradores». Por su parte, el artículo 207 señala que: «Cualquier publicación de los documentos mencionados en el artículo anterior deberá reproducir fielmente el texto publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, incluyendo siempre íntegramente el informe de los revisores de cuentas. En cualquier otro caso, se precisará que se trata de una edición abreviada y se hará referencia al Boletín Oficial en que hubieren sido publicados los documentos. La certificación del revisor de cuentas no podrá acompañar a esta publicación, pero se indicará si la certificación ha sido dada con reservas o no o si ha sido denegada».

Los preceptos referidos contienen no pocas imprecisiones y ambigüedades, la mayor parte de las cuales han sido ya objeto de examen en diversos informes (señalaremos principalmente dos: el del Instituto de Planificación Contable y el de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas).

Junto a la sustitución de términos como: *Beneficios por resultados* y *revisores por auditores*, se señalan objeciones de fondo, tales como: la falta de señalamiento de plazo para el depósito en el Registro Mercan-

til; la obligación de que la sociedad no pueda publicar sus cuentas si no han sido insertadas en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, y la imposibilidad legal, cuando la publicación de los documentos contables sea abreviada, de incluir la certificación o el informe íntegro del auditor.

Añadiremos nosotros otra imprecisión más: La falta de determinación del Registro Mercantil, a que se refiere el artículo 206 antes citado. ¿Es el central? ¿Son los provinciales? ¿Se efectúa el depósito por duplicado en uno y otros?

A la vista de todo lo expuesto consideramos conveniente hacer las siguientes observaciones:

PRIMERA: De todas las alternativas institucionales aptas, en principio, para servir de soporte a una estructura que permita lograr una adecuada publicidad y control de los estados financieros de las sociedades, la más idónea, por su configuración actual (tal que hace posible con facilidad su implementación para estos fines), su arraigo y capacidad de abstracción de los siempre existentes intereses contrapuestos, es la que representa la institución del Registro Mercantil.

SEGUNDA: El control derivado de la implantación de un sistema publicitario de los estados contables, se efectuará en el marco de lo que se denomina *publicidad formal*, desarrollando nuevos mecanismos basados en su misma dinámica que permite que el contenido de los Registros Mercantiles, al ser público, pueda ser conocido por todos los que tengan algún interés.

TERCERA: El juego de la publicidad se llevaría a cabo en primera instancia en los Registros Mercantiles Provinciales. A éstos se accedería fácilmente mediante los datos contenidos en el Registro Mercantil Central—Registro fundamentalmente informativo, que serviría para localizar sin dificultad en qué Registro Mercantil provincial se encuentra inscrita una sociedad y, por ende, dónde se encuentran depositados los documentos a que se ha venido haciendo referencia.

Puede resultar conveniente instrumentar un sistema de depósito y, por consiguiente, de publicidad doble, exigiéndose un duplicado de los documentos financieros y contables para el Registro Central.

Si bien en los textos examinados no se contempla en ningún caso la utilización del Boletín Oficial del Registro Central como instrumento de publicación de los estados y documentos contables de las sociedades, al encontrarse todavía en proyecto el nuevo Reglamento del Registro Mercantil debería abordarse esta cuestión (ya regulada en el Derecho europeo); su conveniencia y, en su caso, forma en que se efectuaría.

6. COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN ENTRE LAS DIVERSAS INSTITUCIONES QUE PRODUCEN Y ADMINISTRAN INFORMACIÓN SOCIOECONÓMICA

El contenido de este apartado, con el que terminamos nuestra exposición, sería suficiente como para otra ponencia monográfica sobre la materia.

El traerlo aquí a colación, no es sino para hacer constar una vez más nuestra preocupación por un hecho reiteradamente contrastado en el mundo de la administración y en el de la empresa: Un exagerado protagonismo algunas veces, un desconocimiento de estructuras y soportes informativos otras, originan, contradictoriamente, enormes cantidades de información repetida y, a la vez, lagunas en la información más necesitada. La información económica y financiera, como hoy cualquier tipo de información, es muy valiosa. Su producción y administración descontrolada supone un coste irreparable. En la búsqueda de alternativas institucionales que permitan obtener una mayor y mejor información sobre las sociedades, su estructura, su situación financiera y contable y actividades económicas, deberá elegirse como punto de referencia siempre la organización y prestación de un servicio público eficaz.

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY
Registrador de la Propiedad

NOTAS

Las compras con pacto de sobrevivencia y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de diciembre de 1977*

SUMARIO: Ideas generales.—Naturaleza jurídica: Conclusiones.—Advertencias previas.—Antecedentes de la Resolución.—Aclaración de una afirmación importante.—Los «fallos» de las dos sentencias incidentales en tercería de dominio.—Los primeros «considerandos».—El pacto de sobrevivencia y los acreedores.—El pacto de sobrevivencia y los bienes gananciales.—Alcance de la cosa juzgada: el «fallo» y los «considerandos».—La condición que entraña el pacto de sobrevivencia.—La cancelación del pacto de sobrevivencia.—Unas apostillas más.—Palabras finales.

IDEAS GENERALES

Como todos habréis observado y comprobado en múltiples ocasiones, existe notable diferencia entre el conocimiento de las instituciones jurídicas a través de los temas de la oposición y el que se adquiere después en la realidad al ejercer la profesión de jurista práctico en una Notaría o Registro de la Propiedad.

Algo parecido ocurre cuando se conoce una finca o una casa sobre un plano o fotografía y luego se tiene ocasión de recorrer sobre el terreno la finca o penetrar en las dependencias de la casa. Esta diferencia se

(*) El presente trabajo es el esquema de una conferencia en la Delegación Territorial de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Cataluña el 25 de abril de 1978. En principio fue redactado para su exposición ante los Registradores en ejercicio en la región donde se vive el pacto de sobrevivencia. Si se publica ahora es debido a la petición de algunos compañeros y, en especial, a algún comentario a la citada Resolución que pretende ir más allá de las declaraciones de nuestro Centro directivo.

acrecienta aún más si se trata de una institución jurídica de una comarca o región y se actúa profesionalmente en ella.

Así, cuando llegué al Registro de la Propiedad de La Bisbal me llamó la atención el pacto de sobrevivencia en las compras conjuntas de los cónyuges catalanes—conocido gracias a los trabajos de VALLET DE GoytISOLO y CALVO SORIANO, recogidos en los temas de antiguas oposiciones—, figura en la que concurren motivaciones no sólo jurídicas, sino también sociológicas, económicas, familiares y afectivas, que la hacen, sin duda, una de las más interesantes y atractivas del Derecho catalán local. Quizá por ello ha sido objeto de las más dispares y encontradas opiniones, como vamos a comprobar.

Se ha dicho, sin duda con ánimo de menospreciarla, que es una corruptela elevada a la categoría de institución y que nació a principios de siglo ocasionalmente de una curiosa competencia notarial. En la ciudad de Figueras, uno de los Notarios advertía a los matrimonios rurales que si formalizaban las compraventas en su Notaría «les haría gratis el testamento». También lo he oído referir de un Notario de Santa Coloma de Farnés y lo recojo aquí como mera curiosidad anecdótica y sin fundamento serio, pues existen múltiples supuestos de pactos de sobrevivencia que datan de principios del siglo pasado, como puede observarse examinando los antiguos protocolos notariales.

Dejando aparte esta curiosa apreciación, lo cierto es que en la actualidad no hay acuerdo sobre la bondad o utilidad del pacto de sobrevivencia. Los Notarios, en cuyas manos o criterio está en gran parte el porvenir de esta institución, unos la desaconsejan en general teniendo en cuenta su repercusión fiscal, otros la admiten sólo cuando se trata de matrimonios de edad avanzada y otros, en cambio, inducen, en general y sin distinciones, a los cónyuges comparecientes a incluir en sus compraventas el pacto de sobrevivencia (1).

Para entender la enjundia y mecánica del pacto no podemos prescindir de su origen y de las circunstancias en que hizo su aparición. Procede, como todos sabemos y refrendó una encuesta de la revista *La Notaría* en los años 1967 y 1968, de la comarca del Ampurdán, en especial, y en general, de la provincia de Gerona. Fue después de ser recogida y regulada en la Compilación de 21 de julio de 1960 cuando se extendió con más o menos intensidad a toda Cataluña.

De su existencia y frecuente uso en varias comarcas de la provincia de Gerona hay continuas muestras en los protocolos del siglo pasado a partir de 1820, siendo más frecuentes, no obstante, en los posteriores a la Ley del Notariado de 1862. Lo más probable es que tuviera un origen

(1) Esta disparidad de criterios puede comprobarse actualmente en las Notarías de la zona del Ampurdán, cuna de la institución.

espontáneo y sea una creación consuetudinaria y popular. Los matrimonios ricos o con patrimonio importante proveían en capítulos matrimoniales, frecuentísimos en todas las familias, su régimen y su sucesión, siendo en ellos cláusula de estilo que el usufructo de todos los bienes fuera para el cónyuge sobreviviente con carácter vitalicio. Cuando un matrimonio sin bienes llegaba, con el esfuerzo de los dos, a adquirir su modesta vivienda o un pedazo de tierra, acudían al Notario a formalizar su adquisición con el deseo de que fuera de los dos, ya que los dos lo habían conseguido con su trabajo y con la intención de que pasara por entero al sobreviviente, a semejanza del usufructo en los heredamientos de las familias acomodadas. Por esta razón, con gran sentido de la realidad, se ha conceptualizado el pacto de sobrevivencia como «el heredamiento del pobre».

Se pretendía con el pacto de sobrevivencia, con buen criterio práctico, evitar que el ejercicio de la *actio communi dividundo* por los herederos del fallecido pudiera provocar la pérdida del hogar o de la pequeña tierra al cónyuge sobreviviente, además, naturalmente, de reforzar su situación económica.

Presuponía una sociedad de tipo rural poco desarrollada y muy diferente a la actual. La familia estaba más unida en torno a los bienes y al lugar, el viudo o viuda no pensaba en volver a casarse fácilmente y las deudas no eran tan frecuentes como ahora. Existía verdadero pavor al endeudamiento porque en la mayoría de los casos suponía la pérdida del pequeño patrimonio familiar. De ahí el dicho popular, que no sería exacto en la actualidad, de que «más vale vender que pignorar».

Tan acertados se consideraban los efectos y beneficiosos los resultados del pacto de sobrevivencia, que llegó a pactarse entre hermanos; entre padre o madre e hijo, con diferentes proporciones, e incluso entre tres o más, aunque fueran extraños (2).

(2) A título de curiosidad sirvan estos dos ejemplos:

En escritura de 3 de junio de 1826, ante el Notario de Girona Luis Sala y Peres-Clarás, Miguel Vall-Ilosera y Juan Vall-Ilosera, pare y fill de Ayguaviva, venem y per títol y causa de la present venda entregam corporalment o quasi a Joan Rabasseda, Mestre de Casas de la mateixa Parroquia, y a Joseph Rabasseda, també Mestre de Casas de la referida Parroquia, son fill y hereu universal a tots junts y al sobrevivint de ells a soles y als llurs y a qui ells y lo sobrevivint de ells a soles voldrá, perpetuament.

En escritura de 11 de febrero de 1861, ante el Notario de Gerona Narciso Gifré y de Bahí, Cayetano Caballer y Bes vende para siempre a Florentina Armengol Perich, viuda de Jaime Juliá: Joaquín Pelach y Quintana y Teresa Juliá Armengol, de Santa Eugenia, abajo aceptantes, y al *sobreviviente de los tres*.

En otra de 10 de marzo de 1890, ante el Notario de Bañolas Narciso Moner Casademont, Joan Solé Puigdemont vende perpetuamente a las religiosas Catalina Carreras Bertrán, Josefa Paulí Solé, Dolores Matasosch Solé, Dolores Salvador Salliuire, Gracia Rovira Mongat y María Rosa Salvador Salliuire, *juntas, a las que de ellas vayan sobreviviendo también juntas, y a la última sobreviviente a solas*.

No existía la prohibición de pactarlo cuando los cónyuges hubieran otorgado heredamiento, y tampoco existía la afección de la legítima ni querían los esposos que lo comprado quedara afectado por ésta. Tales restricciones aparecieron con la Compilación de 1960, que también ha producido el efecto de simplificar aún más las cláusulas usuales en los documentos (3).

Hubiera deseado explicar más extensamente estas esquemáticas ideas, pero es preciso analizar previamente, para llegar a comentar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que nos ocupa, el problema de la discutida naturaleza jurídica del pacto de sobrevivencia.

NATURALEZA JURIDICA

EMILIO SAGUER OLIVET—Notario de Girona y, por tanto, conocedor del pacto de sobrevivencia—, al tratar de los fideicomisos sucesivos, ya decía en 1913 (4) que le recuerdan la práctica en cuya virtud marido y mujer adquieren fincas juntos y al sobreviviente, si bien que claro está que en tal caso el acto jurídico no es de fideicomiso, sino de donación para después de la muerte, donación perfectamente válida no siendo en vida revocada, según las disposiciones romanas prohijadas por la Dirección General de los Registros en Resolución de 17 de septiembre de 1895, en que hizo aplicación del llamado Senado Consulto de Caracalla, que constituye el fragmento 32, título 1.º, libro 24, del *Digesto* (5).

En parecidos términos. PORCIOLES Y COLOMER (6) también nos habla de una donación entre esposos, sin especificar más. En cambio. JOSÉ MARÍA SANAHÚJA SOLER (7), después de señalar la afinidad que existe entre el heredamiento mutuo, las ventas a los esposos por mitad y al sobreviviente de los dos a solas, el usufructo mutuo y el seguro sobre la

(3) Antes se decía, por ejemplo, «que el sobreviviente de los dos adquiera del que premuera la mitad indivisa de la referida finca a éste correspondiente, pudiendo el tal sobreviviente hacer y disponer de toda ella a su libre voluntad»; otros incluían «las obras, edificaciones y mejoras», «las obras nuevas y construcciones», etcétera. Actualmente, y promulgada la Compilación, es costumbre, en general, consignar escuetamente «con pacto de sobrevivencia»

(4) *Institución de los Fideicomisos y sus efectos en Cataluña*, Ed. Imprenta y Litografía Carreras, Girona, 1913, pág. 16.

(5) Observemos que SAGUER Y OLIVET admite la revocación por uno de los cónyuges y ya insinúa su semejanza con el fideicomiso, que, como veremos, volvió a destacar VALLET DE GÖYTISOLO.

(6) «Règim econòmic-familiar al Baix-Urgell i Segrià». Conferencia el 16 de abril de 1934 en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, en Conferències sobre varietat del Dret Civil Català, Barcelona, 1934, pág. 186.

(7) *Tratado de Derecho Notarial*, Barcelona, 1945, tomo II, págs. 385-386.

vida entre los dos consortes, nos dice que son «contratos a título oneroso y aleatorios en que uno de los contratantes consiente en dejar, en caso de defunción algo en favor del otro para ganar otro tanto en caso de sobrevivencia. La disposición del uno es la contrapartida y la condición de la disposición del otro».

Ya antes, PABLO SANAHÚJA, Notario que fue de Balaguer, lo había imaginado como un contrato de título oneroso y de carácter aleatorio, como los de tipo tontinario, y así lo defendió en un recurso ante la Dirección General, y su criterio fue compartido por la Resolución de 19 de mayo de 1917.

VALLET DE GOYTISOLO, en 1944 (8), de forma específica y con todo lujo de argumentos, como es habitual en él, defendió que existe un negocio unitario en el que los cónyuges compradores adquieren una propiedad *ad tempus* sometido a una condición de juego, a la vez suspensivo y resolutorio, es decir, cada cónyuge adquiere una mitad indivisa bajo la condición resolutoria de premorir, y la otra mitad con la condición suspensiva de sobrevivir.

Con anterioridad, la Resolución de 24 de abril de 1918 había aplicado la misma doctrina, declarando la procedencia de una anotación preventiva de embargo por deudas del marido sobre una finca adquirida con pacto de sobrevivencia con su esposa, debiendo practicarse sobre la mitad del marido embargado, aunque sujeta a la condición resolutoria de fallecer éste antes, y sobre la correspondiente a su mujer, en cuanto la misma condición funciona como suspensiva a favor del ejecutado.

A pesar de coincidir con esta Resolución de 1918, la postura de VALLET fue tildada de excesivamente dogmática, y en sus consecuencias, el pacto de sobrevivencia se hacía inexpugnable no sólo a la revocación de uno de los esposos, sino también frente a los acreedores, a los legatarios y a la posible aplicación de la *Lex Hac Edictali*.

La réplica no se hizo esperar y VIRGILI SORRIBES (9) entendió, en contra de VALLET DE GOYTISOLO, que en el pacto de sobrevivencia existe una dualidad de negocios jurídicos: la compraventa y el pacto, que califica de oneroso y aleatorio. En idéntico sentido, CALVO SORIANO, también Notario de Figueras que fue como el anterior (10), cree que el pacto de sobrevivencia supone un pacto yuxtapuesto a la compraventa

(8) «La compraventa por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia. Su naturaleza jurídica y su eficacia en el Derecho Común y en el Foral Catalán». *Revista de Derecho Privado*, 1944, tomo XXVIII, págs. 709 y ss.

(9) «Problemas que suscita la compraventa con pacto de sobrevivencia cuando existe asociación de compras y mejoras entre los cónyuges compradores», *Revista La Notaría*, 1945, tomo LXXX, págs. 332 y ss.

(10) «Adquisiciones con pacto de sobrevivencia». *Revista de Derecho Privado*, 1952, tomo XXXVI, págs. 361 y ss.

de forma compendiosa y resumida, què tiene auténtico carácter de pacto capitular, cuya diferencia con las capitulaciones es el simple ahorro de un documento y de una calificación, de lo que deduce su irrevocabilidad por imperio de la Constitución *A foragitar fraud*; su vulnerabilidad frente a legitimarios, acreedores y protegidos por la *Lex Hac Edictali*; su adquisición automática a favor del sobreviviente y, en contra de VALLET, una total independencia del contrato de compraventa.

Ante tales críticas, VALLET DE GOYTISOLO (11) abandonó el dogmatismo de los dos primeros trabajos (12), y en un tono más conciliador nos dijo que la concepción unitaria de la compraventa con pacto de sobrevivencia, como negocio dispositivo único, no excluye la pluralidad de contratos. «En efecto: La concepción de esas compraventas como doble negocio dispositivo distingue: una compraventa normal con dos compradores que adquieren por mitad y proindiviso y otro negocio dispositivo entre los compradores, que, según las opiniones, puede ser una recíproca donación *inter vivos* o *mortis causa* o un negocio oneroso y aleatorio.

Y con la concepción unitaria, si bien se ve un solo negocio dispositivo, compraventa real a favor de los compradores, conjuntamente con fideicomiso condicional a favor del que de ellos sobreviva, apoyada en un contrato de compraventa en el que el vendedor accede a dicha modalidad a petición e interés de los compradores, tampoco puede dejarse de percibir el previo concierto entre los compradores que pagan por mitad el precio y adquieren, en definitiva, para el sobreviviente. Relación interna que si el precio fuere íntegramente de uno de los compradores, se concretaría en una donación condicionada hecha por éste a su consorte para caso de que le sobreviva.»

En definitiva, VALLET se pronunciaba a favor de la segunda concepción antes expuesta, que ratificaría años después en un artículo sobre las legítimas en el *Anuario de Derecho Civil* del año 1971.

Sin ánimo de negar la bondad y el acierto de la explicación de VALLET, largamente meditada y fundamentada con todo lujo de detalles, se me hace difícil imaginar que el vendedor se convierta en fideicomitente de una sucesión o relación sucesoria que nunca estuvo en su intención, sino que lo único que se puede presumir que deseaba, como vendedor, era simplemente vender.

Aunque en buenos principios no es donación—dijo MARTÍN RETOR-

(11) «Las compras con pacto de sobrevivencia en Derecho catalán», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1955, año LIV, vol. LXXII, julio-agosto, págs. 291 y ss.

(12) El ya citado en *Revista de Derecho Privado* en 1944 y «Teleología y dogmática de la compraventa con pacto de sobrevivencia», *La Notaría*, 1946, tomo LXXXI, págs. 362 y ss.

TILLO (13)—, proceden correctamente los Liquidadores al considerarla donación a efectos fiscales (14), y este criterio fue recogido en el Texto Refundido aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967, en su artículo 63-4.º, y antes, en el Texto Refundido del Reglamento de 21 de marzo de 1958, en el artículo 29-3.º

La Compilación del Derecho Civil de Cataluña de 21 de julio de 1960, que recogió por primera vez la institución que estudiamos, pues ni siquiera había sido incluida en los anteriores proyectos, contiene una regulación nueva en sus artículos 61 y 62, algo distinta de la consuetudinaria de origen, atendiendo probablemente a las sugerencias de los autores que antes la estudiaron y al profundo cambio experimentado en Cataluña debido al progreso y desarrollo de las últimas décadas.

Como principales innovaciones y restricciones de la Compilación podemos señalar:

1. Sólo pueden pactarlo los cónyuges en régimen de separación y por cuotas iguales, conjuntamente.
2. No podrá pactarse en caso de heredamiento a favor de los contrayentes o puro a favor de los hijos nacederos.
3. Se computará en la herencia del premuerto a efectos de la *Lex Hac Edictali*, cálculo de legítimas y pago de la cuarta marital.
4. Establece la imposibilidad de revocación unilateral al prohibir que sean enajenados ni gravados los bienes, sino por acuerdo de ambos cónyuges, debiendo mantenerse la indivisión.

Después de esta regulación legal se han seguido emitiendo teorías o explicaciones sobre la naturaleza jurídica del pacto de sobrevivencia.

Así, GASSIOT MAGRET (15) entiende que supone un convenio o contrato entre los compradores, que es a la vez una disposición sucesoria, lo que le da un carácter de heredamiento mutuo, como había ya apuntado SANAHÚJA SOLER y que parece admitir la Resolución de 29 de diciembre de 1977, que luego hemos de comentar.

No creo que sea muy acertada esta equiparación a un heredamiento mutuo, por cuanto la misma regulación que la Compilación hace de tal figura más bien la impide que la favorece. En efecto, el artículo 95

(13) «El Impuesto de Derechos Reales aplicado a las instituciones forales», *Revista de Derecho Privado*, 1945, tomo XXIX, págs. 438 y ss.

(14) Es claro que no podía ser de otra manera por la razón de que existe un paso de una masa de un bien o de bienes a título gratuito de una persona—la premuerta—a otra—la sobreviviente—. En consecuencia, mientras no se declare expresamente la exención hay que liquidar aplicando la escala y tipos de las herencias.

(15) *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña*. Barcelona, 1962, pág. 80.

establece que el heredamiento mutuo supone «una institución contractual recíproca de heredero entre los esposos contrayentes a favor del que sobreviva...», y no parece que nadie halla llegado a tanto como decir que el pacto de sobrevivencia suponga nada menos que una institución de heredero. El heredamiento mutuo se refiere esencialmente a los bienes de abolengo familiar y con la finalidad típica del Derecho catalán de que se mantengan dentro de la familia, de ahí que constituya una institución anticipada de heredero; por el contrario, el pacto de sobrevivencia se refiere a un bien o bienes concretos adquiridos después del matrimonio y que, por consiguiente, no estaban en el acervo familiar. Por otra parte, sigue el artículo 95-2.º, «el cónyuge que premuera no transmitirá a sus sucesores derecho alguno del heredamiento mutuo». y, en cambio, como sabemos, en el pacto de sobrevivencia sí tendrán los sucesores legitimarios derecho a su legítima, que podrá detraerse de los bienes sujetos al pacto.

LALINDE ABADÍA (16) cree que estamos ante un supuesto de sucesión contractual a título particular a favor del sobreviviente, y PUIG FERRIOL (17) nos dice que constituye un negocio jurídico de carácter familiar y que la adquisición del sobreviviente es una adquisición derivada del régimen económico conyugal catalán, que podría configurarse como beneficio vidual.

Estas últimas explicaciones no aportan gran novedad a las teorías más antiguas y no explican de modo diferente el juego del pacto de sobrevivencia.

Por su originalidad, examinaremos brevemente la construcción que nos ofrece O'CALLAGHAN MUÑOZ (18), en su comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1971, cuya doctrina recogeremos después. Según este autor, la naturaleza jurídica del pacto de sobrevivencia es la de un negocio jurídico oneroso y aleatorio separado de la compraventa, que al conjuntarse dan lugar a la figura jurídica de naturaleza específica regulada en los artículos 61 y 62 de la Compilación, y que entonces aparece una comunidad germánica, *zur gesamten Hand*, en la que no hay división de cuotas, en el sentido de que no pueden por separado disponer de ellas, aunque en abstracto tienen una participación igual y se puede disponer de la cosa conjuntamente en su totalidad: y termina diciendo que es el único caso en que se da en el Derecho español una comunidad de tipo germánico sobre un bien con-

(16) «Regímenes comunitarios en la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1966, pág. 347.

(17) «Cómputo de la legítima». *Revista Jurídica de Cataluña*, 1971, pág. 534.

(18) «La compraventa con pacto de sobrevivencia. Sentencia del T. S. de 23 de febrero de 1971», *Revista Jurídica de Cataluña*, año 1972, págs. 162 y ss.

creto (19). Esta concepción permite a O'CALLAGHAN MUÑOZ explicar cómo en el caso de muerte de uno de los cónyuges no hay una adquisición por el sobreviviente, sino que éste amplía su titularidad compartida del derecho de propiedad sobre la cosa y la hace exclusiva, de idéntica manera a lo que ocurre en el caso de un usufructo con varios usufructuarios, que en el momento de fallecer uno de ellos su parte no se consolida en la nuda propiedad, sino que acrece a los demás usufructuarios.

El comentario a tan original posición ha de ser breve por las circunstancias de tiempo y lugar que nos condicionan: a su primera parte se opone la exigencia de la misma ley (art. 61), que presupone el régimen de separación en los compradores y cuotas iguales en su participación, y a la segunda, el que necesariamente ha de quedar afecto a las legítimas, *Lex Hac Edictali* y cuarta marital, como dispone el repetido artículo 61, y reconoce que se opone a su explicación el mismo O'CALLAGHAN. Si se pretende que se fundamente en el llamado derecho de acrecer, no olvidemos que el acrecimiento es más el efecto de una situación jurídica determinada, que una causa que la haga nacer.

Quizá quien mejor ha explicado la naturaleza jurídica y la mecánica del pacto de sobrevivencia sea ROCA SASTRE (20), quien nos dice lo siguiente: «A nuestro juicio, en estas compras con pacto de sobrevivencia hay que entender que la adquisición resultante a favor del cónyuge supérstite de la mitad indivisa proveniente del fallecido es producto de una donación entre vivos dispuesta con reciprocidad, pero sólo valdiera en cuanto a la hecha a favor del cónyuge que resulte sobreviviente.

Y es donación entre vivos y no *mortis causa* porque el *cum premoriatur*, referido indistintamente a cada uno de los dos cónyuges, no impone a la muerte la función técnica de causa, sino simplemente la de un *aleas* determinador de cuál de las dos donaciones *sub conditione* dispuesta, deviene efectiva por la circunstancia de reunir la cualidad de cónyuge supérstite uno de los dos consortes pactantes.

Luego la mitad indivisa que adquiera el cónyuge sobreviviente propiamente hay que catalogarla en el *donatum* del cónyuge predifunto y no en su *relictum*».

Con esta concepción de ROCA SASTRE se explica perfectamente la

(19) No muy lejos de esta última postura está PIÑOL AGUADÉ, que, en una recensión a una obra de SIMPSON en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, nos dice incidentalmente que en el pacto de sobrevivencia existe una propiedad indistinta y solidaria que teniendo diversas manifestaciones en los países anglosajones es el único caso conocido en España.

(20) «El artículo 15 de la Ley Hipotecaria y las adquisiciones derivadas de compras con pacto de sobrevivencia» Notas inéditas en una consulta de hace unos años dirimiendo una discusión entre el Registrador de la Propiedad de Gerona y algunos Notarios de la Provincia.

irrevocabilidad o mantenimiento del pacto, la afección de los bienes a los legitimarios, la cuarta marital y la *Lex Hac Edictali*, y, lo que es más importante, su vulnerabilidad a la acción de los acreedores en caso de resultar la donación inoficiosa por carecer de otros bienes los esposos. Debido al hecho de tener sólo efectividad la donación en el momento de la muerte de uno de los esposos, no parece que desvirtúe esta opinión el artículo 20 de la Compilación al regular las donaciones entre esposos durante el matrimonio.

CONCLUSIONES

De todo lo expuesto hasta ahora, y a modo de resumen, cabe hacer las siguientes conclusiones:

- a) Durante la vida de los dos esposos tiene cada uno la propiedad exclusiva de una mitad, de tal modo que tiene como consecuencia también el derecho a la mitad de los rendimientos que produzca o pueda producir la cosa comprada con pacto de sobrevivencia, no pudiendo disponer de ella en consideración precisamente al derecho condicional, expectativa o posibilidad—llámese como se quiera—que sobre cada mitad tiene el otro cónyuge. Derecho todo lo condicional o aleatorio que se quiera, pero existente ya y digno de toda protección jurídica—no lo olvidemos—, puesto que se hará efectivo o se extinguirá inevitablemente un día u otro, salvo que se produzca el supuesto poco frecuente de la comorienza de los dos esposos.

Podríamos decir que existe «un nudo gordiano» sobre la cosa comprada con pacto de sobrevivencia, que sólo puede romperse con la espada del tiempo, que fatalmente producirá la muerte de uno de los cónyuges.

- b) Acaccida la muerte de uno de los esposos, el que sobreviva adquirirá automáticamente la mitad del premuerto, por donación *inter vivos* o *mortis causa*, por heredamiento, por sucesión a título singular, acrecimiento, etc., según las diversas opiniones que hemos examinado, pero indudablemente existirá una transmisión entre cónyuges y a título lucrativo, como presupone la Compilación al disponer que se imputará en pago de la cuarta marital. En este momento todo se habrá consumado y sólo entonces puede quedar extinguido el pacto de sobrevivencia, salvo, naturalmente, que los cónyuges lo hubieran suprimido de común acuerdo o exista una sentencia firme en cuya «litis» hubieran comparecido los dos, según veremos después más extensamente.

ADVERTENCIAS PREVIAS

Teniendo en cuenta las anteriores premisas, podemos comenzar ya el comentario a la Resolución de 29 de diciembre de 1977, previas dos convenientes advertencias:

Primera: Aunque procuraré ser totalmente objetivo y dar siempre razones, por haber sido parte interesada en el recurso que motivó dicha resolución, os ruego a cada uno que pase por el tamiz de su criterio personal todas mis alegaciones en relación al pacto de sobrevivencia y a la doctrina que la resolución ha vertido sobre el mismo.

Segunda: Si como jurista me permito discrepar, como funcionario hubiera admitido el resultado final de la resolución y hubiera practicado en los libros de mi Registro la cancelación ordenada del pacto de sobrevivencia, aunque no hubo lugar a ello por no haber presentado los interesados los respectivos documentos dentro del plazo previsto por el artículo 126, párrafo 3.º, del Reglamento Hipotecario, y según he podido comprobar después, solucionaron sus problemas al margen de la resolución que nos ocupa.

ANTECEDENTES DE LA RESOLUCION

Para mejor claridad y como punto de partida haré una brevísima exposición de los antecedentes que dieron lugar a esta resolución.

Se estaba tramitando un juicio ejecutivo contra el marido en rebeldía y por deudas de éste, y el bien ejecutado era la mitad indivisa de una casa comprada con pacto de sobrevivencia con su esposa. Esta interpuso tercería de dominio en base al pacto de sobrevivencia, solicitando la nulidad del procedimiento de apremio o ejecución. No se admitió la tercería por el Juzgado de Primera Instancia ni tampoco por la Audiencia Territorial respectiva en apelación. Firmes estas sentencias, se prosiguió la ejecución y se adjudicó la mitad de la finca al acreedor demandante, pero sujeta al pacto de sobrevivencia.

Se otorgó la oportuna escritura pública ante el Notario de Barcelona en turno de oficio, don Bartolomé Masoliver Rodenas, el 3 de abril de 1975, por el Decano de los Jueces de Primera Instancia de la misma ciudad, don Javier Ferrer Mora, por rebeldía del deudor y el acreedor, consignándose expresamente que la adquisición tenía lugar sujeta a la

condición resolutoria derivada del pacto de sobrevivencia (21) y así se inscribió en el Registro de la Propiedad.

Posteriormente se presentó una instancia suscrita por el mismo acreedor adquirente de dicha mitad, acompañada de dos fotocopias de las sentencias recaídas en la tercería de dominio, solicitando la cancelación del pacto de sobrevivencia en cuestión, que fue denegada por los siguientes defectos a continuación resumidos:

Primero: No poderse modificar por una simple instancia lo consignado en escritura pública notarial otorgada por el mismo que presentó y firmó la instancia.

Segundo: No poder afirmarse, como hacía el solicitante, que el pacto de sobrevivencia sólo tenía efectividad a la muerte de uno de los cónyuges.

Tercero: Que las sentencias cuyas fotocopias se acompañaban no declaraban la nulidad ni decretaban expresamente la cancelación del pacto de sobrevivencia.

Recurrida la nota, fue confirmada íntegramente por la Audiencia Territorial de Barcelona y luego revocada por la Dirección General.

ACLARACION DE UNA AFIRMACION IMPORTANTE

Lo primero que hay que poner en claro en relación a la resolución que nos ocupa es una afirmación discutible que hace en su primer RESULTANDO y que luego reitera en algunos de sus CONSIDERANDOS. Me refiero a lo que extrae de las sentencias incidentales sobre tercería de dominio dictadas por el Juzgado de Primera Instancia número uno de Barcelona el 29 de mayo de 1973, y por la Audiencia Territorial de la misma ciudad en apelación de aquélla, el 7 de marzo de 1974. Dice la resolución refiriéndose a estas sentencias, que «tanto en una como en otra, se declara la extinción en cuanto a la mitad indivisa embargada del pacto de sobrevivencia».

La lectura detenida y meditada de esta frase ya sugiere la siguiente interrogación: ¿Cómo se puede declarar la extinción del pacto de sobre-

(21) La reseñada escritura dice textualmente en su parte dispositiva: «Con estos antecedentes los señores comparecientes en la calidad con que respectivamente actúan, otorgan:

TERCERO.—La finca vendida se transmite con las cargas que figuran en la certificación registral que obra en autos, o sea:

a) La condición resolutoria derivada del pacto de sobrevivencia establecido por los consortes don Miguel Güell Catalá y doña Rosa Puig Crosa en la escritura de compraventa por ellos otorgada ante el Notario de Palamós don Luis Fort el 11 de diciembre de 1961...»

vivencia en cuanto a una mitad solamente de la cosa comprada con tal pacto?, y la otra mitad no embargada, ¿cómo quedaría?, ¿seguiría sujeta al pacto?... (22).

Pero veamos si efectivamente las aludidas sentencias declararon la extinción y cancelación del pacto de sobrevivencia.

LOS «FALLOS» DE LAS DOS SENTENCIAS INCIDENTALES EN TERCERA DE DOMINIO

En el *petitum* de la demanda de la primera de ellas se decía: «con la súplica de que en su día, previos los demás trámites legales, se dictara sentencia por la que se declare el alzamiento del embargo trabado en el procedimiento ejecutivo que se sigue ante este Juzgado a instancia de don Francisco Murió Jansá contra don Miguel Güell Catalá, así como la nulidad del procedimiento de apremio seguido en dicho juicio contra la mitad indivisa de la finca, que pertenece a su representada doña Rosa Puig Crosa y a su esposo, que se halla afecta al pacto de sobrevivencia, todo ello con la expresa imposición de costas...».

El «fallo» de esta sentencia dice literalmente así: «Que desestimando la demanda formulada por la representación de doña Rosa Puig Crosa contra don Francisco Murió Jansá y don Miguel Güell Catalá, debo absolver y absuelvo a los demandados de cuantos pedimentos la misma contiene, sin hacer expresa condena en costas. Firme que sea esta resolución, álcese la suspensión que pesa sobre el juicio ejecutivo de la que resulta incidencia y continúese con arreglo a derecho».

En la demanda que motivó la sentencia de la Audiencia Territorial, se limitó a apelar la sentencia dictada por el Juzgado, recogiendo el «fallo» antes transcrito, y la decisión de la Audiencia dice literalmente: «Fallamos que debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia apelada dictada por el Juzgado de Primera Instancia número uno de esta capital, con fecha 29 de mayo de 1973, en los autos de juicio declarativo de menor cuantía a que la presente se contrae, sin hacer especial declaración respecto al pago de las costas causadas en esta apelación».

¿Se puede deducir de las transcritas decisiones judiciales que éstas decretan la nulidad y consiguiente cancelación del pacto de sobrevivencia en litigio?

(22) No creo necesario insistir en demostrar que el destino de cada mitad de la cosa comprada con pacto de sobrevivencia está unida a la otra mitad de forma indisoluble, de tal manera que sólo podrán quedar libres con la extinción total del pacto. No se puede operar, pues, con una mitad independiente de la otra, mientras subsiste el pacto que las une.

A mi juicio y con todos los respetos, la resolución de nuestro Centro Directivo ha llegado más lejos de lo que permite la interpretación literal de las transcritas decisiones judiciales y me ha recordado la famosa máxima de FONTANELLA: *minima mutatio facti mutat totum ius*.

LOS PRIMEROS CONSIDERANDOS

En el primer CONSIDERANDO se nos dice que el pacto de sobrevivencia es una institución de gran raigambre en el Derecho catalán. A tal afirmación sólo una apostilla: la raigambre del pacto de sobrevivencia en las compras conjuntas de los cónyuges catalanes corresponde a la comarca del Ampurdán y otros territorios de la provincia de Gerona, no extendiéndose a toda Cataluña hasta que fue regulada por primera vez en la Compilación del Derecho Catalán de 21 de julio de 1960 (23).

En el segundo CONSIDERANDO enumera algunas concepciones sobre la naturaleza jurídica del pacto de sobrevivencia, que ya se han tratado esquemáticamente en un apartado anterior de estas notas.

En el tercero, al hacer una invocación al artículo 61 de la Compilación, dice literalmente: «el párrafo segundo del artículo 61 indica que la adquisición de la participación del premuerto se computará en la herencia de éste a efectos de reservas, cálculo de legítimas e imputación en pago de la cuarta marital...».

Aquí quizá haya existido cierta precipitación en la redacción de esta parte del CONSIDERANDO, pues el artículo 61, párrafo 2.º, en su redacción definitiva suprimió la alusión a las reservas, lo que justifican CONDOMINES VALLS y FAUS ESTEVE en los siguientes términos: «en cambio, no se creyó conveniente aplicarle las normas de la reserva binupcial, que supone una adquisición a título gratuito, que no es la que califica esta institución» (23 bis).

EL PACTO DE SOBREVIVENCIA Y LOS ACREEDORES

Al final del CONSIDERANDO tercero se alude al problema fundamental de los acreedores y el pacto de sobrevivencia.

(23) Con anterioridad a la Compilación se aplicaba con frecuencia en el Partido de Balaguer (Lérida), y precisamente desde la Resolución de 19 de marzo de 1917, que fue motivada por una calificación del Registrador de la Propiedad de aquella localidad, recurrida por PABLO SANAHUJA. Notario también de la misma, como hemos visto anteriormente. Pocas veces habrá tenido tanta importancia práctica una Resolución de nuestra Dirección General en una comarca como la tuvo aquélla en la de Balaguer, pues desde entonces un porcentaje elevadísimo de compraventas a favor de los cónyuges formalizadas en escritura pública contenían el pacto de sobrevivencia.

(23 bis) *Derecho Civil especial de Cataluña*, Ed. Bosch, 1960, págs. 94 y 95.

En relación a esta importante cuestión decíamos en el escrito, defendiendo la nota en el recurso, lo siguiente: «Los artículos 61 y 62 de la vigente Compilación del Derecho Especial de Cataluña, acaso por haber sido uno de los problemas menos estudiados por la doctrina anterior o por considerarlo resuelto por otros preceptos generales, no se refieren expresamente a la posibilidad de que los acreedores particulares de uno de los cónyuges puedan realizar o ejecutar los bienes comprados con pacto de sobrevivencia para cobrar sus deudas, y según las reglas de la hermenéutica, podrían ser objeto de dos interpretaciones distintas:

a) La negativa, según la cual los acreedores no podrían atacar los bienes comprados con pacto de sobrevivencia sino por deudas de los dos cónyuges o consintiendo la ejecución el cónyuge no deudor, que tendría en su apoyo las siguientes razones:

1.^a El artículo 61 se refiere a la afección de estos bienes al cómputo de las legítimas, cuarta marital y *Lex Hac Edictali*, silenciando a los acreedores, y de haber querido que éstos pudieran ejecutar tales bienes, lo hubiera señalado, como hizo con aquellos otros conceptos.

2.^a El artículo 62 llevado a ultranza, prohíbe sean enajenados o gravados si no es por acuerdo de ambos cónyuges.

Además, esta posición resultaría refrendada por la consideración de que los acreedores podrían conocer previamente la situación de los bienes comprados con pacto de sobrevivencia por su inscripción en el Registro de la Propiedad.

b) La positiva, que permitiría a los acreedores de uno solo de los cónyuges poder ejecutar los bienes en base de los siguientes argumentos:

1.^o El artículo 61, al establecer que están afectos a diversas obligaciones o cargas de uno de los cónyuges, acepta también implícitamente que deban igualmente responder de sus deudas.

2.^o No admitir dicha ejecución supondría aumentar la lista de los bienes inembargables que establece el artículo 1.449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solución del todo imposible por imponer dicho precepto un sistema riguroso de *numerus clausus* en orden a la admisión de tales bienes.

3.^o Sería contrario al principio general de la responsabilidad patrimonial universal, que establece el artículo 1.911 del Código Civil, uno de los fundamentales del Derecho de obligaciones.

Dada la extraordinaria importancia y trascendencia de este problema, sería muy conveniente que por vía de las memorias decenales, que esta-

blece la disposición adicional de la Compilación, o por la jurisprudencia se aclarara esta importante y fundamental cuestión.

Entretanto y en defecto de normas concretas o decisiones jurisprudenciales, habrá que acudir a las disposiciones de la misma Compilación sobre la inoficiosidad de donaciones del artículo 340, la presunción muciana del artículo 23, a la simulación cuando ésta existiere y pudiera probarse y al principio de responsabilidad patrimonial universal, teniendo especial cuidado en las respectivas demandas de atacar expresa y directamente el pacto de sobrevivencia, solicitando su nulidad y consiguiente cancelación en el Registro de la Propiedad, cosa que no se hizo en las sentencias que procedieron a la ejecución, en el caso que estamos comentando, y que de haberse hecho quizá hubiera sido otra la decisión judicial.

Insistiendo en este punto y como criterio práctico podríamos quizá distinguir entre el supuesto de que las deudas fueran anteriores al pacto de sobrevivencia y posteriores a él. En el primer caso, se podría acudir a las normas de la inoficiosidad de donaciones si el deudor careciere de otros bienes, a la presunción muciana si se tratara de deudas del marido y para poder atacar la mitad de la mujer, y siempre a la simulación si ésta se pudiera probar. En el supuesto de tratarse de deudas posteriores, los posibles acreedores al poder conocer por medio del Registro de la Propiedad que los bienes de su deudor fueron adquiridos con pacto de sobrevivencia, harían muy bien en exigir que la deuda o su garantía sea siempre de los dos esposos compradores.

Para completar este cuadro sinóptico de la situación de los acreedores y su proyección sobre el pacto de sobrevivencia, podríamos añadir que al fallecer uno de los esposos, aquéllos podrían reclamar contra el sobreviviente por ser las deudas cargas del *donatum* que recibe del premuerto y en atención al principio jurídico que primero es pagar que heredar.

En definitiva, y mientras no exista una disposición legal clara sobre la materia, la extinción del pacto de sobrevivencia en caso de adjudicación por ejecución de una mitad por deudas de uno de los dos esposos quedará al socorrido prudente criterio judicial, que deberá decidir en cada caso según las circunstancias concurrentes.

EL PACTO DE SOBREVIVENCIA Y LOS BIENES GANANCIALES

El cuarto CONSIDERANDO, que por su importancia se transcribe literalmente, dice: «El mencionado párrafo 1.º del artículo 62 prohíbe que mientras vivan ambos cónyuges sean enajenados o gravados los bienes

así adquiridos, a no ser con el acuerdo de los dos esposos, pero nada indica respecto a si tal prohibición engloba no sólo a las ventas voluntarias, sino también a las forzosas, por lo que curiosamente se produce una situación paralela a la existente en la sociedad de gananciales, en donde tal cuestión suscitó numerosas polémicas, dio lugar a una copiosa jurisprudencia, que terminó por aclarar que el artículo 1.413 del Código Civil se refería sólo a las enajenaciones voluntarias, y que en las forzosas, como consecuencia de obligaciones contraídas por el cónyuge administrador, en uso de sus facultades legales, bastaba la notificación del procedimiento al otro en base a la interpretación del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, solución que es la más adecuada y que tiene todavía un mayor fundamento, si cabe, en esta institución típicamente catalana, dado el carácter privativo de los bienes adquiridos, en el que cada titular tiene su disfrute y administración con total independencia del otro, por lo que deben responder de las obligaciones que han contraído sus propietarios».

Lo que se acaba de exponer es muy discutible; va, a mi parecer, contra la naturaleza jurídica del pacto de sobrevivencia y roza algunos preceptos de la Compilación vigente. En relación a la distinción entre ventas voluntarias y forzosas, aunque se funde en un loable sentido de justicia, creo que no puede admitirse sin una disposición legal expresa por afectar de modo sustantivo a la regulación establecida en la Compilación, que no recoge expresa ni tácitamente aquella distinción, y en cuanto a la equiparación a las enajenaciones o embargos de bienes gananciales, basta recordar el carácter de este régimen para apreciar que la separación no es paralela al supuesto de separación de bienes, requisito esencial para que juegue el pacto de sobrevivencia.

No está en mi ánimo someteros a la prueba de tener que soportar una exposición acerca de la naturaleza de la sociedad de gananciales, que todos tenéis por archisabida; es suficiente con decir que hasta su disolución y liquidación no se sabrá a cuál de los dos cónyuges ni en qué proporción corresponderá cada uno de los bienes que la forman. En cambio, en el régimen de separación cada cónyuge tiene una titularidad perfecta y actual sobre todos y cada uno de los bienes, y, como hemos visto repetidamente, el pacto de sobrevivencia presupone y se apoya en el régimen de separación, cada uno de los esposos tiene una mitad en dominio actual y efectivo de la cosa comprada y, en consecuencia, no podrá ser privado de ella mediante una simple notificación, sino en virtud de un verdadero juicio en el que haya recaído sentencia firme, después de haber sido oído el interesado.

Tal doctrina fue declarada clarísimamente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1971, que motivó, como hemos visto,

el documentado comentario del Juez de Mataró, señor O'CALLAGHAN. En aquel fallo, el Tribunal Supremo admitió una excepción dilatoria por falta de «litisconsorcio pasivo», por haberse dirigido una demanda sobre cosa comprada con pacto de sobrevivencia solamente contra el marido y no contra los dos esposos, basándose en la naturaleza de este pacto y en la regulación de los repetidos artículos 61 y 62 de la Compilación, que hay que poner necesariamente en relación con el sistema de separación de bienes que rige en Derecho catalán.

La base y fundamento de esta sentencia, contraria a las declaraciones de la resolución que nos ocupa, está en el importantísimo axioma jurídico de que nadie puede ser privado de una cosa o de un derecho sino por sentencia firme recaída en juicio contradictorio en el que haya sido oído y vencido (24).

No está claro en el CONSIDERANDO cuarto que comentamos, si se refiere a las enajenaciones o embargos de la totalidad de la cosa comprada con pacto de sobrevivencia o sólo de una mitad de la misma. Aunque se entendiera este último supuesto, valdría también lo dicho por cuanto quedaría vulnerado el derecho condicional o expectante del otro cónyuge, que lo habría perdido sin ser condenado expresamente y ser oído en el correspondiente juicio, y que no se diga que la esposa fue oída y vencida porque, en todo caso, no lo fue en el procedimiento adecuado. Ella únicamente interpuso una tercería de dominio, solicitando paralizar y anular la ejecución, y esto fue lo que le denegaron expresamente, prosiguiendo el juicio ejecutivo contra la mitad del marido por sus deudas particulares.

ALCANCE DE LA COSA JUZGADA: EL «FALLO» Y LOS CONSIDERANDOS

En el quinto CONSIDERANDO, la resolución recoge unas líneas aisladas de los razonamientos de la sentencia de la Audiencia Territorial, en los cuales decía: «que los bienes pueden ser objeto de traba y adjudicación, que si llegan a consumarse llevan como consecuencia ineludible el adquirir un tercero extraño la mitad en copropiedad, que ésta se rija por las normas legales para tal institución y se extinga el pacto de sobrevivencia».

Esta declaración, si hubiera tenido su relación o reflejo en el «fallo», tendría gran importancia, pero al no ser así, no podemos tomarla en

(24) Este principio está también recogido en el artículo 202 de la Ley Hipotecaria, entre otros, que al referirse a la cancelación de asientos contradictorios exige que sus titulares hayan sido oídos en el expediente de dominio.

consideración, pues de hacerlo también tendríamos que admitir otras afirmaciones contrarias, como las que configuran el pacto de sobrevivencia como propiedad *ad tempus* y sujeta a condición, que también hace la sentencia al razonar sobre la discutida naturaleza del pacto de sobrevivencia.

Todo esto nos plantea la interesante cuestión procesal de qué es lo que debemos entender por cosa juzgada.

Es controvertida—escribe HUGO ALSINA (25)—la cuestión de saber si la autoridad de la cosa juzgada reside en la parte dispositiva de la sentencia o si se extiende a los fundamentos de la misma.

Para quienes sostienen que la sentencia constituye una unidad, la cosa juzgada no reside solamente en la parte dispositiva, sino en los motivos de la misma (SAVIGNY, ALLARD, etc.): en tanto para otros el Juez no representa al Estado cuando razona, sino cuando decide, por lo que los fundamentos carecen de fuerza juzgada y debe atenerse a la parte dispositiva (CHIOVENDA, GRIOLET, AUBRY y RAU, LAURENT, PRIETO CASTRO, etc.).

En realidad, ni unos ni otros plantean la cuestión en términos tan absolutos. SAVIGNY, por ejemplo, no desconoce que la decisión se resume en la parte dispositiva, pero afirma que el verdadero pensamiento del Juez sólo puede conocerse a través de los motivos. CHIOVENDA dice: «el excluir los motivos de la sentencia de la cosa juzgada no debe entenderse en el sentido formal, es decir, que pase a ser cosa juzgada sólo lo que está escrito en la parte dispositiva de la sentencia, porque, por el contrario, para determinar el alcance de la cosa juzgada es en la mayoría de los casos necesario acudir a los motivos para poder identificar la acción buscando la causa *petendi*» (26).

Si la parte dispositiva tiene todos los elementos para establecer los límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada, no será necesario recurrir a los motivos, y aunque éstos lleven a una conclusión y la decisión sea contraria, debe primar esta última por la misma necesidad de seguridad jurídica. El razonamiento puede ser equivocado y la solución exacta, como puede ser exacto el razonamiento y equivocada la solución; pero en presencia de una decisión expresa sólo debe atenerse a sus términos, porque de lo contrario se destruiría el fundamento de la cosa juzgada.

Ha de entenderse, pues, que los motivos pueden ser examinados para

(25) *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal. Civil y Comercial*, Buenos Aires, tomo IV, págs. 167 y ss.

(26) *Instituciones*, tomo I, pág. 438.

interpretar el alcance de la parte dispositiva y aun para rectificar un error material cuando con ello no se altere la sustancia de la decisión (27).

Aplicando esta doctrina a las sentencias aludidas en el recurso que dio motivo a la resolución que nos ocupa, está claro que en los fallos respectivos no se aludía para nada, como hemos visto, a la destrucción o subsistencia del pacto de sobrevivencia, eran congruentes con las demandas y no procede que sean modificadas por las motivaciones o razonamientos de los considerandos.

En consecuencia, pues, se puede fácilmente apreciar que la resolución que nos ocupa fue excesivamente liberal en la interpretación de las sentencias incidentales, en las que pretende apoyar su decisión final sobre el recurso planteado.

LA CONDICION QUE ENTRAÑA EL PACTO DE SOBREVIVENCIA

Vuelve a insistir la resolución en el sexto CONSIDERANDO que si se consuma la adquisición sobre una mitad, se extingue el pacto de sobrevivencia, pues de no ser así—dice—existiría el pacto entre un extraño y un solo cónyuge, lo cual es contrario al artículo 61 de la Compilación (28).

Esto demuestra no haber considerado acertadamente la verdadera mecánica de esta singular figura. Aunque llegara a darse el supuesto contemplado de ser titulares de la cosa inicialmente comprada con pacto de sobrevivencia uno de los cónyuges y un extraño, cosa imposible, jurídicamente hablando, si no comparecen en juicio los dos cónyuges, como ya se ha repetido varias veces, aun así el pacto de sobrevivencia no ligaría al extraño con el cónyuge titular de la mitad no ejecutada, sino que dicho pacto seguiría entre los esposos y únicamente afectaría al extraño cuando se produjera la sobrevivencia de uno u otro de los cónyuges, es decir y en pocas palabras, cuando tuviera lugar el cumplimiento de la verdadera condición, que es precisamente—valga la reiteración—la sobrevivencia.

El supuesto de la condición siempre será la muerte de uno de los cónyuges y la supervivencia del otro, pero nunca podrá hablarse de que

(27) Está de acuerdo con esta doctrina el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es de una absoluta claridad cuando expresa: «Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate».

(28) Con el máximo respeto, creo sinceramente que una afirmación de tal naturaleza sólo puede hacerla una disposición de rango de «ley» y no es propia de una decisión gubernativa, ni siquiera de una sentencia judicial,

el pacto de sobrevivencia se dé entre uno de los cónyuges que lo pactaron y el adquirente en ejecución de una de las mitades de la cosa sujeta al mismo.

LA CANCELACION DEL PACTO DE SOBREVIVENCIA

Argumenta en otro CONSIDERANDO la Dirección General, «que el hecho de que en la estipulación tercera de la escritura de venta se hiciese constar entre las cargas la derivada del pacto de sobrevivencia, no indica, tal como figura relacionada, otra cosa que en la fecha en que se expidió la certificación registral que se aportó a los autos, la misma se encontraba en vigor; pero ello no quiere decir que lo esté actualmente y ni siquiera en el otorgamiento de la escritura, al igual que ha sucedido con el resto de las cargas que se relacionaron, que fueron canceladas todas por haberse extinguido, y que por el hecho de que figuren en la transcrita estipulación no han de considerarse en vigor...».

Nada que objetar a estas apreciaciones, únicamente hacer notar que la hipoteca y el embargo—que se incluían en la certificación aludida en la estipulación tercera de la escritura—se cancelaron en virtud de documentos públicos, como fueron la correspondiente escritura pública y el oportuno mandamiento judicial, y que la cancelación del pacto se solicitaba en virtud de instancia acompañada de las fotocopias de las dos sentencias incidentales, que, como hemos reiterado, no decidían sobre la cancelación solicitada.

Finalmente, la resolución termina declarando que en la cancelación ordenada se cumplió el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, afirmación que por lo que llevamos expuesto cuesta algún esfuerzo admitir.

UNAS APOSTILLAS MAS

La resolución no analizó una cuestión importante y que pudo ser decisiva para el resultado final del recurso. Me refiero a no haber contestado a la argumentación que se incluía en el escrito en defensa de la nota, de que el recurrente al impugnarla iba contra sus propios actos por haber firmado la escritura de adjudicación, en cuya cláusula tercera había aceptado que adquiriría la mitad ejecutada con la condición resolutoria derivada del pacto de sobrevivencia (29).

(29) Sobre este particular decía en el informe: «No es muy denso, pues, el argumento del recurrente al contradecir el punto primero de la nota recurrida, quien, además, al hacerlo va contra sus propios actos cuando afirma: “El hecho de que el Notario califique en el apartado de cargas de una escritura como condición un

Resumiendo todo lo expuesto y muy esquemáticamente, se puede decir que la doctrina de la Dirección General en esta resolución es la siguiente:

1. Deduce de las sentencias incidentales una extinción del pacto de sobrevivencia que expresamente no declaran, olvidando las normas de interpretación de la cosa juzgada.
2. Desconoce y lesiona el derecho condicional o expectante de la esposa sobre la mitad del marido ejecutada por deudas de éste.
3. Compara el embargo sobre cosa comprada bajo el pacto de sobrevivencia con el embargo de un bien que tenga carácter ganancial, cuando entre aquel pacto y la sociedad de gananciales existen más bien diferencias.
4. No interpreta correctamente el pacto de sobrevivencia, al deducir que pudiera existir este pacto entre un extraño y el cónyuge no demandado en el juicio ejecutivo.
5. Admite la cancelación en virtud de una simple instancia acompañada de dos fotocopias de dos sentencias, de un pacto incluido en escritura pública, rozando lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

PALABRAS FINALES

La Dirección General de los Registros y del Notariado desde 1862 hasta nuestros días ha ido acumulando a través de sus resoluciones una verdadera doctrina, que constituye la mejor enciclopedia jurídica práctica, especialmente para los Registradores de la Propiedad y los Notarios, que acuden diariamente a ella como fuente permanente de conocimientos y orientación. Refiriéndose a ella, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 de septiembre de 1956 (30), declaró que «la doctrina de la Dirección General de los Registros, sin ser fuente jurisprudencial obligatoria para

pacto de sobrevivencia no altera la naturaleza *sui generis*...», pues el mismo recurrente, otorgante de la misma escritura, fue quien calificó y aceptó la condición resolutoria del pacto de sobrevivencia, según se deduce de su simple lectura y de la aplicación del artículo 147-1.º y artículo 1.º, párrafo 3.º, letra B, del vigente Reglamento Notarial, y ello sin discusión posible, toda vez que el Notario autorizante dio fe expresamente de que el hoy recurrente y antes compareciente hizo tal declaración de voluntad en el sentido ahora por él mismo impugnado».

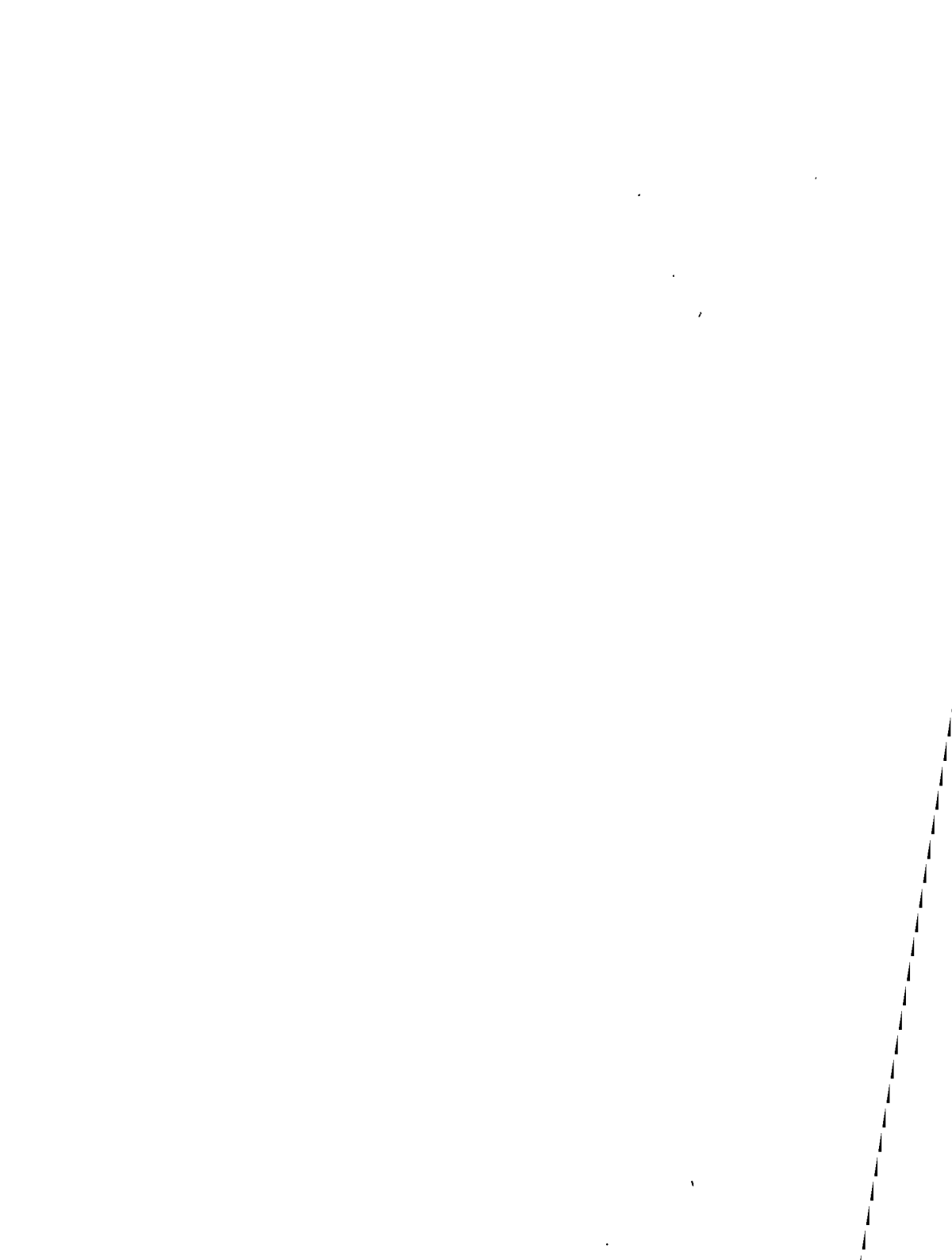
(30) Esta sentencia, de la que fue ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. MANRIQUE MARISCAL DE GANTE Y DE GANTE, en su quinto CONSIDERANDO aceptó plenamente la interpretación que la Dirección General en Resolución de 25 de enero de 1916 dio al artículo 774 del Código Civil, elevándola a doctrina jurisprudencial del mismo Tribunal Supremo.

los Tribunales, constituye por su densidad una fuente informativa cuya autoridad nace de sus frecuentes aciertos doctrinales...».

Compartiendo totalmente esta apreciación del Tribunal Supremo, hay que reconocer y comprender, sin embargo, que, como toda obra humana, pueda adolecer de inevitables lagunas, que por ser muy escasas no pueden empañar la luminosa enciclopedia jurídica, que en su conjunto forman las decisiones de nuestro Centro Directivo.

PEDRO J. AMENGUAL PONS

Registrador de la Propiedad



VIDA JURIDICA

IV Congreso Internacional de Derecho Registral

Tuvo lugar este Congreso en la ciudad de México, durante el período de tiempo del 1 al 7 de diciembre de 1980.

Concurrieron al mismo delegaciones de Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, España, Estados Unidos, Francia, Indonesia, Italia, México, Marruecos, Mozambique, Nicaragua, Perú, Portugal, Puerto Rico, República Dominicana, República de El Salvador, República Federal de Alemania, Rumania, Suiza y Venezuela.

La Mesa Directiva del Congreso estuvo presidida por don GUILLERMO COLÍN SÁNCHEZ, Director General del Registro Público de la Propiedad de México, y actuaron como Vicepresidentes don NÉSTOR O. GÓMEZ (Argentina), don EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO (España), don ELVINO SILVA FILHO (Brasil), siendo el Secretario don CLAUDIO IBARROLA MURO (México) y Relator doña NELLY CALDERÓN (Perú). En la Directiva Plenaria figuró como Vicepresidente don RAFAEL ARNAIZ (España), siendo el Secretario don EDGARDO A. SCOTTI, Secretario General del CINDER.

Las sesiones de trabajo, conforme al temario previsto, se desarrollaron en tres distintas comisiones: la primera, sobre el tema «La función registral frente a la función judicial y a la función administrativa», presidida por el doctor EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO (España), doña AIDA LAMUS DE ROSALES (Venezuela), don FILIPPO LUCIO AUSTINI (Italia), don CARLOS PRIETO ACEVES (México), don ANTONIO CARLOS CARVALHAES (Brasil), don ALFREDO LÓPEZ CALLEJA (Costa Rica), don JOHN BERENS (Estados Unidos); la segunda comisión versó sobre «Registro Inmobiliario y Catastro», y fue presidida por el doctor RAÚL GARCÍA CONI (Argentina), don KARL DOBNER (México), don FRANCO CATTANEO (Suiza), doctor ALBERTO PACHECO (México), don MIGUEL VAQUER (España), don EDMUND LIERMANN (Alemania), don JACQUES RIVERIN (Canadá), y la comisión tercera, sobre «La publicidad inmobiliaria y la planificación

urbanística», que fue presidida por don JUAN MANUEL MENDOZA CHÁVEZ (México), don RAFAEL ARNAIZ EGUREN (España), doctor EDGARDO O. SCOTTI (Argentina), doctor OTHON PÉREZ FERNÁNDEZ DEL C. (México), profesor FREYRIA (Francia), don JOSÉ ANTONIO AGUILAR NARVÁEZ (México) y don JOAQUÍN ALVAREZ (México).

La aportación española a este Congreso consistió en el Anteproyecto de «Carta de México», comprensiva de las declaraciones ajustadas a cada uno de los puntos del temario, de la que fueron ponentes por España don FRANCISCO MESA MARTÍN (comisión primera), don JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (comisión segunda) y don RAFAEL ARNAIZ EGUREN (comisión tercera). También se aportaron los siguientes trabajos:

COMISIÓN PRIMERA:

- «Burocracia y Registro de la Propiedad», por don ENRIQUE FONTES GARCÍA-CALAMARTE y don JOSÉ LUIS DE LA VIÑA FERRER.
- «El Registro de la Propiedad. Significado y función, por don FRANCISCO MESA MARTÍN.
- «Naturaleza de la función registral», por don JESÚS LÓPEZ MEDEL.
- «La función calificadora: sus analogías y diferencias con otras», por don JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ.
- «Calificación registral de los documentos judiciales», por don JOSÉ MARÍA MENA Y SAN MILLÁN.
- «La concepción de la función registral en la primera Ley Hipotecaria española (1861)», por don PABLO CASADO BURBANO.

COMISIÓN SEGUNDA:

- «Coordinación de Catastro y Registro», por don JESÚS LÓPEZ MEDEL.
- «Relaciones entre el Registro de la Propiedad y el Catastro, por don JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ.
- «La coordinación entre Registro de la Propiedad y Catastro Topográfico Parcelario establecida en el Real Decreto de 3 de mayo de 1980», por don JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA.
- «Coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad», por don MIGUEL VAQUER SALORT.

COMISIÓN TERCERA:

- «La propiedad de la tierra en los textos constitucionales», por don FRANCISCO CORRAL DUEÑAS.

- «La planificación urbanística y el Registro de la Propiedad», por don RAFAEL ARNAIZ EGUREN.
- «La publicidad inmobiliaria y la planificación urbanística», por don JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ.
- «El urbanismo y la necesaria publicidad registral», por don JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ.

COMUNICACIÓN FUERA DE TEMARIO:

- «La afección registral como cobertura jurídica de la movilización de activos hipotecarios», por don CARLOS MIGUEL HERNÁNDEZ CRESPO.

La sesión de clausura fue presidida por el Licenciado don JOSÉ LÓPEZ PORTILLO, Presidente constitucional de México, y entre otras personalidades asistieron el ilustrísimo señor don FRANCISCO JAVIER DIE LAMANA, Director general de los Registros y del Notariado de España, y el excelentísimo señor don ENRIQUE TIERNO GALVÁN, Alcalde de Madrid. También participó, en representación del Notariado español, una comisión de Notarios, presidida por don VICENTE FONT BOIX, Notario de Barcelona. En aquélla fue aprobada la siguiente declaración:

CARTA DE MEXICO

CONSIDERANDO que para tipificar debidamente la función registral debe recordarse que, según la CARTA DE BUENOS AIRES, los Registros Jurídicos de Bienes son instituciones específicas organizadas por el Estado y puestas a su servicio y al de los particulares, para consolidar la seguridad jurídica, facilitar el tráfico, garantizar el crédito y el cumplimiento de la función social que tiene la propiedad, compatible con la libertad, el progreso y el desarrollo de los pueblos.

Que de acuerdo con las declaraciones aprobadas por los Congresos Internacionales de Derecho Registral de Buenos Aires, Madrid y San Juan de Puerto Rico, el Registrador encargado de los Registros Jurídicos de Bienes se tipifica como profesional del Derecho con título universitario, especializado e independiente en su calificación, tanto frente a la autoridad judicial como a la administrativa.

Que la agrupación de estos profesionales en Colegios, Corporaciones u Organismos similares es altamente conveniente para el mejor ejercicio de su actividad.

Por tanto,

EL CUARTO CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL, BAJO LA DENOMINACION DE «CARTA DE MEXICO»,
D E C L A R A :

I

1. El régimen y la organización de los Registros Jurídicos de Bienes corresponde al Estado, mediante ley de aplicación general que determine la estructura y función de dichos Registros.
2. La regulación de tales Registros se inspirará en el criterio de sometimiento al Derecho, dentro de un marco orgánico que garantice una plena autonomía funcional, indispensable para satisfacer la publicidad y la seguridad del tráfico jurídico y la garantía del crédito.
3. La calificación de los documentos inscribibles, cualquiera que sea su origen, se ajustará a las reglas generales del principio de legalidad, atendiéndose a aquéllos y a los asientos del Registro. En caso de calificación desfavorable, el Registrador habrá de consignar con claridad y precisión la totalidad de los defectos advertidos y las normas que amparen aquélla.
4. En los litigios que los particulares mantuvieren entre sí o con la Administración acerca de la validez y eficacia de los actos inscritos, el Registrador no podrá ser tenido como parte ni emplazado para que mantenga o modifique la calificación que causó estado. El Juez o Tribunal rechazará de plano la acción dirigida a aquel fin. Todo ello sin perjuicio de que se exija la responsabilidad subsidiaria, si la hubiere, en el juicio correspondiente.
5. Es misión fundamental de los Registros Jurídicos de Bienes coadyuvar a la tutela jurisdiccional de los derechos, mediante la anotación de las demandas referentes a bienes inscritos y la de embargos y figuras cautelares análogas sobre dichos bienes.
6. La seguridad de los derechos que los Registros Jurídicos de Bienes proporcionan se sustenta en la coordinación entre la tutela judicial y la registral de aquéllos, mediante normas que garanticen la actuación del principio de prioridad registral, la inoponibilidad del acto no registrado y la ineficacia de la anulación o resolución del derecho del transmitente, todo ello frente al tercero de buena fe.
7. El pleno ejercicio de la función registral no debe ser restringido, limitado o demorado por normas o procedimientos administrativos o tributarios.

Las autorizaciones administrativas, aun exigidas por ley, pero cuya falta no implique, según ésta, la nulidad del acto, no impedirán su inscripción, si bien deberá consignarse en el asiento tal circunstancia. La obtención de dichas autorizaciones deberá hacerse constar posteriormente en el Registro.

8. En razón del valor seguridad a que aspira el Derecho, el Registrador debe, luego de extender el asiento de presentación, practicar, suspender o denegar la inscripción del documento cualquiera que fuere su origen.

II

1. El Registro Inmobiliario y el Catastro tienen funciones o actividades diversas, que se diferencian porque el Catastro realiza, entre otras, una actividad fundamentalmente técnica de medición de parcelas del mapa nacional, y el Registro tiene por objeto una actividad jurídica consistente en dar publicidad a los actos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles para dar seguridad jurídica al tráfico inmobiliario.

Esas diferencias son perceptibles en aquellos países en los cuales ambos organismos han nacido y estructurado separadamente. No así en aquellos que desde su origen han evolucionado en forma única y conjunta.

Existe, en todo caso, una actividad catastral y una actividad relacionada con la publicidad de los derechos y sus efectos, directamente vinculada esta última al Derecho privado, que delimita las competencias antes señaladas.

2. El principio registral de determinación hace deseable la coordinación entre Catastro y Registro, de modo que:

- El Catastro aporte al Registro los datos descriptivos y gráficos de los inmuebles, especialmente medidas lineales, superficiales y linderos, como también los demás datos que los individualicen dentro de los planos generales.
- A su vez, el Registro Inmobiliario aporte al Catastro las modificaciones de las titularidades de dominio de los inmuebles derivadas de actos de disposición por voluntad del titular.

3. La coordinación exige que a través de los datos catastrales no ofrezca dudas al Registrador, como responsable del folio registral, la identidad del inmueble a coordinar, para lo cual las respectivas legislaciones deberán regular los procedimientos relativos al trata-

miento de los excesos, demasías, faltantes o reducciones de superficie en esos casos.

4. Para promover y mantener esa coordinación se deberá prever que los documentos inscribibles en los Registros Inmobiliarios sean auténticos y en ellos conste la descripción de los inmuebles conforme al Catastro.
5. La carencia de un sistema catastral organizado no puede ni debe ser obstáculo para las inscripciones y anotaciones registrales de naturaleza jurídica.
6. Mientras el Catastro no se implante en los respectivos territorios, los documentos jurídicos que acrediten derechos reales sobre inmuebles cumplirán el principio de determinación en cuanto a los mismos, describiéndolos objetivamente por el procedimiento más adecuado que se disponga y según sus antecedentes.
7. El Catastro es público y dará información en cuanto a los datos físicos de las parcelas a todos los que lo soliciten, salvo las limitaciones que, en su caso, imponga el interés general.
8. Dado que en gran parte de los países el Catastro no abarca la totalidad del territorio, es deseable que el Estado proporcione los medios técnicos y recursos suficientes para su realización.
9. Las bases técnicas del Catastro deben ser uniformes en todo el territorio, cualquiera que fuere la organización estatal o institucional de cada país. Su aplicación ha de ser progresiva y no obstaculizar nunca las transacciones inmobiliarias.
10. Las legislaciones regularán los efectos legales de la coordinación en un doble aspecto:
 - En cuanto a los datos físicos resultantes de ella y la presunción de exactitud derivada.
 - En cuanto a la coordinación, que una vez efectuada implica la conformidad de la Administración Pública con los datos contenidos en el folio registral. Tales datos servirán de base para las actuaciones de dicha Administración en relación a los inmuebles que ya tengan los datos coordinados.

III

1. La planificación urbana constituye una actividad interdisciplinaria, en la cual deben intervenir sociólogos, arquitectos, economistas, ingenieros, hombres de empresa y políticos, sin olvidar la necesaria participación de los juristas y la intervención ciudadana a través de organizaciones de colaboración.

2. El planteamiento territorial y del uso del suelo constituye el marco delimitador del contenido normal de la propiedad en función de los intereses generales de la comunidad.
3. El planeamiento urbano, en cuanto decisión de los órganos públicos sobre la capacidad de la superficie terrestre respecto de la implantación de usos urbanos, debe contenerse para su obligatoriedad en actos normativos de carácter general, cuya vigencia dependerá de su publicación oficial.
4. Para el conocimiento por cualquier interesado del contenido de los planes y normas urbanísticas vigentes es recomendable la existencia de oficinas que difundan dicho contenido respecto de las zonas, polígonos o unidades urbanísticas de que se trate y expidan los informes pertinentes.
5. En cuanto la decisión planificadora se refiera directamente y mediante individualización precisa a fincas o parcelas que constituyan unidades registrales, sus previsiones deben relacionarse en el asiento registral como elemento colaborador del principio de determinación o especialidad.
6. La ejecución del planeamiento, en cuanto implique modificación física de los predios, alteraciones en la titularidad de los derechos inscritos, limitaciones de carácter real o gravámenes hipotecarios en garantía de obligaciones urbanísticas, debe ser objeto de inscripción para dotar de la necesaria eficacia frente a terceros de actos o negocios jurídicos de ejecución derivados de los planes.
7. La utilización de la técnica de folio real, recomendada en la Carta de Buenos Aires (1972) y conclusiones de la comisión segunda del II Congreso Internacional (Madrid, 1974), posibilita una adecuada expresión del principio de determinación o especialidad en cuanto al inmueble y la eventual coordinación de sus datos descriptivos con la información utilizada por los órganos urbanísticos.
8. En la ordenación jurídica de la transformación y uso del suelo deben utilizarse no sólo soluciones basadas en instituciones de Derecho público, sino también en instituciones de Derecho privado, que faciliten la vinculación entre las unidades urbanísticas integrantes del centro de población y sus ocupantes, la adscripción de la propiedad a su función social, la eventual consideración del volumen edificable como objeto de derecho y la creación de fórmulas jurídicas de comunidad que permitan la colaboración ciudadana en la conservación y mejoramiento del medio urbano.
9. Para el dictado de actos que dispongan la cancelación de la constancia registral de prohibiciones de uso respecto de inmuebles determinados por razones ecológicas, históricas, artísticas o de otra

índole, deberán exigir el cumplimiento de los requisitos especiales que señalen los ordenamientos nacionales.

10. Las recomendaciones precedentes admiten extender los principios referidos a la vigencia de los planes e incidencia registral de los mismos al planeamiento territorial en general, referido tanto al ámbito urbano como al rural o agrario.
11. Las legislaciones nacionales, en función de los principios inspiradores de su organización urbanística y de sus instituciones registrales, deberán procurar la colaboración de estas últimas para la debida atención del fenómeno de la transformación del suelo y la satisfacción de las necesidades sociales.

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA,
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO y
JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

2. ZONAS DE ACCESO RESTRINGIDO A LA PROPIEDAD POR PARTE DE EXTRANJEROS POR RAZONES DE DEFENSA NACIONAL. NO ES PRECISA LA AUTORIZACIÓN MILITAR PARA LA ADQUISICIÓN DE PISOS POR EXTRANJEROS DENTRO DE LOS NÚCLEOS URBANOS DE POBLACIONES NO FRONTERIZAS A QUE SE REFIERE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL DE TALES ZONAS.

Resoluciones de 27 y 28 de marzo de 1979 (B. O. del E. del día 23 de abril) y de 13 de junio de 1979 (B. O. del E. del día 27 de julio).

NO CONSTITUYE DEFECTO LA OMISIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA DE ESTAR EL PISO SITUADO DENTRO DEL NÚCLEO URBANO CUANDO LA SITUACIÓN FÍSICA DE LA CALLE LE RESULTA AL REGISTRADOR A TRAVÉS DE LA DOCUMENTACIÓN Y DEL ARCHIVO DEL PROPIO REGISTRO.

Resoluciones citadas de 27 y 28 de marzo de 1979.

A) Resolución de 27 de marzo de 1979

Antecedentes de hecho.—Por escritura autorizada en Vigo por el Notario don Luis Solano Aza el 9 de abril de 1978 don Gerolamo Tatti compró a don José María Pernas Martínez un piso del edificio sito en la calle Alcá-

zar de Toledo, número 7, de aquella ciudad, consignándose en la citada escritura que el comprador llevaba residiendo en España más de siete años, y que por haber ejercido durante ese tiempo la profesión de mecánico, el precio lo satisfizo en pesetas exhibiendo autorización de residencia expedida por la Comisaría de Vigo.

Presentada en el Registro de la Propiedad número 2 de Vigo primera copia de la referida escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Suspensiva la inscripción del precedente documento, porque aunque no se declare expresamente la condición de extranjero del comprador, del contenido de los párrafos segundo y tercero y de la nota final de la cláusula tercera del otorgamiento y, a pesar de la declaración que éste hace en la comparecencia, debe deducirse tal circunstancia, por lo que no resultando acreditado haberse obtenido la autorización militar prevenida en el artículo 37 en relación con el 32, b), y del anexo II-5 del Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional de 10 de febrero último, no es posible practicar la inscripción solicitada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 del mismo texto legal.» «No se tomó anotación por suspensión, a pesar del carácter subsanable del defecto, por no haberse solicitado.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la nota de calificación contradice lo dispuesto en la Ley de 12 de marzo de 1975 y de su Reglamento de 10 de febrero de 1978, al que hace referencia; que las disposiciones que se esgrimen en apoyo de la nota son inaplicables, ya que todas están incluidas en el capítulo III del Reglamento dedicado a las zonas restringidas a la propiedad por extranjeros, cuyo artículo 35 dispone lo que queda fuera de su ámbito y que, en consecuencia, ante la claridad de este artículo, nadie puede dudar que cualquier extranjero puede comprar un piso en el núcleo urbano de Vigo; que el error de calificación adquirirá en nuestro caso la mayor gravedad como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 41, 3.º, del citado Reglamento, relativo a los efectos de la falta de inscripción dentro del plazo de dieciocho meses.

El Registrador informó: Que en contra de la opinión del recurrente, la aplicación a nuestro caso del artículo 35 del Reglamento de 10 de febrero de 1978 no aparece clara; que la propia redacción del citado artículo es gramaticalmente defectuosa, aumentando las dificultades de interpretación si lo enfrentamos con el artículo 38 del mismo texto; que es evidente que para la aplicación de la excepción que regula el artículo 35, dadas las circunstancias objetivas que la condicionan, es imprescindible justificar previamente que el objeto de la adquisición se halla situado en superficie ocupada por los actuales núcleos urbanos de población o sus zonas urbanizadas o de ensanche; que la definición de tales conceptos no viene formulada ni en la Ley ni en el Reglamento que comentamos, por lo que hay que acudir a los preceptos administrativos; que de todo ello se deduce que la excepción consagrada en el artículo 35 no puede operar automáticamente, siendo precisa una declaración concreta de su aplicabilidad en cada caso; que tratándose de una ley exclusivamente militar, la facultad para decretar tal aplicabilidad corresponderá por ello a las autoridades militares, y concretamente al Ministerio de Defensa o, por delegación, a los Capitanes Generales (artículos 81 y 82 del Reglamento); que por ello el

Registrador no puede inscribir sin acreditarse previamente la oportuna autorización militar.

El Presidente de la Audiencia revocó en parte la nota del Registrador, al no estimar necesaria la autorización de la autoridad militar, confirmándola con el carácter de defecto subsanable en cuanto que no se hace constar la condición de extranjero del adquirente en la escritura calificada, ni tampoco que la ciudad de Vigo no es fronteriza y que la calle donde se encuentra ubicado el piso comprado se halla dentro del casco urbano.

Tanto el Notario autorizante como el Registrador se alzaron de la decisión del Presidente de la Audiencia ante la Dirección General, que acordó (1), con revocación parcial del auto apelado, declarar inscribible la escritura calificada, en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección—«Considerando que la cuestión que plantea este recurso se reduce a determinar si la adquisición de un piso situado dentro de un núcleo urbano de una población no fronteriza, concretamente Vigo, requiere la autorización militar prevista en el artículo 37 del Reglamento de ejecución de la Ley 8/1975, sobre Zonas e Instalaciones de interés para la Defensa Nacional.»

«Considerando que los artículos 16 de la Ley, así como el 35 del Reglamento, no se limitan a declarar, sin más, que la superficie ocupada por tales núcleos urbanos está excluida del cómputo de superficie máxima susceptible de adquisición por extranjeros, sino que establecen en forma casi idéntica que 'queda fuera del ámbito de aplicación de este capítulo, y, por consiguiente, no se incluirá en el cómputo la superficie ocupada por los actuales núcleos urbanos de poblaciones no fronterizas o sus zonas urbanizadas o de ensanche actuales', por lo que ha de entenderse que las disposiciones del citado capítulo—y no sólo, por tanto, las que se refieren a porcentaje máximo de adquisición por extranjeros y a su cómputo—son inaplicables a tales núcleos y que precisamente ésta es la causa por la que se les excluye, también, del cómputo, interpretación que igualmente se deduce, a mayor abundamiento, de los artículos 17, 2.º, de la propia Ley interpretado a sensu contrario, y 34, 2.º, del Reglamento.»

«Considerando, en consecuencia, que al haber sido declarado por los artículos 16 de la Ley y 35 del Reglamento que quedan fuera del ámbito de aplicación de los respectivos capítulos los núcleos de que se trata, no hav necesidad de incluirlos nuevamente dentro del contenido de excepción del artículo 38 del Reglamento, ni hubiera sido lógica tal inclusión, ya que la finalidad del precepto es distinta y más reducida que la del artículo 35, por lo que procede declarar que no es necesaria la autorización exigida por el artículo 37 del mismo.»

«Considerando, respecto de la omisión en la escritura de adquisición del inmueble de la circunstancia de que la calle Alcázar de Toledo está situada en el núcleo urbano de Vigo y en la que tanto el Notario como el Registrador apelantes están de acuerdo en la irrelevancia de esta omisión—que propiamente no es tal—, ya que al hacerse constar en la misma que se ha autorizado de conformidad con el artículo 35 del Reglamento de 10 de febrero de 1978, implícitamente se colige tal situación, y dado

(1) Vistos los artículos 16 a 27 de la Ley de 12 de marzo de 1975, 32 a 48 del Reglamento para su ejecución de 10 de febrero de 1978 y las Resoluciones de 14 de marzo y 29 de abril de 1978.

que, además, al Registrador le consta por la documentación y Archivo del propio Registro la situación física de la mencionada calle de estar enclavada dentro del casco urbano de su distrito hipotecario circunscrito al casco antiguo de la misma ciudad, no procede estimar esta falta de aclaración como defecto.»

B) Resolución de 28 de marzo de 1979

Antecedentes de hecho.—Por escritura de 2 de agosto de 1978 autorizada en Vigo por el Notario don Luis Solano Aza, don Martín Esser Kunne, de nacionalidad alemana, compró a doña Margarita Román Serralta un piso del edificio número 152 de la avenida de Felipe Sánchez, de aquella ciudad.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Vigo número 1 primera copia de dicha escritura fue calificada con esta nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento, por no acreditarse la oportuna autorización militar prevenida en el artículo 37 del Real Decreto de 10 de febrero de 1978 y 18 de la Ley de 12 de marzo de 1975 sobre Zona Militar de Costas y Fronteras. No se tomó anotación por suspensión por no haberlo solicitado»

El Notario interpuso recurso gubernativo alegando: Que la nota que se recurre está en contradicción con el espíritu y la letra de la Ley y Reglamento que tratan de esta materia; que es cierto que el artículo 37 de este último texto legal exige determinadas autorizaciones, pero no es menos cierto que tal artículo está integrado dentro del capítulo III del Reglamento, que es de absoluta inaplicación al caso planteado, conforme al artículo 35; que la avenida de Felipe Sánchez, una de las más importantes de Vigo, está enclavada dentro de su núcleo urbano, no teniendo el término municipal de Vigo ningún punto de colindancia con la frontera de Portugal, que es la más próxima, ya que entre tal frontera y aquel término municipal existen otros muchos, todo lo cual es perfectamente conocido por el Registrador; que, por tanto, cualquier extranjero goza de absoluta libertad para comprar pisos en el núcleo urbano de Vigo, y éste es también el criterio del Ministerio de Defensa, ya que en escrito (cuya fotocopia se acompaña) de 13 de septiembre de 1978 el Subsecretario de este Departamento, contestando a la solicitud de autorización para adquirir dos fincas por un súbdito inglés, así lo declaró; que la importancia y gravedad del caso se pone de manifiesto al examinar el artículo 41, párrafo 3.º del Reglamento, por lo que el otorgante, al no inscribirse su título y ser susceptible de devenir nulo, podría dudar de la competencia del Notario y exigirle la correspondiente indemnización de perjuicios a tenor del artículo 146 del Reglamento Notarial, en concordancia con el artículo 22 de la Ley Hipotecaria; que los Registradores de Galicia vienen inscribiendo títulos en casos semejantes al presente.

El Registrador informó: Que la legislación vigente ha modificado los criterios de la anterior normativa constituida por la Ley de 23 de octubre de 1935 y Reglamento de 28 de febrero de 1936, que excluía expresamente la necesidad de autorización en casos análogos al presente; que el artículo 37 del Reglamento vigente exige la autorización militar, siendo de observar que el precepto no se limita a fincas situadas fuera de poblados

y no incluidas en sus ensanches o zonas urbanizadas, sino que en general se refiere a fincas rústicas o urbanas sitas en zonas de acceso restringido a la propiedad; que el artículo 38 del mismo Reglamento establece excepciones a lo dispuesto en el artículo anterior, entre las cuales no figuran sino las relativas a centros o zonas de interés turístico nacional; que si se hubiera querido exceptuar de la previa autorización militar la adquisición de fincas sitas en núcleos urbanos de poblaciones no fronterizas, se habría comprendido esta excepción en el artículo 38; que el hecho de que la superficie ocupada por los núcleos urbanos aludidos no deba incluirse en el cómputo del porcentaje a que se refieren los artículos 32 y 33 del Reglamento no excluye, ni siquiera tácitamente, la necesidad de autorización; que una cosa es el cómputo del porcentaje que habrá de hacer la autoridad militar a efectos de conceder o no la autorización, y otra cosa es que los Registradores puedan prescindir de la autorización misma; que la exigencia de ésta deriva, conforme al artículo 37, del hecho de estar situada la finca dentro de la zona de acceso restringido a la propiedad, esté o no situada dentro de un núcleo urbano y de no estar exceptuada expresamente por el artículo 38 del Reglamento; que el artículo 40 impone a los Notarios y Registradores la obligación de exigir el acreditamiento de la oportuna autorización militar; que a este informe se acompañan fotocopias de dos autorizaciones concedidas por la autoridad militar competente, de fechas posteriores a la del escrito del Subsecretariado del Ministerio de Defensa citado por el Notario y cuya fotocopia aportó a este expediente, relativas a dos apartamentos sitos en la calle Cánovas del Castillo, de Vigo, y dimanantes de superior autoridad.

El Presidente de la Audiencia confirmó en parte la nota del Registrador, declarando que el artículo 35 del citado Reglamento no precisa para su operatividad otro requisito que el de que el Notario declare bajo su fe lo pertinente en la escritura de adquisición, pues la omisión de ambos extremos (se refiere al carácter de población no fronteriza y a la situación de la calle en núcleo urbano de población) de hecho es tanto como remitir al Registrador la apreciación de circunstancias de hecho necesarias para la inscripción y extrínsecas a la escritura, lo que evidentemente excede de la naturaleza y límites de la función registral; que esta interpretación del artículo 35 se fortalece con el documento, aportado por el Notario al expediente, en el que la autoridad militar declara que no es precisa la previa autorización en tales casos; que, aunque atendida su obviaidad, pudiera tenerse por inoperante e inútil la mención de que la ciudad de Vigo no es fronteriza, no es así en lo que respecta a la circunstancia de que su avenida de Felipe Sánchez está enclavada dentro del casco urbano, dato que en la escritura de compraventa se omitió indebidamente, lo cual constituye una falta subsanable conforme al artículo 65 de la Ley Hipotecaria, por lo cual procede confirmar la nota del Registrador, revocándola parcialmente en el sentido de considerar subsanable la omisión del dato citado.

Tanto el Notario como el Registrador se alzaron de la resolución presidencial, y la Dirección General (2) acordó, con revocación parcial del auto apelado, declarar inscribible la escritura, por lo siguiente:

(2) Vistos los mismos preceptos y resoluciones que la Resolución anterior de 27 de marzo,

Doctrina de la Dirección.—«Considerando que este recurso se plantea por el mismo Notario y con idéntica cuestión a la resuelta por este Centro directivo en el día de ayer—27 de marzo de 1979—, y en la que se declaraba que no se requiere la autorización militar prevista en el artículo 37 del Reglamento de ejecución de la Ley de 12 de marzo de 1975 para la inscripción en el Registro de la Propiedad de un piso situado dentro de un núcleo urbano de una población fronteriza, dado lo establecido en los artículos 16 de la Ley y 35 de su Reglamento que las excluye del ámbito de aplicación de las normas contenidas en el capítulo, y sin que el artículo 38 con una finalidad más reducida y que contiene una excepción a lo ordenado en el artículo 37 implique que haya de aplicarse este régimen, así como que la omisión en la escritura calificada de hacer constar la circunstancia de que el inmueble se encuentra dentro del núcleo urbano no constituya falta alguna.»

C) Resolución de 13 de junio de 1979

Antecedentes de hecho.—Por escritura autorizada el 9 de octubre de 1978 por el Notario de Vigo don Luis Solano Aza, el súbdito portugués don Jorge Teixeira Coelho Da Silva compró a la Entidad mercantil «Inmobiliaria Los Robles, S. A.», un piso ubicado en la avenida de García Barbón, de Vigo, haciéndose constar en la escritura que dicho piso está situado en el núcleo urbano de la misma ciudad.

Presentada en el Registro de la Propiedad número 1 de Vigo primera copia de dicha escritura, fue calificada con esta nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento, por no acreditarse la oportuna autorización militar prevenida en el artículo 37 del Real Decreto de 10 de febrero de 1978 y 18 de la Ley de 12 de marzo de 1975 sobre Zona Militar de Costas y Fronteras. No se tomó anotación por suspensión por no haberse solicitado.»

El Notario autorizado entabló recurso gubernativo alegando las mismas razones expuestas en los escritos de interposición de los que motivaron las dos Resoluciones anteriores.

El Registrador informó esgrimiendo idénticos argumentos a los formulados con ocasión de los recursos que provocaron las Resoluciones citadas.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador en base a una interpretación análoga a la declarada por aquél en los anteriores recursos.

Doctrina de la Dirección.—La Dirección General acuerda, confirmando el auto apelado, revocar la nota del Registrador, por lo siguiente (3):

«Considerando que no obstante haber sido interpuesto el presente recurso el día 30 de enero de 1979, fue recibido en este Centro con posterioridad a la fecha de publicación de las Resoluciones de 27 y 28 de marzo de este año—que decidieron idéntica cuestión a la que es objeto de controversia y entre los mismos funcionarios—y por tanto, lógicamente tanto el Notario como el Registrador no podía tener conocimiento de su contenido.»

(3) Vistos los artículos 18 a 27 de la Ley de 12 de marzo de 1975, 32 a 48 de su Reglamento, las Resoluciones de 14 de marzo y 29 de abril de 1978 y las de 27 y 28 de marzo de 1979.

«Considerando que en las citadas Resoluciones se declaraba que no se requiere la autorización militar prevista en el artículo 37 del Reglamento de ejecución de la Ley de 12 de marzo de 1975 para la inscripción en el Registro de la Propiedad de un piso situado dentro de un núcleo urbano de una población no fronteriza, dado lo establecido en los artículos 16 de la Ley y 35 de su Reglamento, que las excluye del ámbito de aplicación de las normas contenidas en el capítulo y sin que el artículo 38, con una finalidad más reducida y que contiene una excepción a lo ordenado en el artículo 37, implique que haya de aplicarse este régimen.»

Comentario.—La primera de las tres resoluciones—la de 27 de marzo de 1979—es la que contiene la doctrina sobre el problema planteado, limitándose las otras dos a remitirse a ella, confirmando su doctrina. La única diferencia entre las dos primeras—de 27 y 28 de marzo—y la tercera—del 3 de junio—es que en esta última no se alude para nada a si debe constar o no en la escritura de adquisición la circunstancia de estar sito el piso en el núcleo urbano de población, porque en el supuesto de hecho de la misma la escritura hacía referencia a tal circunstancia y no era necesario, en consecuencia, hacer ninguna declaración sobre el tema.

Paso a continuación a comentar las resoluciones, distinguiendo los epígrafes que se exponen seguidamente.

1. *Legislación vigente sobre zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros por razones de Defensa Nacional.*—Está constituida principalmente por la Ley núm. 8/75, de 12 de marzo de 1975, sobre zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, destacando sus artículos 1, 4, 16 a 27 y disposiciones transitorias, habiendo sido publicada en el B.O.E. el día 14 de marzo de dicho año; y por el Reglamento de ejecución de dicha ley aprobado por Real Decreto núm. 689/78, de 10 de febrero de 1978, especialmente sus artículos 1, 4, 32 a 48, 79 a 87 y disposiciones transitorias primera, segunda y tercera, así como el anexo II del mismo.

Según la tabla de disposiciones derogadas, a que se refiere la disposición final tercera del citado Reglamento, han sido derogadas, entre otras normas, la ley de 23 de octubre de 1935, su Reglamento aprobado por Decreto de 28 de febrero de 1935 y la Ley de 12 de mayo de 1960, núm. 13/60, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de contratos sobre dominio u otros derechos reales sobre inmuebles en zonas determinadas. En relación con esta última ley, el preámbulo de la vigente Ley de 12 de marzo de 1975 dice que «en orden al régimen registral de las adquisiciones de bienes inmuebles por extranjeros, se mantiene el sistema instaurado por la ley de 12 de mayo de 1960».

Hay que observar que no han quedado afectadas por esta legislación una serie de normas sobre extranjeros cuya finalidad es diferente y por ello no son objeto de nuestro estudio, debiendo incluirse entre ellas, según la tabla de vigencias del expresado Reglamento de 10 de febrero de 1978, el Decreto-ley núm. 11/62, de 22 de marzo de 1962, sobre adquisición de fincas rústicas por extranjeros; el texto refundido de la legislación sobre inversiones extranjeras, aprobado por Decreto núm. 3.021/74, de 31 de octubre, y su Reglamento aprobado por Decreto núm. 3.022 de la misma fecha. En cambio, tienen cierta relación con la normativa que estudia-

mos, la Ley núm. 197/63, de 28 de diciembre de 1963, sobre Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional y el Reglamento de la misma aprobado por Decreto núm. 4.297/64, de 23 de diciembre de 1964, continuando vigentes también ambas disposiciones.

2. *El concepto y la delimitación de la «zona de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros»* (que denominará en lo sucesivo «zona de acceso restringido»).—Según el artículo 4 de la Ley de 12 de marzo de 1975, cuyo contenido repite el artículo 4 del Reglamento, «se denominan zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros aquellas en que por exigencias de la Defensa Nacional o del libre ejercicio de las potestades soberanas del Estado resulte conveniente prohibir, limitar o condicionar la adquisición de la propiedad y demás derechos reales por personas físicas o jurídicas de nacionalidad o bajo control extranjero, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.»

Las consecuencias más importantes de la calificación de «zona de acceso restringido» respecto a los inmuebles y derechos reales comprendidos en la misma son las siguientes:

1.ª) Los Notarios y Registradores deben exigir a los interesados el acreditamiento de la oportuna autorización militar en relación con los instrumentos públicos relativos a los actos o contratos de transmisión del dominio o constitución de derechos reales que se relacionan. Así resulta de los artículos 18 y 20 de la Ley y 37 y 40 de su Reglamento.

2.ª La Autoridad militar ha de tener en cuenta, para conceder o no esa autorización, el porcentaje máximo de superficie del que pueden ser titulares los extranjeros en relación con cada zona, porcentaje que es el fijado por el artículo 32 del Reglamento, que oscila según los casos, pero que no puede exceder del 15 por 100 de la superficie de la zona (artículo 33 del Reglamento). Los Registradores y Notarios no califican este aspecto, pues su control corresponde a la Autoridad militar.

3.ª) La inscripción de los actos y contratos a favor de extranjeros relativos a fincas sitas en las zonas de acceso restringido, cabe configurarla como «constitutiva», pues según el artículo 41 del Reglamento «deberán necesariamente inscribirse», y «la falta de inscripción de los títulos» en los plazos que señala, «determinará la nulidad de pleno derecho de los mencionados actos y concesiones». Aunque el significado de la inscripción constitutiva en los diferentes supuestos en que por excepción se admite, está por estudiar a fondo, cabe interpretar que estamos ante un supuesto de este tipo, al ser la inscripción requisito necesario para la *validez* del acto o contrato y, en consecuencia, para la *existencia* del derecho. Precisamente estamos ante un caso en que la inscripción repercute en la validez y no ya sólo en la eficacia del acto y en la configuración real del derecho.

A efectos de delimitación del concepto de «zona de acceso restringido» y para mejor estudiar el supuesto de las presentes resoluciones, hay que hacer las siguientes distinciones:

a) Hay porciones de terreno que, estando en el interior de una zona de acceso restringido, no forman parte de ella a ninguno de los tres efectos que se acaban de indicar, sino que constituyen a modo de enclaves dentro de la zona, cuya naturaleza, desde el punto de vista negativo, es

precisamente la «de no ser zona de acceso restringido». Dentro de este grupo hay que incluir los denominados en la legislación vigente citada «actuales núcleos urbanos de poblaciones no fronterizas» y sus «actuales zonas urbanizadas o de ensanche» (artículos 16, párrafo 2.º, de la Ley, y 35, núm. 1, de su Reglamento). Según el núm. 5 de dicho Reglamento, «a los efectos de este Reglamento se considerarán poblaciones fronterizas las ubicadas en términos municipales colindantes con una frontera».

b) Hay porciones de terreno que formando parte de la zona de acceso restringido, no se computan o se computan limitadamente, a efectos del porcentaje máximo de superficie del que pueden ser titulares los extranjeros. Pero no se computan, no porque estén excluidas de la zona—de la que ya he dicho que forman parte—, sino que por sus especiales características, el legislador ha considerado conveniente excluir o limitar. La única especialidad de este grupo de fincas es la relativa a este problema del cómputo, pues las otras dos consecuencias apuntadas anteriormente (necesidad de autorización militar e inscripción constitutiva) se producen con toda normalidad. El artículo 34 del Reglamento se refiere a supuestos de esta clase y establece lo siguiente: «1. En los edificios en régimen de propiedad horizontal el máximo de superficie computable a los efectos del artículo 32 será el correspondiente al de la totalidad del solar o terreno en el que esté situado el edificio en su conjunto, aunque la suma de la superficie de los distintos pisos o apartamentos independientes propiedad de extranjeros supere a la de dicho solar o terreno.» «2. Quedarán asimismo excluidas del cómputo las fincas gravadas con aquellas servidumbres que, por su propia naturaleza, no permitan su exacta localización ni la medición de la superficie realmente afectada por su ejercicio. Cuando la localización y la medición sean posibles, únicamente se computará la superficie concreta afectada por el ejercicio real o posible de la servidumbre.»

c) Hay porciones de terreno que, aun estando incluidas en la zona de acceso restringido, se exceptúan del requisito de la autorización militar específica. Son terrenos de naturaleza muy diferente de los comprendidos en el primer grupo, pues estos otros forman parte de la zona, aunque se les exceptúe del citado requisito. Obsérvese, además, que no quedan fuera del control de la autoridad militar, desde el momento en que se da intervención a ésta en relación con la declaración especial de tales terrenos. Dentro de este grupo cabe incluir el supuesto de excepción previsto en el artículo 38 del Reglamento, que dice así: «1. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior (autorización militar) los centros y zonas que se declaren de interés turístico nacional en los que, conforme a lo previsto en la Ley 197/1963, de 28 de diciembre, se considerará concedida la correspondiente autorización militar con las limitaciones que por imperativo de la Defensa Nacional pueda establecer el Ministerio de Defensa en su preceptiva autorización previa a tal declaración.» «2. Cuando entre tales limitaciones figurase precisamente la relativa a la necesidad de obtener autorización individualizada para todos o algunos de los actos a que se refiere el artículo anterior, dicha autorización se ajustará a lo dispuesto en el presente Reglamento.» «3. En todo caso, la validez de los actos a que se refiere el artículo anterior, cuando tenga por objeto fincas situadas en centros o zonas de interés turístico nacional, quedará sujeta al cumplimiento de las limitaciones a que se refiere el presente artículo.»

3. *Los núcleos urbanos no fronterizos no forman parte de la zona de acceso restringido.*—Las resoluciones que son objeto de este comentario entienden acertadamente que las adquisiciones de pisos por extranjeros en tales núcleos no necesitan de la previa autorización militar.

Por mi parte, entiendo que la mejor manera de fundamentar ese punto de vista es partir, como he dicho en el epígrafe anterior, de que tales núcleos, aun estando física o geográficamente situados dentro de la zona, son enclaves que jurídicamente quedan fuera de ella y, en definitiva, no constituyen zona de acceso restringido. Y precisamente por eso no se aplican a ellos las normas del capítulo de las zonas ni importa que no hayan sido comprendidas en la excepción que contempla el artículo 38 del Reglamento.

El argumento fundamental que utiliza la Dirección es el inciso inicial del artículo 35 del referido Reglamento, que establece que «quedan fuera del ámbito de aplicación de este capítulo». El Registrador entendía que tales núcleos urbanos habían de quedar únicamente excluidos del cómputo de porcentaje, pero no exceptuados de autorización militar. Pero ello suponía incluirlos en el grupo segundo de terrenos y no en el primero de los que antes hemos señalado. Tiene razón la Dirección cuando recalca que el «quedar excluidos los núcleos urbanos no fronterizos del cómputo» es una de las consecuencias de no aplicárseles la normativa del capítulo de las zonas de acceso restringido y no la única, pues aparece la expresión «por consiguiente» del artículo 35 del Reglamento como muy significativa de que la exclusión del cómputo es simplemente una consecuencia y no la esencia del supuesto.

Para comprobar que los núcleos urbanos no son por definición zona de acceso restringido, basta relacionar ese inciso primero del artículo 35 con la denominación del capítulo. Este lleva como título la expresión «de las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros», por lo cual, cuando el artículo 35 dice que tales núcleos quedan fuera del ámbito de aplicación de este capítulo, está diciendo simplemente que están fuera del ámbito de aplicación de la zona de acceso restringido, lo que equivale a decir que no son en esencia zona de acceso restringido. Y como «no son zona», por eso no se exige autorización militar, por eso se excluyen del cómputo y por eso la inscripción de actos relativos a los mismos no es constitutiva. No se aplican las tres consecuencias jurídicas características de la zona de acceso restringido, porque el legislador ha excluido los referidos núcleos del concepto mismo de zona de acceso.

La Dirección cita otros preceptos «a mayor abundamiento». En primer lugar, se refiere al artículo 17, 2.º, de la Ley de 1975, interpretado «a sensu contrario». Dicho párrafo 2.º establece: «Excepcionalmente, con la misma forma e idénticos requisitos (Decreto aprobado en Consejo de Ministros, a propuesta de la Junta de Defensa Nacional y a iniciativa del Ministerio militar interesado), podrá disponer el Gobierno, por razones similares, hacer extensivas las disposiciones de este capítulo de la Ley a determinadas poblaciones no fronterizas, o a sus zonas de ensanche, o fijar un límite máximo de superficie por adquirente.» La deducción «a contrario» es que si cabe hacer extensivas las disposiciones del capítulo a poblaciones no fronterizas, por el procedimiento que indica, al no haberse hecho extensivas las disposiciones del capítulo a poblaciones no fronterizas, por el procedimiento que indica, al no haberse hecho extensivas actualmente

tales disposiciones a las referidas poblaciones, ello significa que no se aplican las normas de la zona de acceso restringido a las mismas. El argumento viene a coincidir con la idea de que se trata de enclaves dentro de la zona que no constituyen jurídicamente zona de acceso restringido.

La Dirección cita también a mayor abundamiento el artículo 34, 2.º, del Reglamento de 1978, pero este precepto no dice nada sobre el asunto, pues se refiere precisamente a supuestos del grupo segundo antes mencionado, cuya cita sin más matizaciones, en lugar de ser un argumento podría constituir un retroceso argumentativo que, en todo caso, induce a confusión. Hemos visto antes, al transcribir el precepto en el epígrafe anterior, que se refiere a un supuesto en que no se computa la superficie a efectos del porcentaje máximo, que nada tiene que ver con el inciso inicial del artículo 35 del Reglamento y con los terrenos del primer grupo. En el artículo 34 sólo hay una excepción en relación con el cómputo, no una excepción de autorización militar ni de la inscripción constitutiva, pues contempla un supuesto de lincas que forman parte de la zona de acceso restringido. En lugar de ese artículo 34, 2.º, la Dirección podía haber citado el artículo 36, núm. 1, del propio Reglamento, que concuerda plenamente con el artículo 17, párrafo 2.º, de esta Ley.

Hay otro párrafo dentro del mismo artículo 35 que interpretado «a sensu contrario» sirve de apoyo a la interpretación dada por la resolución. Se trata del núm. 3.º, que dice, refiriéndose a «zonas urbanizadas o de ensanche», que «quedarán sujetas a las limitaciones establecidas en el presente capítulo de este Reglamento». Está contemplando el supuesto de «futuras» zonas urbanizadas o de ensanche, que se equiparan a las del núcleo urbano cuando exista informe favorable del Ministerio de Defensa respecto a los planes urbanísticos correspondientes. Cuando el informe es desfavorable, ese núm. 3.º alude expresamente a las limitaciones del capítulo, con lo que se explicita de modo claro lo que en el inciso inicial aparece en forma más amplia. Son las limitaciones del capítulo las que más interesan dentro de este grupo y, por tanto, los problemas de la autorización militar y de la inscripción constitutiva y no ya sólo la cuestión del cómputo de porcentaje.

4 *Explicación del artículo 38 del Reglamento de 1978 como supuesto de excepción del requisito de la autorización militar.*—Antes hemos estudiado este artículo 38 dentro del tercer grupo de terrenos de la zona, o sea dentro de los terrenos que, formando parte de la zona de acceso restringido, se exceptúan únicamente del requisito de autorización militar. Interesa profundizar en el supuesto, pues en el informe del Registrador se apunta que sólo se exceptúa de la autorización militar el caso del artículo 38, por lo que al no estar comprendido el artículo 35 dentro de aquél, no cabe prescindir de la autorización militar en relación con transmisiones dentro de núcleos urbanos.

Pero la comparación del artículo 35, núm. 1.º (núcleos urbanos no fronterizos), con el artículo 38 (centros y zonas de interés turístico) no sólo no constituye un argumento para exigir la autorización militar respecto al supuesto del 35, sino que, por el contrario, constituye un argumento más para prescindir en tal caso de dicha autorización.

La Dirección se ocupa del referido artículo 38 y dice telegráfica pero acertadamente que la finalidad del precepto «es distinta y más reducida

que la del artículo 35». Pero, ¿por qué de distinta y más reducida su finalidad? Para contestar a esta pregunta, no hay más remedio que insistir en el planteamiento que inicialmente he propuesto, consistente en la diferenciación entre «terrenos *no sujetos* a las normas de la zona» (artículo 35, número 1) y «terrenos *exentos* (exceptuados) del requisito de la autorización militar» (artículo 38). Recuérdese la distinción, a efectos fiscales, entre actos *no sujetos* y actos *exentos*. El acto no sujeto no necesita estar incluido en la lista de actores exentos, y no sólo eso, sino que sería un contrasentido incluirlo en esa lista, pues la exención sólo cabe predicarla de los actos sujetos al impuesto. Pues bien, si los núcleos urbanos no son jurídicamente zona de acceso restringido (según los argumentos antes expuestos), no están sujetos por definición a la normativa de la zona y no necesitan ni sería procedente incluirlos entre los supuestos exceptuados de alguno de los requisitos inherentes a la zona.

La diferencia es todavía más clara si se tiene en cuenta que en el caso del artículo 38 no se prescinde del control de la Autoridad militar, pues su núm. 1.º alude a «la preceptiva autorización previa del Ministerio de Defensa a la declaración de centro o zona de interés turístico». Y cabe que se impongan limitaciones por imperativo de la Defensa Nacional, incluso la limitación de obtener autorización individualizada para todos o algunos de los actos. Nada de esto ocurre en el supuesto del artículo 35, inciso primero del núm. 1.

Además, según la propia legislación de centros y zonas de interés turístico nacional, el efecto de una declaración de esa clase no significa que los terrenos queden fuera de las zonas de acceso restringido, sino únicamente el «otorgamiento de la autorización para la adquisición de bienes por extranjeros» (artículo 17, núm. 1, apartado e, de la Ley de 28 de diciembre de 1963 y artículo 62, núm. 1, e, del Reglamento de dicha Ley, aprobado por Decreto de 23 de diciembre de 1964). De aquí se desprende que no es que haya una excepción propiamente dicha respecto a las zonas de acceso restringido, sino que la declaración de centro o zona de interés turístico nacional—en la que ha de producirse la previa autorización del Ministerio de Defensa si se trata de zonas de acceso restringido—implica, supone o equivale a esa autorización. No se prescinde del requisito, sino que se le sustituye.

Otra prueba de que subsiste la posibilidad de control de la autoridad militar es que según el núm. 2.º del artículo 62 del Reglamento citado, de 23 de diciembre de 1964, en ese caso «el Notario autorizante deberá dar cuenta al Ministerio de Defensa de que la adquisición realizada lo ha sido en virtud de la autorización que a tales efectos y expresamente concede la Ley».

5. *La delimitación del concepto de «actual núcleo de población»*.—El artículo 16, párrafo 2.º, de la Ley de 12 de marzo de 1975 se refiere a «los actuales núcleos urbanos de poblaciones no fronterizas o sus zonas urbanizadas o de ensanche actuales».

Pero la Dirección General no ha mostrado ninguna preocupación por la determinación de este concepto de núcleo «actual». Tanto es así que ni siquiera emplea ese «adjetivo», sino que se refiere a los «núcleos urbanos» sin más. Esta indiferencia se explica porque en el caso concreto planteado no surgía ninguna duda sobre el problema, pero merece la pena

plantearse las dificultades del concepto en atención a posibles casos que puedan plantearse, en los cuales, si la línea de lo actual y de lo futuro no aparece clara, no cabría apoyarse en la indiferencia de estas resoluciones. Tan clara le parecía a la Dirección General la situación dentro del núcleo urbano, que entiende, a diferencia del auto del Presidente de la Audiencia, que la omisión en la escritura de la circunstancia de estar el piso en el núcleo urbano no constituye defecto que impida la inscripción.

Nuestra opinión es que en el caso planteado se podía deducir, efectivamente, de los datos del Archivo del Registro, la situación del piso dentro del denominado por la ley «actual núcleo urbano». Es más, de la propia demarcación del distrito hipotecario, ya resultaba tal extremo. Pero en todos aquellos casos en que la situación de la calle no esté muy clara en relación con el límite del núcleo urbano, debe exigirse la constancia de tal circunstancia en la escritura, e incluso cabe entonces la posibilidad de que el Registrador pueda llegar a calificar ese extremo exigiendo, en su caso, la certificación del órgano urbanístico sobre la situación de la calle.

En relación con todo esto hay que tener muy en cuenta que no se trata sólo de determinar si una finca está o no dentro del núcleo urbano o su ensanche actual, sino que esta «actualidad» hay que referirla al momento ya pretérito en que entró en vigor la Ley de 12 de marzo de 1975, la cual puede plantear en muchos casos serias dificultades. Baste mencionar que durante los seis años transcurridos desde entonces, habrá habido ampliaciones del núcleo urbano y de sus zonas de ensanche, que aunque hoy día «sean actuales núcleos», en el año 1975 no lo eran. No siempre se van a dar estos casos-límite, pero considero importante recalcar que la referencia a la *actualidad* del concepto de núcleo urbano hay que hacerla al mes de abril de 1975 en que entró en vigor la Ley de 12 de marzo de dicho año. Ciertamente que también el Reglamento de 10 de febrero de 1978 se refiere en el artículo 35 al «actual núcleo urbano o sus zonas urbanizadas o de ensanche actuales». Pero no por eso hay que referirse al momento de entrada en vigor del Reglamento (marzo de 1978), pues ya estaba vigente la Ley de 12 de marzo de 1975, que también se refirió al concepto de «actual», limitándose el Reglamento a recogerlo tal como estaba configurado en dicha Ley.

Otro problema que se plantea está relacionado con la terminología utilizada por la legislación que estudiamos. Se habla de «núcleo de población, zona urbanizada y ensanche». En la vigente legislación del Suelo no hay coincidencias con esta terminología, pues han cambiado los criterios de clasificación del suelo. El concepto de «núcleo urbano» aparece en la vigente Ley del Suelo y en el Reglamento de Gestión Urbanística al definir las parcelaciones urbanísticas, por lo cual, no nos sirve para el problema que estudiamos, pues se contempla en una fase anterior a su formación, y en cualquier caso, no se da tampoco una definición de ese discutible concepto, todavía no definido reglamentariamente. Yo creo que como la Ley de 12 de marzo de 1975 se promulgó con anterioridad a la nueva Ley del Suelo, los conceptos de aquélla hay que relacionarlos con la antigua Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, que si bien está derogada, sus conceptos aparecen en esa ley vigente de 12 de marzo de 1975, conceptos referidos por otra parte a la delimitación del núcleo urbano y su ensanche en el específico momento del mes de abril de 1975 en que entró en vigor dicha ley. Desde esta curiosa perspectiva, los conceptos vienen a coincidir

con el concepto global de «suelo urbano» en aquella legislación del Suelo. Concretamente, el artículo 63 de la Ley del Suelo de 1956 decía que «constituirán el suelo urbano estos terrenos: a) Los comprendidos en el perímetro que defina el casco de la población, conforme al artículo 12; b) Los que estén urbanizados; y c) Los que, aun sin urbanizar, se hallaren enclavados en sectores para los que ya existiere aprobado Plan parcial de ordenación». En el artículo 12 se distinguían los entonces llamados planes de reforma interior, afectantes al casco urbano, y los planes de extensión. Según su núm. 3.º, «serán Planes y proyectos de extensión los relativos a superficies de suelo exteriores al casco urbano». Y según su núm. 4.º, «el casco comprenderá los sectores urbanizados a medida que la construcción ocupe dos terceras partes de la superficie edificable en cada polígono».

No desconocemos que se trata de conceptos ya superados y derogados por la vigente legislación del Suelo. Pero como, según hemos dicho, aquí se trata de unas definiciones cristalizadas en un momento anterior a la Ley del Suelo y concretamente en el repetido del mes de abril de 1975, no hay más remedio que atenerse a los mismos. Otra cosa hay que decir respecto a los «futuros» ensanches o zonas, que vendrán definidas en los planes urbanísticos, conforme a la vigente Ley del Suelo, planes en cuya tramitación ha de informar el Ministerio de Defensa, a los efectos de la legislación especial que estudiamos, según resulta del artículo 35 y del artículo 40, núm. 2, del Reglamento de 10 de febrero de 1978.

Con todo lo anterior he pretendido demostrar que pueden darse situaciones en que no procede seguir la doctrina de estas resoluciones, pensadas para casos en que la localización de la calle resulta clara de los datos existentes en el Registro.

En cualquier caso, de las presentes resoluciones (de las dos primeras concretamente) resulta la posibilidad de que el Registrador califique ampliamente, a través de los datos del Registro, el dato físico de la situación. Hace tiempo que vengo propugnando la posibilidad de que la calificación registral extienda su ámbito a datos físicos, no ya sólo de la situación de la calle, sino el problema de la identidad de la finca. No lo digo yo, lo dice el número 5.º del artículo 298 del Reglamento Hipotecario a propósito de los excesos de cabida y lo reitera el Real Decreto de coordinación Catastro-Registro de 8 de mayo de 1980. Naturalmente, existen una serie de limitaciones para que puedan calificarse debidamente los datos físicos, que ahora no voy a repetir. Pero, sea de ello lo que fuere, la Dirección General está en esta línea de fomentar la calificación de circunstancias físicas a través de los datos del Registro, al menos en estos casos relativos a la situación de la calle dentro o fuera del casco urbano de una población.

6. *Los plazos para obtener la inscripción según la legislación militar y su análisis comparativo con los plazos establecidos por la legislación hipotecaria*—Aunque la Dirección General no tiene ocasión de ocuparse de este problema, me resisto a terminar el comentario sin dedicar una breve reseña al mismo, al hilo de la referencia que el Notario recurrente hace al artículo 41, núm. 3, del Reglamento de 10 de febrero de 1978, diciendo que «el error de calificación adquirirá en nuestro caso la mayor gravedad como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 41, núm. 3, del Reglamento».

El artículo 41, en sus núms. 3 y 4, que ahora nos interesan, dice lo siguiente: «3 La falta de inscripción de los títulos indicados que se otorguen a partir de la entrada en vigor de este Reglamento, dentro de los dieciocho meses siguientes a sus respectivas fechas, determinará la nulidad de pleno derecho de los mencionados actos y concesiones, de lo cual deberán hacer advertencia expresa los Notarios autorizantes en las correspondientes escrituras.» «4. En los casos en que sin culpa del adquirente los referidos títulos estén pendientes de la liquidación del Impuesto de Transmisiones o de cualquier otra formalidad que impida la inscripción, el plazo a que se refiere el párrafo anterior se ampliará a veinticuatro meses.»

Entiendo que hay que separar claramente cuestiones que son diferentes. Por un lado, está la calificación registral que debe ser libremente realizada por el Registrador dentro de los plazos marcados por la legislación hipotecaria exclusivamente, la cual admite las pertinentes prórrogas según los casos. Si la calificación registral se estima que adolece de errores, corresponde a los interesados o al Notario autorizante el plantear el recurso, con suspensión del plazo de vigencia de asiento de presentación, sin que el error de la calificación adquiera mayor gravedad por el problema de los plazos marcados por el artículo 41 del Reglamento de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, que en nada modifica lo preceptuado por la legislación hipotecaria.

Por otro lado, y a efectos del artículo 41 de dicho Reglamento, basta que el título se presente en el Registro dentro de los plazos marcados por dicho precepto, aunque la inscripción se practique fuera de tales plazos, siempre que siga vigente el asiento de presentación del título. Me fundo en el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, que considera como fecha de la inscripción para *todos los efectos* que ésta deba producir la del asiento de presentación, la cual deberá constar en la inscripción misma. Siempre que según la legislación hipotecaria la fecha de la inscripción pueda retrotraerse a un momento anterior, el del asiento de presentación, practicado dentro de los plazos del artículo 41, no podrá decirse que la inscripción se practicó fuera de ellos.

Por tanto, el plazo del artículo 41 y su posible ampliación en nada afectan a los plazos del asiento de presentación y sus posibles prórrogas o suspensiones, no adquiriendo ninguna mayor gravedad cualquier error de la calificación registral en esta materia, al existir el recurso gubernativo y la suspensión del plazo de vigencia de asiento de presentación, como instrumentos al alcance de los interesados para restablecer adecuadamente la situación dentro del referido artículo 41.

J. M. G. G.

REGISTRO MERCANTIL

1. NO PUEDE TENER ACCESO AL REGISTRO MERCANTIL EL NOMBRAMIENTO DE LIQUIDADOR SIN QUE PREVIAMENTE CONSTE INSCRITO EL ACUERDO DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD.

Resoluciones de 15, 16 y 18 de diciembre de 1978 (B. O. del E. de 30 de enero de 1979).

Resultando que, por escritura autorizada por el Notario de Madrid don Manuel Sainz López-Negrete, el 2 de febrero de 1977, don José Jaime Núñez Meléndez, en nombre y representación de la Sociedad «Inmobiliaria San Gumersindo, S. A», en liquidación, confirió poder especial y sin limitación de tiempo al recurrente para que ejercitare todas y cada una de las facultades que como liquidador se le habían atribuido en la Junta general extraordinaria celebrada el 30 de diciembre de 1976, que eran las previstas en los artículos 153, 158, 160, 162, 164, 165, 166, 167, 170 y demás concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas y cuantas por demás precise para llevar a feliz término las operaciones liquidatorias que se le encomendaron; que en la escritura se dice que dicha Sociedad fue disuelta por otra escritura anterior autorizada por el mismo Notario el 27 de enero de 1977;

Resultando que presentada en el Registro la referida escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por no aparecer inscrita en este Registro Mercantil, conforme exige el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas, la escritura de disolución que se expresa en el mismo. No procede tomar anotación preventiva por no haber sido solicitada.»;

Resultando que don Emilio Manrique Martín interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que la inscripción del poder otorgado a su nombre no requiere la previa inscripción de la escritura de disolución, puesto que dicho poder no se encuentra comprendido entre los documentos enumerados taxativamente por el artículo 4.º del Reglamento del Registro Mercantil, que pre-

cisan para su inscripción cumplir el principio de tracto sucesivo; que de no inscribirse el referido poder no se podrían llevar a cabo los actos necesarios para este período de liquidación, puesto que el citado artículo 4.º, en su párrafo 2.º, considera necesaria «la previa inscripción de las facultades de los Gerentes o Administradores para inscribir los actos o contratos otorgados por los mismos»; que la escritura de poder que nos ocupa no contiene ninguna de las faltas o defectos que el artículo 44 del mismo Reglamento determina como contenido y alcance de la calificación registral, y que el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas es inaplicable al caso, ya que en la propia escritura calificada se hace constar que el acuerdo ha sido tomado con todos los requisitos que exige dicho artículo;

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que aunque de los términos empleados en la escritura calificada pudiera deducirse lo contrario, en el presente caso se trata no de un simple apoderamiento conferido al recurrente, sino de la elevación a instrumento público del acuerdo de su nombramiento como liquidador, para cuya inscripción en el Registro Mercantil se requiere la previa o simultánea inscripción de la disolución social de la que es consecuencia; que la nota calificadora no se basa en la infracción del principio de tracto sucesivo, lo que hace improcedente las alegaciones del recurrente, referidas a los artículos 4 y 44 del Reglamento, en cuanto al cumplimiento o no de tal principio; que la calificación se basa en la necesidad de exigir el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas y demás concordantes; que dicho artículo exige para que el acuerdo de disolución social sea válido que conste en escritura pública y que sea inscrito en el Registro Mercantil, teniendo este último requisito carácter constitutivo, y así se ha considerado siempre en la práctica jurídica y registral en base a varias razones, como la de que según la expresión «para llevar a cabo» que emplea dicho precepto, ha de entenderse que mientras no concurren todos los requisitos que exige no quedarán jurídicamente ultimados ni completos ninguno de los actos a que se refiere, y de faltar cualquiera de los requisitos el acto sería nulo, como se deduce de la expresión «bajo pena de nulidad», que afecta sin excepción a todos los requisitos; que, por otra parte, al poner el apartado 2.º del repetido precepto a continuación del requisito de quórum para el acuerdo, que «en todo caso» éste «constará» en escritura pública que se «inscribirá» en el Registro Mercantil, es porque en ningún supuesto sería válido con su simple constancia en el acta de la Junta y sin inscribir; que esta obligatoriedad de inscripción del acuerdo de disolución social se confirma por lo dispuesto en el artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil, que exige que en la hoja abierta a cada Sociedad se inscriban obligatoriamente, entre otros actos, la disolución y liquidación de la Sociedad, con lo que se trata de proteger a los acreedores y terceros interesados; que en el artículo 142 del Reglamento del Registro Mercantil se determina que en la escritura de disolución de las Sociedades anónimas se contenga el nombramiento de liquidadores, lo cual implica el deseo del legislador de que se inscriban ambos actos al mismo tiempo y no el último antes que el primero; que el artículo 155 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que el período de liquidación no se abre mientras la Sociedad no se disuelva, lo que exige su inscripción en el Registro Mercantil;

Vistos los artículos 84, 153, 155 y 159 de la Ley de Sociedades Anónimas

de 17 de julio de 1951 y 4, 86 y 142 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956;

Considerando que acordada la disolución de una Sociedad y designado, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley, el liquidador correspondiente, la cuestión que plantea este recurso versa sobre si puede tener acceso al Registro Mercantil el nombramiento del mencionado liquidador sin necesidad de que conste inscrito el acuerdo de disolución de la referida Sociedad;

Considerando que, normalmente, el período de liquidación no se abre, según resulta del artículo 155 de la Ley, hasta que la Sociedad se encuentre en fase de disolución, por lo que resulta evidente que será condición habilitante para la actuación del liquidador designado que la disolución de la Sociedad haya reunido los requisitos establecidos en las disposiciones legales, lo que supone una previa calificación por parte del Registrador Mercantil del acto principal—disolución—con su correspondiente inscripción, para que simultáneamente o con posterioridad pueda examinarse y proceder a inscribir el nombramiento de liquidador.

Considerando que de no hacerse así, y admitirse una inscripción previa de nombramiento de liquidador, a la escritura que contenga el acuerdo de disolución podría resultar que si esta escritura adoleciera de algún defecto que impidiera su acceso al Registro se produjese el contrasentido de una publicidad registral que por ser inexacta o incompleta pudiera confundir a interesados y terceros, que confiados en los asientos registrales presumieran que la disolución de la Sociedad habría ya tenido lugar correctamente y con el cumplimiento de todos los requisitos legales;

Considerando que no se trata de un supuesto de aplicación de los contrarios casos que en materia de tracto sucesivo recoge el Reglamento del Registro Mercantil, principalmente en su artículo 4, sino que es—como ya se ha indicado—una consecuencia natural derivada del carácter obligatorio de la inscripción en el Registro de la disolución de una Sociedad—artículo 86 del mismo Reglamento—, que exige conste inscrito o se inscriba a la vez esta disolución, para que pueda a su vez inscribirse, que no es más que una de las consecuencias de este acuerdo, como es el nombramiento de liquidador,

Esta Dirección General ha acordado confirmar el acuerdo y la nota del Registrador.

Resultando que, por escritura autorizada por el Notario de Madrid don Manuel Sainz López-Negrete el 2 de febrero de 1977, don José Jaime Núñez Meléndez, en nombre y representación de la Sociedad «Inmobiliaria Salanova, S. A.», en liquidación, confirió poder especial y sin limitación de tiempo al recurrente para que ejercitare todas y cada una de las facultades que como liquidador se le habían atribuido en la Junta general extraordinaria celebrada el 30 de diciembre de 1976, que eran las previstas en los artículos 153, 158, 160, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 170 y demás concordantes, de la Ley de Sociedades Anónimas, y cuantas por demás precise para llevar a feliz término las operaciones liquidatorias que se le encomendaron; que en la escritura dice que dicha Sociedad fue disuelta por otra escritura anterior autorizada por el mismo Notario el 27 de enero de 1977;

Resultando que presentada en el Registro la referida escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del

precedente documento por no aparecer inscrita en este Registro Mercantil, conforme exige el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas, la escritura de disolución que se expresa en el mismo. No procede tomar anotación preventiva por no haber sido solicitada.»;

Resultando que don Emilio Manrique Martín interpuso recurso de re-forma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la inscripción del poder otorgado a su nombre no requiere la previa inscripción de la escritura de disolución, puesto que dicho poder no se encuentra comprendido entre los documentos enumerados taxativamente por el artículo 4.º del Reglamento del Registro Mercantil, que precisan para su inscripción cumplir el principio de tracto sucesivo; que de no inscribirse el referido poder no se podrían llevar a cabo los actos necesarios para este período de liquidación, puesto que el citado artículo 4.º, en su párrafo 2.º, considera necesaria «La previa inscripción de las facultades de los Gerentes o Administradores para inscribir los actos o contratos otorgados por los mismos»; que la escritura de poder que nos ocupa no contiene ninguna de las faltas o defectos que el artículo 44 del mismo Reglamento determina como contenido y alcance de la calificación registral; y que el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas es inaplicable al caso, ya que en la propia escritura calificada se hace constar que el acuerdo ha sido tomado con todos los requisitos que exige dicho artículo;

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que aunque de los términos empleados en la escritura calificada pudiera deducirse lo contrario, en el presente caso se trata no de un simple apoderamiento conferido al recurrente, sino de la elevación a instrumento público del acuerdo de su nombramiento como liquidador, para cuya inscripción en el Registro Mercantil se requiere la previa o simultánea inscripción de la disolución social de la que es consecuencia; que la nota calificadora no se basa en la infracción del principio de tracto sucesivo, lo que hace impropiedades las alegaciones del recurrente referidas a los artículos 4 y 44 del Reglamento en cuanto al cumplimiento o no de tal principio; que la calificación se basa en la necesidad de exigir el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas y demás concordantes; que dicho artículo exige para que el acuerdo de disolución social sea válido que conste en escritura pública y que sea inscrito en el Registro Mercantil, teniendo este último requisito carácter constitutivo, y así se ha considerado siempre en la práctica jurídica y registral en base a varias razones, como la de que según la expresión «para llevar a cabo» que emplea dicho precepto, ha de entenderse que mientras no concurren todos los requisitos que exige no quedarán jurídicamente ultimados ni completados ninguno de los actos a que se refiere, y de faltar cualquiera de los requisitos el acto sería nulo, como se deduce de la expresión «bajo pena de nulidad», que afecta sin excepción a todos los requisitos; que, por otra parte, al poner el apartado 2.º del repetido precepto a continuación del requisito de «quórum» para el acuerdo, que «en todo caso» éste «constará» en escritura pública que se «inscribirá» en el Registro Mercantil, es porque en ningún supuesto sería válido con su simple constancia en el acta de la Junta y sin inscribir; que esta obligatoriedad de inscripción del acuerdo de disolución social se confirma por lo dispuesto en el artículo 83 del Reglamento del

Registro Mercantil, que exige que en la hoja abierta a cada Sociedad se inscriban obligatoriamente, entre otros actos, la disolución y liquidación de la Sociedad, con lo que se trata de proteger a los acreedores y terceros interesados; que en el artículo 142 del Reglamento del Registro Mercantil se determina que en la escritura de disolución de las Sociedades Anónimas se contenga el nombramiento de liquidadores, lo cual implica el deseo del legislador de que se inscriban ambos actos al mismo tiempo y no el último antes que el primero; que el artículo 155 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que el período de liquidación no se abre mientras la Sociedad no se disuelva, lo que exige su inscripción en el Registro Mercantil;

Vistos los artículos 84, 153, 155 y 159 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y 4, 86 y 142 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956;

Considerando que acordada la disolución de una Sociedad y designado, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley, el liquidador correspondiente, la cuestión que plantea este recurso versa sobre si puede tener acceso al Registro Mercantil el nombramiento del mencionado liquidador sin necesidad de que conste inscrito el acuerdo de disolución de la referida Sociedad;

Considerando que el período de liquidación no se abre, según resulta del artículo 155 de la Ley, hasta que la Sociedad se encuentre en fase de disolución, por lo que resulta evidente que será condición habilitante para la actuación del liquidador designado que la disolución de la Sociedad haya reunido los requisitos establecidos en las disposiciones legales, lo que supone una previa calificación por parte del Registrador Mercantil del acto principal—disolución—con su correspondiente inscripción, para que simultáneamente o con posterioridad pueda examinarse y proceder a inscribir el nombramiento de liquidador;

Considerando que de no hacerse así, y admitirse una inscripción previa del nombramiento de liquidador, a la escritura que contenga el acuerdo de disolución, podría resultar que si esta escritura adoleciera de algún defecto que impidiera su acceso al Registro, se produjese el contrasentido de una publicidad registral que por ser inexacta o incompleta pudiera confundir a interesados y terceros, que, confiados en los asientos registrales, presumieran que la disolución de la Sociedad habría ya tenido lugar correctamente y con el cumplimiento de todos los requisitos legales;

Considerando que no se trata de un supuesto de aplicación de los contados casos que en materia de tracto sucesivo recoge el Reglamento del Registro Mercantil, principalmente en su artículo 4, sino que es—como ya se ha indicado—una consecuencia natural derivada del carácter obligatorio de la inscripción en el Registro de la disolución de una Sociedad—artículo 86 del mismo Reglamento—, que exige conste inscrito o se inscriba a la vez esta disolución, para que pueda a su vez inscribirse la que es una de las consecuencias de este acuerdo, como es el nombramiento de liquidador,

Esta Dirección General ha acordado confirmar el acuerdo y la nota del Registrador.

Resultando que, por escritura autorizada por el Notario de Madrid don Manuel Sainz López-Negrete, el 2 de febrero de 1977, don José Jaime Núñez Meléndez, en nombre y representación de la Sociedad «Inmobilia-

ria San Trifón, S. A.», en liquidación, confirió poder especial y sin limitación de tiempo al recurrente para que ejercitase todas y cada una de las facultades que como liquidador se le habían atribuido en la Junta general extraordinaria celebrada el 30 de diciembre de 1976, que eran las previstas en los artículos 153, 158, 160, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 170 y demás concordantes, de la Ley de Sociedades Anónimas, y cuantas por demás precise para llevar a feliz término las operaciones liquidatorias que se le encomendaron; que en la escritura se dice que dicha Sociedad fue disuelta por otra escritura anterior autorizada por el mismo Notario el 27 de enero de 1977;

Resultando que presentada en el Registro la referida escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por no aparecer inscrita en este Registro Mercantil, conforme exige el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas, la escritura de disolución que se expresa en el mismo. No procede tomar anotación preventiva por no haber sido solicitada»;

Resultando que don Emilio Manrique Martín, interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que la inscripción del poder otorgado a su nombre no requiere la previa inscripción de la escritura de disolución, puesto que dicho poder no se encuentra comprendido entre los documentos enumerados taxativamente por el artículo 4.º del Reglamento del Registro Mercantil, que precisan para su inscripción cumplir el principio de tracto sucesivo; que de no inscribirse el referido poder no se podrían llevar a cabo los actos necesarios para este período de liquidación, puesto que el citado artículo 4.º, en su párrafo 2.º, considera necesaria «la previa inscripción de las facultades de los Gerentes o Administradores para inscribir los actos o contratos otorgados por los mismos»; que la escritura de poder que nos ocupa no contiene ninguna de las faltas o defectos que el artículo 44 del mismo Reglamento determina como contenido y alcance de la calificación registral; y que el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas es inaplicable al caso, ya que en la propia escritura calificada se hace constar que el acuerdo ha sido tomado con todos los requisitos que exige dicho artículo;

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que aunque de los términos empleados en la escritura calificada pudiera deducirse lo contrario, en el presente caso se trata no de un simple apoderamiento conferido al recurrente, sino de la elevación a instrumento público del acuerdo de su nombramiento como liquidador, para cuya inscripción en el Registro Mercantil se requiere la previa o simultánea inscripción de la disolución social de la que es consecuencia; que la nota calificadora no se basa en la infracción del principio de tracto sucesivo, lo que hace improcedente las alegaciones del recurrente referidas a los artículos 4 y 44 del Reglamento en cuanto al cumplimiento o no de tal principio; que la calificación se basa en la necesidad de exigir el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas y demás concordantes; que dicho artículo exige para que el acuerdo de disolución social sea válido que conste en escritura pública y que sea inscrito en el Registro Mercantil, teniendo este último requisito carácter constitutivo, y así se ha considerado siempre en la práctica jurídica y registral en base a varias razones, como la de que según la expresión «para llevar a cabo» que emplea dicho precepto,

ha de entenderse que mientras no concurren todos los requisitos que exige no quedarán jurídicamente ultimados ni completos ninguno de los actos a que se refiere, y de faltar cualquiera de los requisitos el acto sería nulo, como se deduce de la expresión «bajo pena de nulidad», que afecta sin excepción a todos los requisitos; que por otra parte al poner el apartado 2.º del repetido precepto a continuación del requisito de «quórum» para el acuerdo, que «en todo caso» éste «constará» en escritura pública que se «inscribirá» en el Registro Mercantil, es porque en ningún supuesto sería válido con su simple constancia en el acta de la Junta y sin inscribir; que esta obligatoriedad de inscripción del acuerdo de disolución social se confirma por lo dispuesto en el artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil, que exige que en la hoja abierta a cada Sociedad se inscriban obligatoriamente, entre otros actos, la disolución y liquidación de la Sociedad, con lo que se trata de proteger a los acreedores y terceros interesados; que en el artículo 142 del Reglamento del Registro Mercantil se determina que en la escritura de disolución de las Sociedades Anónimas se contenga el nombramiento de liquidadores, lo cual implica el deseo del legislador de que se inscriban ambos actos al mismo tiempo y no el último antes que el primero; que el artículo 155 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que el período de liquidación no se abre mientras la Sociedad no se disuelva, lo que exige su inscripción en el Registro Mercantil;

Vistos los artículos 84, 153, 155 y 159 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y 4, 86 y 142 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956;

Considerando que acordada la disolución de una Sociedad y designado, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley, el liquidador correspondiente, la cuestión que plantea este recurso versa sobre si puede tener acceso al Registro Mercantil el nombramiento del mencionado liquidador sin necesidad de que conste inscrito el acuerdo de disolución de la referida Sociedad;

Considerando que normalmente el período de liquidación no se abre, según resulta del artículo 155 de la Ley, hasta que la Sociedad se encuentre en fase de disolución, por lo que resulta evidente que será condición habilitante para la actuación del liquidador designado que la disolución de la Sociedad haya reunido los requisitos establecidos en las disposiciones legales, lo que supone una previa calificación por parte del Registrador Mercantil del acto principal—disolución—con su correspondiente inscripción, para que simultáneamente o con posterioridad pueda examinarse y proceder a inscribir el nombramiento de liquidador;

Considerando que de no hacerse así, y admitirse una inscripción previa del nombramiento de liquidador, a la escritura que contenga el acuerdo de disolución, podría resultar que si esta escritura adoleciera de algún defecto que impidiera su acceso al Registro se produjese el contrasentido de una publicidad registral que por ser inexacta o incompleta pudiera confundir a interesados y terceros, que, confiados en los asientos registrales, presumieran que la disolución de la Sociedad habría ya tenido lugar correctamente y con el cumplimiento de todos los requisitos legales;

Considerando que no se trata de un supuesto de aplicación de los contados casos que en materia de tracto sucesivo recoge el Reglamento del Registro Mercantil, principalmente en su artículo 4, sino que es—como ya se ha indicado—una consecuencia natural derivada del carácter obligato-

rio de la inscripción en el Registro de la disolución de una Sociedad—artículo 86 del mismo Reglamento—, que exige conste inscrito o se inscriba a la vez esta disolución, para que pueda a su vez inscribirse la de una de las consecuencias de este acuerdo, como es el nombramiento de liquidador,

Esta Dirección ha acordado confirmar el acuerdo y la nota del Registrador.

Comentario.—A diferencia de los demás contratos, en que, por regla general, los efectos se agotan en las relaciones recíprocas de las partes, la sociedad exige cuando se disuelve y por imperativo de la protección de los terceros, el que se siga un proceso de disolución caracterizado por el cese de la actividad social, limitada a partir de ese momento a concluir las operaciones pendientes; por la apertura de un período de liquidación tendente a proteger los intereses de todos aquellos que se relacionaron con la sociedad, incluso los de los propios socios; y finalmente, que se dé a todo este complejo proceso la adecuada publicidad consistente en el obligatorio acceso al Registro Mercantil, en primer lugar, de la disolución que lo inicia y que a su vez culmina con el cierre de la hoja registral. De ahí la diferencia entre los términos de disolución y liquidación, que no son más que dos fases dentro de un mismo proceso, en el que la segunda es consecuencia necesaria de la primera debido a que no puede haber liquidación sin que exista una previa disolución. Si a esto se añade que la publicidad del Registro debe ser exacta y completa, es lógico que el artículo 86 RRM exija obligatoriamente la inscripción de la disolución y liquidación de la sociedad, que habrán de ser materia de calificación registral conjunta o separadamente según figuren o no en la misma escritura. En consecuencia, el nombramiento de liquidador no puede tener entrada en el Registro Mercantil si no figuran inscritas la disolución social y el hecho jurídico de declararse a la sociedad en estado de liquidación, pues de otro modo, como señala la Dirección General, «se produciría el contrasentido de una publicidad registral que pudiera confundir a interesados y terceros», desvirtuándose la finalidad del Registro Mercantil.

Cuestión distinta de la anterior, aunque con ella relacionada, es la de determinar si la inscripción de disolución reviste o no carácter constitutivo. Parece que el artículo 84 LSA no le atribuye tal naturaleza, puesto que sanciona únicamente con la nulidad la falta de formalidades de convocatoria y la de «quórum» para el acuerdo. Precisa que éste conste en escritura pública y que se inscriba en el Registro Mercantil en todo caso, es decir, con carácter obligatorio que obedece a la necesaria publicidad exigida por el tráfico mercantil, pero que no supone que la disolución no surta efecto mientras no figure inscrita. Además, a diferencia de lo que ocurre en el acto de constitución, en el que la inscripción es constitutiva en el sentido de que la sociedad adquiere personalidad jurídica, en el proceso de disolución la sociedad conserva su personalidad, si bien limitada a los fines de su liquidación.

También induce a confusión la alegación del recurrente de que la inscripción del poder otorgado a su nombre no requiere la previa inscripción de la escritura de disolución, puesto que dicho poder no se encuentra comprendido entre los documentos enumerados taxativamente por el artículo 4 RRM, que precisan para su inscripción cumplir el principio de

tracto sucesivo. Entendemos que a diferencia de la legislación hipotecaria, en la que dicho principio de tracto es básico dado el sistema de folio real, en la legislación mercantil tiene un alcance muy limitado, ya que en materia de empresarios individuales y sociales el Registro se lleva por folio personal, de donde resulta que el concepto de previa inscripción nada tiene que ver con el tracto sucesivo tal como se entiende en el Registro de la Propiedad. Por ello, el hecho de que el otorgamiento de un poder no pueda ser inscrito si previamente no lo está la sociedad, no se debe, como acertadamente señala Olivencia Ruiz—Curso de conferencias sobre Registro Mercantil—, a una exigencia de tracto, sino que es consecuencia del sistema de organización del Registro.

E. F. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

I REGISTRO DE LA PROPIEDAD

TERCERIA DE MEJOR DERECHO. PRELACION DE CREDITOS. LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO SOLO CONCEDE PREFERENCIA RESPECTO A CREDITOS POSTERIORES. PRELACION ATENDIENDO A LA FECHA DE FIRMEZA DE LAS SENTENCIAS DE REMATE DE LOS DOS CREDITOS: NO DEBE HABER INTERFERENCIA ENTRE LOS APARTADOS A) Y B) DEL NUMERO TERCERO DEL ARTICULO 1.924 DEL CODIGO CIVIL, SINO APLICARSE UNO U OTRO ORDEN, SEGUN LOS CASOS (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1979).

Hechos.—El Banco Español de Crédito, S. A., formuló demanda de tercería de mejor derecho contra «Codefasa», suplicando se dictara sentencia declarando su mejor derecho a cobrar un millón de pesetas de principal más la cantidad que se justifique en concepto de costas, gastos e intereses, respecto a la entidad demandada, con suspensión del procedimiento de apremio que ésta seguía contra el deudor común de ambas partes. Se basa en la póliza de préstamo y crédito y la prioridad en la firmeza de la sentencia de remate que obtuvo a su favor la entidad actora.

La parte demandada opone que obtuvo anotación preventiva de embargo anterior al vencimiento de la póliza de crédito de la actora.

El Juzgado de Primera Instancia de Aracena estimó la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad demandada, por lo siguiente:

«Considerando: Que son antecedentes fácticos esenciales, reconocidos en la sentencia recurrida, de trascendencia a efectos de la adecuada solución del recurso de que se trata, los siguientes: Primero. Que el crédito

en cuestión de la entidad demandante tercerista en pretendido mejor derecho 'Banco Español de Crédito, S. A.', emana de una Póliza de Crédito, intervenida por Agente Colegiado y suscrita el 6 de febrero de 1974, con una duración de seis meses y cuyo vencimiento se adelantó al 6 de abril de aquel año de acuerdo con lo expresamente convenido, practicándose entonces la liquidación por Corredor de Comercio, con fijación de un saldo de un millón de pesetas en contra del deudor demandado don Santiago L. M., en tanto que el crédito de la entidad demandada en tercería de mejor derecho, 'Codefasa', se deriva de dos letras de cambio giradas el 20 de noviembre de 1973, con vencimiento a los días 10 y 20 de noviembre de 1973, con vencimiento a los días 10 y 20 de enero de 1974, respectivamente. Segundo. Que dicha Póliza de Crédito, una vez efectuada la indicada liquidación, sirvió de título en juicio ejecutivo instado contra el citado deudor demandado don Santiago L. M., en el que recayó sentencia de remate que obtuvo firmeza el 4 de mayo de 1974. Tercero. Que protestadas por falta de pago las mencionadas cambiales fueron base para instar también el juicio ejecutivo que terminó por sentencia que resultó firme el 12 de julio de 1974, y Cuarto. Que en virtud del indicado juicio ejecutivo promovido a consecuencia de las precitadas letras de cambio se trabó embargo atectante a los bienes en cuestión en 20 de marzo de 1974, que produjo anotación preventiva en el correspondiente Registro de la Propiedad el 12 de julio de 1974.»

«Considerando: Que es asimismo de tener en cuenta, a efectos de decidir sobre el recurso de casación en cuestión, según ya viene proclamado por esta Sala en sentencia de 6 de marzo de 1978, que en cuanto a prelación para los créditos que no gocen de privilegio especial, como son los implicados en el procedimiento de tercería de mejor derecho de que se trata, vienen legalmente establecidos dos órdenes de preferencia, consistentes uno el del grupo A) del número 3.º del artículo 1.924 del Código civil, formado por los que consten en escritura pública, y otro el del grupo B) integrado por los que vengan reconocidos por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio, de tal manera que, en cuanto al párrafo último de dicho número 3.º previene que tales créditos 'tendrán preferencia *entre sí* por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias', haya de entenderse que, mediante los referidos grupos A) y B), se establecen dos clases de preferencia al respecto, excluyentes entre sí, es decir uno de las escrituras en que consten los créditos y otro el de las sentencias firmes, en el caso que existan éstas en relación con cada uno de los créditos interesados en la tercería, sin posibilidad en consecuencia de interferencias entre uno y otro orden, en el supuesto de que existan documentos ejecutivos (lo que siempre ha de ocurrir en procedimientos de tal naturaleza) y dos sentencias de remate (lo que no siempre ocurrirá), puesto que la aplicación de uno y otro orden dependerá del comportamiento del tercerista antes de iniciar el proceso de tercería, ya que si para plantearse éste siempre ha de existir al menos un ejecutivo en marcha, puede no obstante darse el caso, como el ahora producido, en que, cuando la tercería se plantea, no sólo existen dos ejecutivos en marcha, sino que aquélla se promueva cuando ya en cada uno de ellos se ha dictado sentencia de remate, lo que determina la consecuencia de que cuando el tercerista inicia la tercería exhibiendo sólo en base de preferencia de su título escritura contra la del ejecutante que se anticipó a entablar el eje-

cutivo, tendrá que acogerse al grupo A) de los enunciados y será el órgano jurisdiccional el que valore en la tercería la preferencia entre dichos títulos, cualquiera que sea el trámite en que el juicio ejecutivo comenzado se encuentre, que es la hipótesis a que con toda claridad alude la sentencia de este Tribunal de 16 de abril de 1955 y otras muchas alusivas a casos en los que no se planteó el juicio ejecutivo por ambas partes con antelación a la tercería; y que, cual es el supuesto contemplado en la presente litis ocurre, cuando el tercerista, con anterioridad a haber promovido la tercería, inició un juicio ejecutivo para hacer efectivo su crédito y en él se ha pronunciado sentencia de remate, planteándose la tercería contra otro ejecutivo también planteado, y en el que igualmente se ha pronunciado sentencia de remate, origina que la preferencia para el cobro de los respectivos créditos sea por el orden riguroso de las fechas de firmeza de las correspondientes sentencias, dado que, conforme indica la de esta Sala de 13 de junio de 1958, insistiendo en lo ya prevenido en la de 16 de octubre de 1956, y que se reitera en la más reciente de 3 de noviembre de 1971, desde el momento en que la reclamación tuvo que plantearse judicialmente para su efectividad haciéndose litigiosa, su certeza no viene notoria, en especial respecto a tercero, hasta la firmeza de la sentencia, y en tal caso, precisamente por su condición de cuestión litigiosa, lleva a la aplicación del precitado epígrafe B) del número 3.º del artículo 1.924 del Código civil, toda vez que el crédito se convierte en litigioso a partir de que se plantea el ejecutivo, pues en él se da la oportunidad de oposición al deudor, según los artículos 1.459 y 1.460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

«Considerando: Que los aspectos fácticos y jurídicos enunciados en los dos precedentes considerandos, en ortodoxa y adecuada aplicación al supuesto examinado, conduce a la desestimación del primero de los motivos en que se soporta el recurso de casación de que se trata, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C. y con base en pretendida infracción por aplicación indebida del artículo 1.924, tercero, B), del Código civil, porque, cual ya tiene declarado esta Sala en sentencia de 8 de abril de 1976, suponiendo la tercería de mejor derecho la necesaria comparación de los títulos invocados, para determinar cuál de ellos es el preferente en orden al cobro de la cantidad obtenida por la venta de los bienes embargados a un deudor común, y teniendo en cuenta que en el caso de autos se siguieron dos juicios ejecutivos contra el mismo deudor demandado don Santiago L. M., uno de ellos promovido por la entidad también ahora demandante 'Banco Español de Crédito, S. A.', con base en Póliza de Préstamo y Crédito, intervenida de Corredor de Comercio Colegiado adecuadamente liquidada, que concluyó por sentencia de remate que obtuvo firmeza el 4 de mayo de 1974, y el otro por la entidad también ahora demandada 'Compañía de Fomento Agropecuario, S. A.', con fundamento en letras de cambio protestadas, que terminó por sentencia que resultó firme el 12 de julio de 1974 y en el que practicó embargo de los bienes afectados por la tercería de que se viene haciendo mención el 20 de marzo de 1974, que produjo anotación preventiva en el correspondiente Registro de la Propiedad el 12 de julio de 1974, por lo que la cuestión controvertida en la instancia, y reiterada en este recurso, viene contraída a determinar si la preferencia entre los dos títulos en pugna se ha de regular por lo dispuesto en el artículo 1.923, núm. 4.º, que es la tesis del recu-

rente, o por lo prevenido en el artículo 1.924, núm. tercero B), que es el criterio de la sentencia recurrida, y cuya discrepancia ha de ser resuelta conforme a lo en ésta sostenido, toda vez que el crédito del tercerista, en su aspecto documentado, que es el aspecto que en definitiva ha de ser tenido en cuenta al respecto, es anterior al indicado embargo y subsiguiente anotación preventiva del mismo, y en su consecuencia es visto que tal anotación preventiva es inoperante a efectos de determinar la preferencia discutida, ya que de conformidad con lo dispuesto en el aludido artículo 1.923, núm. 4.º, del Código civil, en relación con el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, y reiterada jurisprudencia de esta Sala, establecida, entre otras, en sentencias de 28 de noviembre de 1928, 27 de enero y 13 de junio de 1958, 27 de abril de 1967, 30 de marzo de 1968, 3 de noviembre de 1971, 21 de febrero de 1975 y 8 de abril del pasado año, la anotación preventiva de embargo no produce otros efectos para el acreedor que lo obtenga de ser preferido en cuanto a los bienes anotados solamente contra los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído o reconocido después de la anotación, pero no respecto de los anteriores a la misma, circunstancia esta última que es la concurrente en el crédito de la entidad tercerista 'Banco Español de Crédito, S. A.', y dado el carácter litigioso de ambos créditos al haber sido sometidos a la declaración judicial, determinadora, como viene manifestado, de la aplicación del tan citado artículo 1.924, tercero A) del Código civil, que da preferencia al crédito que conste en la sentencia que primeró gana firmeza, que en el presente caso lo fue la dictada en el mencionado ejecutivo instado por la precitada entidad tercerista.»

«Considerando: Que no desvirtúa lo expuesto y la solución acogida en el anterior, la alegación del recurrente al supuesto de hecho contemplado en el tan meritado artículo 1.924, número 3.º A), de que haya de estar en presencia de 'créditos que hubiesen sido objeto de litigio', puesto que, en contra de lo apreciado por el recurrente, esa expresión no hay que entenderla referida al aspecto genérico de mera reclamación judicial, sino al específico, reconocido ya en sentencias dictadas por este Tribunal en 11 de mayo de 1894, 21 de noviembre de 1917, 21 de enero de 1958, 30 de marzo de 1968 y 3 de noviembre de 1971, de créditos que consten por sentencia firme y por tanto a los de remate pronunciada en juicio ejecutivo, que tienen ese carácter, pues aquella expresión se contrae en su antecedente inmediato a los créditos que consten por sentencia firme, y no con relación a los bienes del deudor sobre los que tal preferencia se establece a lo que hace mención el referido artículo 1.924 en su inicio, sin posible fundamento lógico de que dichos bienes hubieren sido necesariamente objeto de un litigio de imprecisa naturaleza, de tal manera que el hecho de haber sido declarados los créditos por sentencia firme no determina que existe redundancia al añadir que hubieran sido objeto de litigio, que sirve para dar mayor claridad a la norma cuyo sentido se examina.»

«Considerando: Que igual solución desestimatoria merece el segundo motivo en que se ampara el recurso de casación planteado, con base en el número primero del artículo 1.692 de la L. E. C., en pretendida violación por inaplicación del artículo 1.923; cuarto, del Código civil, en relación con los artículos 17, párrafo segundo, 24, 43, 44, 248, 249 y 255 de la Ley Hipotecaria, y artículos 140, 141, 166, párrafos primero y segundo, 206 y 207 del Reglamento Hipotecario, dado que aparte de no afectar al pro-

blema en cuestión los relacionados artículos 17, 24 y 141 de la citada Ley Hipotecaria, no cabe desconocer, como se ha puesto ya de manifiesto en las sentencias de esta Sala de 28 de enero y 13 de junio de 1958, que el embargo no modifica ni afecta a la naturaleza jurídica de la obligación para cuya efectividad coactiva se decreta, ni determina preferencia alguna en cuanto al cobro del correlativo crédito, no comprendido, como en este caso ocurre, en alguno de los preceptos legales reguladores de tales preferencias, y consiguientemente no puede prevalecer frente a una sentencia de remate de fecha anterior a la otra que cubre el crédito de aquél, porque dado el carácter litigioso de ambos créditos, desde el momento que se sometieron a la ejecución judicial, es de aplicación terminante, conforme viene razonado, el artículo 1.924, 3.º A), del Código civil, que da preferencia a la sentencia en que se apoya la entidad tercerista por su fecha anterior en relación con la en que se ampara la también acreedora demandada en tercería 'Codefasa'.»

Comentario.—Esta sentencia confirma la doctrina de la sentencia de 6 de marzo de 1978, que ya fue objeto de comentario en el núm. 539 de esta Revista, pág. 920.

Según ambas, cuando se plantea una tercería de mejor derecho por quien ha obtenido a su favor sentencia de remate contra otro acreedor que también cuenta con sentencia de remate, han de compararse las fechas de las respectivas sentencias, prescindiendo de las fechas de las escrituras o documentos de uno y otro crédito, dado que el núm. 3.º del artículo 1.924 del Código civil establece en sus apartados A) y B) dos órdenes de prelación que no se interfieren entre sí.

Por nuestra parte, ya tuvimos ocasión de destacar en aquel comentario el absurdo al que puede llegarse con tal interpretación, pues cuando un acreedor insta el juicio ejecutivo apoyado en una escritura pública u otro documento auténtico, pretende que se confirme el crédito tal como viene fijado en la escritura, por lo que sería un contrasentido que obteniendo sentencia favorable, la fecha de prelación de su crédito, antes del juicio, quedase perjudicada como consecuencia de una sentencia favorable.

Ahora, después de esta sentencia, hay que reafirmarse en aquella idea contraria a la que pretende el Tribunal Supremo, pues el fundamento de la doctrina jurisprudencial es muy débil, siendo artificiosa la distinción que establece según se trate de tercerista que ha obtenido sentencia de remate o que se base en crédito que conste en escritura pública. No hay rastro en la ley de todas esas distinciones de hipótesis.

Por el contrario, hay argumentos claros dentro de la propia ley, que nos llevan a la equiparación, a efectos de prelación, entre escrituras públicas y sentencias, es decir, entre los créditos de los apartados A) y B) del número 3.º del artículo 1.924, sin más prelación entre todos ellos que el que resulta de las fechas. El último párrafo de dicho artículo bien claramente dice que «estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias». Por más imaginación que el Tribunal Supremo haya echado a la expresión «entre sí», dicho párrafo significa lo único que resulta de su texto, es decir, que «los créditos que consten en escritura pública y por sentencia firme» tienen preferencia entre ellos por el orden de antigüedad de las fechas de los respectivos documentos», y en consecuencia, existe interferencia

entre sentencias y escrituras, por existir un único orden de prelación entre las mismas. Como el Código civil está tratando de la prelación de créditos atendiendo a las fechas, lo único que le interesa en este apartado es la prelación por la fecha documental, sin que sea permitido al intérprete «inventar» una nueva prelación distinguiendo la clase de documento público en que consten. Por si no fuera suficiente, cualquier duda se resuelve aplicando lo dispuesto en el núm. 2.º del artículo 1.929, en cuya regla se dice que «los (créditos) preferentes por fechas (se satisfarán) por el orden de éstas, y los que la tuviesen común, a prorrata». La constancia del crédito en escritura pública o en sentencia firme sólo determina una preferencia por razón de la certidumbre de la fecha, sin que haya base para atribuir otra «ratio» a tal constancia.

Además, si se atribuyera a la sentencia de remate el valor que el Tribunal Supremo le atribuye, la sentencia de remate no sólo daría prelación por la fecha al crédito (que es la función normal dentro del número 3.º del artículo 1.924 del Código), sino que tendría una extraña función constitutiva y extintiva de fechas, que no resulta del Código, pues se desconocería el valor de la fecha de la escritura pública, a pesar de que desde el punto de vista histórico, ha sido la fecha de la escritura la que ha servido de patrón o antecedente para que entrara en el Código civil, por equiparación, la fecha de la sentencia.

Efectivamente, en el Proyecto de 1851 no se aludía para nada a la «fecha de la sentencia», sino sólo a la de la escritura. En el artículo 1.928, grado quinto, de dicho Proyecto, se lee que «con el precio de los bienes no comprendidos en los artículos anteriores (se pagarán) los créditos que constan en escritura pública, y aquellos cuya data sea cierta, según lo dispuesto en el artículo 1.209». Obsérvese que aparece en primer plano el crédito escriturario, y sólo por asimilación, se alude a otros créditos cuya *data sea cierta*. Se hace remisión al artículo 1.209, que es el equivalente al actual artículo 1.227 del Código civil, relativo a los casos de documento privado de fecha fehaciente.

En el Anteproyecto 1.882-1.888 aparece ya la sentencia firme junto a la escritura pública. Pero el examen histórico apuntado permite sentar la conclusión de que la sentencia firme no fue pensada como un sustitutivo de la escritura pública, a efectos de prelación, sino como un documento que también podía dar autenticidad a la fecha del documento, cuando éste no tenía otra fehaciente por ser documento privado. Por tanto, habiendo entrado la sentencia por la puerta de atrás en el Código y después de la escritura pública, mal cabe interpretar que se tiene que anteponer a ella, prevaleciendo su fecha sobre la de la escritura pública que precisamente es confirmada por la sentencia, en el supuesto que imaginamos.

Además, sería absurdo atribuir un papel esencial o prevalente a la fecha de la sentencia, a efectos de la prelación de créditos, pues todo dependería entonces de la mayor lentitud o rapidez de cada uno de los Juzgados, de las pruebas o alegaciones correspondientes y de la mayor o menor oposición de los respectivos deudores. ¿Qué fundamento existe para pensar que un crédito reconocido en sentencia de remate anterior es preferente? Si se da un valor omnipotente a tal sentencia, la contestación no es fácil. En cambio, si se pone a la sentencia en el lugar que le corresponde, cabe encontrar una explicación. Si el crédito no consta en

escritura pública ni es de los que se consideran privilegiados, no goza de ninguna preferencia (así lo dice el artículo 1.925 del Código civil). Y tal crédito se paga sin consideración a su fecha, según la regla tercera del artículo 1.929 del Código. Pues bien, antes de dejar a tal crédito en la masa común, sin ninguna preferencia, cabe «ccharle una mano» si tiene una fecha fehaciente por estar consignado en una sentencia firme. Por equiparación con la escritura pública, ese crédito es elevado por el Código (apartado B del núm. 3.º del artículo 1.924) a la categoría de preferente por razón de su fecha fehaciente. Pero todo esto quiere significar que no es que la sentencia cobre una importancia, a efectos de prelación, más allá de dar prelación por su fecha. Por ello, mal puede borrar la fecha que tuviera el crédito que, antes de la sentencia, constase ya en escritura pública. Es más lógico imaginar que se refiere al crédito que no constaba en escritura pública y que la sentencia le da fecha fehaciente. En otro caso, la sentencia le quitaría la fecha de la escritura pública, lo que no cabe dentro del texto y de la «ratio» del artículo 1.924 y 1.929, en contra de lo que patrocina el Tribunal Supremo.

Para comprobar que la posición del Tribunal Supremo no es convincente, hay que advertir que la regulación del Código civil se refiere al «concurso de acreedores», es decir, a la concurrencia de muchos acreedores y en tal supuesto iba a ser muy difícil hacer esas distinciones de hipótesis que hace la sentencia según se ejercite la tercería de mejor derecho antes o después de una sentencia de remate. Y es que el Tribunal Supremo viene dándonos una doctrina de los diferentes aspectos de la prelación de créditos, que es «parcial» y «troceada», como consecuencia de examinar problemas concretos de tercería de mejor derecho en que sólo están frente a frente dos acreedores determinados. Pero si se analiza el problema desde la perspectiva del «concurso de acreedores», es decir, de la concurrencia de numerosos acreedores, se verían los absurdos a que llevan ésta y otras soluciones pensadas sólo para casos concretos de tercerías. Y si no, véase el desesperante ejemplo que expusimos en el comentario del núm. 539 de esta Revista, pág. 930, por no citar alguno que otro del que también nos ocupamos hace ya más tiempo.

Que el Tribunal Supremo está jugando con fuego en este tema de la prelación de créditos, se comprueba en este caso, observando la contestación que da al recurrente cuando éste le pone en el grave aprieto interpretativo del núm. 4.º del artículo 1.923 del Código civil. Todos sabemos que las anotaciones preventivas de embargo dan preferencia sólo respecto a créditos posteriores a ellas. Pues bien, cabe preguntarse: ¿es preferente una anotación preventiva de embargo, que atendiendo a su asiento de presentación, como la del presente supuesto, es de fecha posterior al crédito consignado en una póliza intervenida por Corredor de Comercio, pero anterior al de la sentencia de remate que obtuvo el titular de dicha póliza? Para quien, como nosotros, diga que hay que estar a la fecha de la póliza (apartado A del núm. 3.º del artículo 1.924 del Código civil), la contestación es que la anotación preventiva de embargo no tiene preferencia. Pero para quien, como el Tribunal Supremo, entiende que la fecha de la sentencia de remate borra la fecha del documento (apartado B del núm. 3.º del artículo 1.924), no se explica por qué esa sentencia de remate iba a dar preferencia respecto a la anterior anotación preventiva de embargo. No obstante, la presente sentencia quiere salir del atolladero recurriendo

al «aspecto documentado» del crédito del tercerista, es decir, a la fecha de la póliza, sin darse cuenta, al parecer, de que ello es contradictorio con la posición que acababa de mantener relativa a que lo que da «fecha» al crédito en estos casos es sentencia de remate y no la póliza.

Hay que tener en cuenta, y esto no siempre se advierte, que si no fuera por la autenticidad de la fecha del crédito que se opone a la anotación de embargo, ésta sería preferente, aunque se tratase en realidad de crédito anterior. Argumento: el núm. 4.º del artículo 1.923 en relación con los artículos 1.925 y 1.929, regla tercera, de modo que la referencia a «créditos posteriores» del núm. 4.º del artículo 1.923 no tiene interés si se trata de créditos comunes, ya que en éstos, a efectos de prelación, no existe fecha ni preferencia, pues el artículo 1.925 dice que «no gozarán de preferencia los créditos de cualquiera otra clase, o por cualquiera otro título, no comprendidos en los artículos anteriores»; y la regla tercera del artículo 1.929 contempla el último orden del escalón prelativo aludiendo a «los créditos comunes a que se refiere el artículo 1.925, sin consideración a sus fechas». Luego si no se consideran sus fechas, es que no se refiere a ellos el núm. 4.º del artículo 1.923, y por tanto, es siempre preferente a los mismos la anotación de embargo. De aquí la importancia de precisar la fecha del crédito, desde la perspectiva del núm. 3.º del artículo 1.924, para su comparación o contraste con la anotación de embargo del núm. 4.º del artículo 1.923.

CONCEPTO DE HELECHAL EN NAVARRA. EL HELECHAL COMO DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE HELECHOS Y NO COMO DERECHO DE PROPIEDAD. POR ESTA CAUSA, NO CABE CONSIDERAR EN ESTE CASO AL TITULAR DEL HELECHAL TERCERO HIPOTECARIO FRENTE A LA INSCRIPCION QUE CONSTA A FAVOR DEL AYUNTAMIENTO CRITERIOS EN CASO DE DOBLE INMATRICULACION (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1979).

Hechos.—Don Martín H. Lujambio formula demanda contra el Ayuntamiento de Goizueta, Excmá. Diputación Foral de Navarra y el Estado sobre reivindicación de fincas rústicas, suplicando se dictara en su día sentencia por la que se declarase que el «helechal» descrito en el hecho primero de la demanda pertenece en pleno dominio al actor y que la «borda de acubilar ganado con su choza y el helechal pegante a la misma», también descrita en la demanda, pertenece en pleno dominio al actor y a sus hermanos; que, como consecuencia de lo anterior, se condenase a todos y a cada uno de los demandados a estar y pasar por tales declaraciones, a que hagan entrega inmediata de las fincas, absteniéndose de todo uso, disfrute o utilización; que se condenase al Ayuntamiento de Goizueta a devolver al actor y a sus hermanos las fincas y beneficios obtenidos de su explotación, así como al resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por la apertura de una pista o por cualquier otro motivo. Asimismo, se solicita la declaración de nulidad y cancelación de los asientos e inscripciones que en el Registro de la Propiedad existan sobre los inmuebles discutidos a favor de los demandados.

El Abogado del Estado contestó a la demanda oponiendo a la misma que la descripción de las fincas se refiere a «helechales», por lo que niega la pretendida propiedad. El Ayuntamiento de Goizueta y la Diputación también se oponen, alegando que se trata del concepto puro de helechal como aprovechamiento, perteneciendo la propiedad a aquél.

El Sr. Juez de Primera Instancia de Pamplona núm. uno dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha ciudad.

Doctrina de la sentencia—Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Antonio Seijas Martínez, declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

«Considerando: Que en los dos primeros motivos del recurso, formulados ambos al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción por violación, respectivamente, de los artículos 348 y 349 en el primero y de la doctrina legal relativa a la acción reivindicatoria, contenida en las sentencias de este Tribunal que menciona en el segundo, motivos éstos que necesariamente han de ser desestimados con sólo tener en cuenta que en ellos el recurrente hace supuesto de la cuestión, pretendiendo que su apreciación subjetiva sobre los hechos prevalezca sobre los que como probados tiene declarados la sentencia impugnada, pues siendo la cuestión relativa al título de dominio, base de la acción reivindicatoria, una cuestión de hecho cuya apreciación corresponde al juzgador de instancia, sólo combatible por la vía del núm. 7.º de la mencionada Ley Procesal, al no haberlo hecho así el recurrente ha quedado incólume la declaración que la sentencia hace en orden a no haber justificado que los terrenos que pretende reivindicar se hallen comprendidos en las escrituras públicas de compra-venta, que ha presentado como documentos básicos de la demanda y que sólo le acreditan como titular de un mero derecho de aprovechamiento de helechos y fresnos en terrenos comunales del Ayuntamiento recurrido.»

«Considerando: Que los motivos tercero y cuarto acusan, respectivamente, infracción por violación y por aplicación indebida de la Ley 388 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, aprobada por Ley de 1 de marzo de 1973, y ambos motivos han de merecer igual suerte desestimatoria que los dos primeros, pues, según dicha disposición legal, 'bajo la denominación de «helechal», cuando este término no aparezca empleado exclusivamente para expresar la naturaleza o destino de una finca, se entienden los derechos de aprovechamientos de las producciones espontáneas de helechos de montes comunales', y al declarar la sentencia recurrida, sin adecuada y válida impugnación, que el recurrente no ha acreditado su pretendido dominio sobre las dos fincas que intenta reivindicar, sino que tan sólo le asiste el derecho de aprovechamiento de los helechales en los terrenos comunales, que ha sido transmitido a través de los años por las diversas sucesiones familiares, es visto que la referida Ley 388 ha sido aplicada correctamente por el Tribunal de instancia, guardando acatamiento a lo en ella dispuesto, y que impide pueda acogerse la violación ni la aplicación indebida que referidos motivos, tercero y cuarto, denuncian, pues con relación a la primera, no ha habido vulneración de la misma en su aplicación ni inaplicación, y respecto a la segunda, es evidente que en el caso presente se dan las circunstancias de hecho

tenidas en cuenta por el legislador para regular, en un determinado sentido, el supuesto que previene, y al no considerar la sentencia recurrida que la palabra 'helechal' en los títulos de propiedad aportados por el recurrente expresa la naturaleza o destino de las fincas a que éstos se refieren y, por el contrario, que tal denominación solamente hace referencia al aprovechamiento de helechos espontáneos en terrenos comunales, a que anteriormente se hace mención, resulta indudable la adecuación de tal declaración a la citada Ley 388 de la Compilación a que se ha hecho referencia, y así lo tienen declarado las sentencias de esta Sala de 24 de abril y 31 de octubre de 1978.»

«Considerando: Que por lo que se refiere al quinto y último de los motivos, infracción por inaplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, alegado, como los anteriores, con base en el número primero del citado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de perecer, igualmente, por cuanto la sentencia recurrida reconoce que las fincas objeto de la acción reivindicatoria 'forman parte de un monte inscrito a nombre del pueblo de Goizucta en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública en 14 de marzo de 1912, y que figura en el Registro de la Propiedad a favor de dicho Ayuntamiento, inclusión llevada a efecto sin oposición de nadie', lo que impide el reconocimiento de derechos derivados del carácter de tercero hipotecario en favor del recurrente, porque cuando, como aquí acontece, se producen inscripciones contradictorias—en favor del recurrente y del Ayuntamiento recurrido— corresponde a los Tribunales fijar el valor de los derechos respectivamente derivados de las mismas, que hay que resolver en el correspondiente juicio declarativo ordinario, como lo es el habido entre las partes y del que este recurso dimana, pues sólo a partir de la sentencia que decida el mejor derecho de los litigantes —en este caso recurrente y Corporación Municipal demandada, hoy recurrida—, es cuando serán de aplicación las consecuencias que deriven de los respectivos supuestos, atribuyendo la verdadera condición de tercero hipotecario al que su inscripción registral prevalezca, por reunir las condiciones del artículo 34, y en caso de no reunir ninguno de los titulares la condición de tercero hipotecario, han de ser las normas del Derecho civil las que resuelvan la contienda; siendo de tener en cuenta, además, que la sentencia objeto del recurso declara la no justificación, por el recurrente, del pleno dominio de las fincas objeto de la acción reivindicatoria ejercitada, reconociéndole tan sólo el derecho al aprovechamiento de los helechales en ellas comprendidos, lo que es suficiente para no reconocerle el carácter de tercero hipotecario que se atribuye, pues debió acreditar la existencia de título amparador del dominio que pretende a fin de poder compararse con el que ostenta aquel contra quien se intenta hacer valer la condición de tercero hipotecario, lo que en este caso no se ha conseguido, dado que una limitación de dominio, como lo es el derecho al aprovechamiento de helechales, que la resolución impugnada reconoce al actor recurrente, es compatible con el dominio, también inscrito registralmente, en favor de la Corporación Municipal demandada, y por ésta alegado.»

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

DIVISION DE COSA COMUN. FINCA DIVISIBLE. FORMACION DE LOTES ABONO DE FRUTOS POR EL COMUNERO ADMINISTRADOR A LOS DEMAS. ABONO DE CANTIDADES AL ADMINISTRADOR POR MEJORA DE LAS FINCAS COMUNES. INCONGRUENCIA NEGATIVA DE SENTENCIA (SENTENCIA DE 8 DE ENERO DE 1979).

Hechos.—Las tres hermanas García Nieto interponen demanda contra los hermanos Nieto Aragón y contra la señora Herrero Nieto y esposo, sobre extinción de condominio y liquidación de frutos, suplicando se dictara sentencia conteniendo los siguientes pronunciamientos: 1.º) Haber lugar a la división material de las fincas que describían en el hecho primero de la demanda, acordando que se formen los lotes correspondientes por consecuencia de la división, según proceda, a la vista de la prueba que se practique, concretando que el lote de fincas que se adjudique a las hermanas actoras sea uno solo, en el que cada una habrá de ser titular de una tercera parte indivisa, cuyo lote será concretado en la sentencia, o, alternativamente, en la ejecución de la misma; y subsidiariamente, para el caso de que se estimara que es indivisible el conjunto de fincas descritas, o que éstas desmerezcan por su división, hasta el punto de ser inservibles para el uso a que se destinan, se acuerde proceder a la venta de las mismas en pública subasta, con reparto del precio entre los comuneros; 2.º) Condenando a los demandados a que entreguen a las actoras el valor de los frutos producidos en las fincas desde el día 8 de enero de 1969, con reducción de los gastos hechos para la producción y recolección de los frutos industriales, limitando la cifra por toda clase de frutos y la reducción por gastos para la producción y recolección de los industriales, a la que corresponda a la participación indivisa de las actoras, cifrándose en un millón ochocientas mil pesetas, o alternativamente, que se señale una cifra anual por cada uno de los seis últimos años, cuya cifra sería equivalente a la renta que valiera la participación indivisa.

Comparecen únicamente los demandados Herrero Nieto y su esposo, siendo declarados en rebeldía los demás. Formulan reconvencción en la que solicitan se proceda a la división de comunidad en la forma por ellos pretendida y además, indican que «las actoras deben reintegrar a los demandados la parte proporcional al derecho de propiedad que aquéllos tienen en la finca o fincas, del importe de las inversiones o mejoras realizadas en ellas a efectos de conservación y de su mejor disfrute, conforme a lo que se acredite en prueba o se justifique en período de ejecución de sentencia» y «que el derecho a frutos de las demandantes desde el día 8 de enero de 1969 hasta la fecha de la sentencia que se dicte en el procedimiento, debe establecerse computando no sólo los gastos de producción y recolección, sino también los atribuibles al capital de explotación y a la amortización del mismo.»

El Sr. Juez de Primera Instancia de Aranda de Duero dictó sentencia decretando la extinción de la comunidad de bienes existente entre las partes respecto de las fincas descritas con los números 1, 17 y 18 (las demás no se incluyen por desistimiento de las actoras), y siendo dichos inmue-

bles jurídicamente indivisibles, se procederá a su venta en pública subasta con reparto del precio. demás, se condena a los demandados en calidad de administradores de una de las fincas, a que en concepto de liquidación de beneficios del período 1969-1975, entreguen a las actoras la suma de 1.005.653 pesetas con 50 céntimos, aparte de otros pronunciamientos.

Se interpuso recurso de apelación por ambas partes, y la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos revocó en parte la sentencia del Juzgado, declarando que la finca Coto Valverde es susceptible de división material y debe repartirse entre las actoras y demandadas en proporción a sus respectivas participaciones, lo que se efectuará en ejecución de sentencia, formándose lotes de igual valor por el perito que señalaba o quien lo sustituyese, ateniéndose a lo que se indicaba, y se adjudicaría a las interesadas por acuerdo entre ellos, y de no lograrse dicho acuerdo, por sorteo. Condena a los demandados a que abonen a las actoras la cantidad de 1.760.090 pesetas, manteniéndose en lo no afectado la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte demandada, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara haber lugar al recurso sólo en un extremo, manteniendo la sentencia de la Audiencia en lo demás, y destacando lo siguiente:

1.º) En cuanto al problema de la congruencia o incongruencia de la sentencia, el Tribunal Supremo entiende que no existe incongruencia en el aspecto de conceder más de lo pedido, ya que la cantidad señalada por abono de frutos está dentro del límite cuantitativo de la demanda, y se refiere a un período de tiempo, 1969-1975, que cabe dentro de los módulos superiores de tiempo que señalaban ambas partes. Tampoco se da la incongruencia por la modalidad de asignación de lotes que ofrece la sentencia de la Audiencia, al referirse a lo que establezca un perito en ejecución de sentencia, ya que en la demanda se decía que el «lote podrá ser concretado en la sentencia», lo que posibilita el pronunciamiento de la Audiencia.

En cambio, aprecia incongruencia negativa de la sentencia, por no haberse pronunciado el fallo en relación con la petición de la reconvención de los demandados de que las actoras les debían reintegrar la parte proporcional del importe de las inversiones y mejoras realizadas en las fincas a efectos de conservación y de su mejor disfrute, casando en este solo aspecto la sentencia de la Audiencia.

2.º En cuanto al problema de la conexión entre percepción de frutos y obligación de abonar los gastos hechos para su producción, se pronuncia así el considerando 3.º: «Considerando: Que en trance de pronunciarse sobre el motivo cuarto, que, amparado en el núm. 1.º del artículo 1.692 de la precitada Ley de Trámites civil, formulan los expresados recurrentes por alegada violación de los artículos 356, 393, párrafo primero, y 453, todos ellos del Código civil, su inconsistencia, y consiguiente desestimación, emana de que la normativa que contienen dichos preceptos legales, referente a que el perceptor de frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación, en proporción a las respectivas cuotas de los interesados y en

orden a los gastos necesarios y útiles, se contrae única y exclusivamente a aquellos aspectos, ya tenidos en cuenta por la Sala sentenciadora de instancia, pero no a las mejoras afectantes a los bienes que han quedado formando parte de la explotación, y subsistan en la actualidad, pues en cuanto se contraen a un incremento de valor de los bienes en sí, y no a la mera percepción de frutos, guardan independencia con relación a éstos, como lo dan ya a entender los propios recurrentes al establecer, por vía reconvenicional, la pretensión reiterada en duplica, de que las otras reconvenidas deben reintegrar a los demandados reconvinientes «la parte proporcional al derecho de propiedad que aquéllas tienen en la finca o fincas mencionadas—refiérese a las que en definitiva han sido objeto de litis—del importe de las inversiones y mejoras realizadas en ellas a efectos de conservación y de su mejor disfrute», conforme a lo que se acredite en prueba o se justifique en período de ejecución de sentencia, «y cuyo aspecto del debate judicial planteado, al estimar los tan meritados recurrentes que ha sido omitido en la sentencia recurrida lo hacen aquéllos objeto del motivo primero de casación que será posteriormente examinado». Esta cuestión la ha resumido con anterioridad en el apartado 1.º, resultando en consecuencia que el Tribunal Supremo entiende que debe separarse el problema del abono de los frutos, que está bien fijado por la Audiencia, del problema de las inversiones o mejoras, cuestión esta última en la que acabamos de ver que el Tribunal Supremo aprecia incongruencia de la sentencia, porque entiende que debió decidirse sobre tal extremo, pero como cosa aparte de la cantidad señalada para pago de frutos.

3.º) En cuanto al problema de la divisibilidad o no de las fincas, está el Considerando 4.º, que dice: «Considerando: Que también procede desestimar el motivo quinto, que amparado como el anterior en el núm. 1.º del repetido artículo 1.692 de la Ley Rituaria Civil, se fundamenta por los recurrentes tan aludidos en pretendida interpretación errónea de los artículos 400, párrafo 1.º; 401, 402, párrafo 1.º, y 406, todos del Código civil, en relación con los artículos 1.088 y 632 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque al basarse tal motivo, con apoyo en dichos preceptos legales, en pretendida indivisión de las fincas de que se trata, hace supuesto de la cuestión, tratando de sustituir los recurrentes con su propio criterio el de la Sala sentenciadora, lo que no es procedente, según ya tiene declarado este Tribunal en sentencias, entre otras, de 21 de diciembre de 1918, 14 de diciembre de 1920, 28 de junio de 1921, 3 de diciembre de 1923 y 20 de febrero de 1940, ya que, conforme proclaman las de 30 de abril de 1948 y 27 de octubre de 1965, en casación es norma indeclinable el respeto a los hechos que, como probados, contenga la sentencia dictada en la instancia, si aquéllos, cual no ha sucedido en el caso ahora examinado, no son impugnados eficazmente, por el cauce o vía que, al objeto, abre el número séptimo del precitado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo mantiene la sentencia de la Audiencia y únicamente añade el pronunciamiento respecto a la reconvenición de los demandados, en el sentido de que procede que se les pague por parte de las actoras las inversiones o mejoras realizadas en las fincas, todo ello en trámites de ejecución de sentencia.

J. M. G. G.

2.º JURISPRUDENCIA MERCANTIL

POR R. SÁNCHEZ DE FRUTOS

II. SOCIEDADES

A) SOCIEDADES ANONIMAS

CENSORES DE CUENTAS. LA CALIDAD DE ACCIONISTAS DEBE CONCURRIR NO SOLO EN EL MOMENTO DE SU NOMBRAMIENTO, SINO TAMBIEN EN EL QUE EFECTUAN LA CONTABILIDAD (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1980).

Conforme al artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas, la condición de accionista en los censores de cuentas es relevante, no simplemente en el momento del nombramiento, sino también en el de su actuación, pues de otra forma no tendría sentido que el párrafo de la exposición de motivos se refiera al informe de los censores de cuentas como «informe de los accionistas», a los que califica posteriormente como censores de cuentas, excluyendo por tanto a los que hubieran sido accionistas, pero ya no lo son.

La Ley exige de forma palmaria la condición de accionista en el momento en que efectúan el examen de la contabilidad, que es en el plazo máximo de un mes, tras la elaboración de las cuentas anuales por los Administradores, una vez terminado el ejercicio anual (art. 102).

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. EN CASOS ESPECIALES ESTAN LEGITIMADAS LAS MINORIAS QUE SE OPUSIERON A LOS ACUERDOS SOCIALES EN ACTA NOTARIAL, AUN ANTERIOR A LA ADOPCION DE LOS ACUERDOS (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1978).

La Jurisprudencia, interpretando el artículo 69 de la Ley de sociedades anónimas, proclama que no basta que conste en acta el voto contrario al acuerdo adoptado, sino que además se exige—como el precepto tiene buen cuidado de señalar—que conste en acta también la manifestación expresa de oposición a dicho acuerdo, cuya manifestación tiene que ser expresada precisamente después de la emisión y recuento de los votos, de los que

sale la adopción del acuerdo; pero esto, que se exige en circunstancias normales, puede ser sustituido por la manifestación previa, realizada ante Notario, en la que se haga constar que de antemano se opone a los acuerdos que vayan a adoptarse en favor de los puntos contenidos en el orden del día, cuando, como ocurrió en el caso de autos, el Presidente del Consejo de Administración, en el momento en que iba a comenzar a celebrarse la Junta, expresa «que no aceptan la presencia del Notario autorizante a las Juntas a celebrar»; porque, de otra manera, quedarían desamparadas las minorías, cuando de antemano saben que la votación las ha de ser adversa, y que incluso corren el riesgo de que no se les haga constar en el acta su manifestación de oposición a los acuerdos adoptados.

De no admitirse esta equivalencia, se convertiría a las mayorías en árbitros para hacer inimpugnables los acuerdos adoptados, pues les bastaría con no hacer constar en el acta de la Junta la manifestación de los minoritarios respecto a la impugnación, a fin de dejarlos privados de la legitimación necesaria para recurrir judicialmente.

Nota: Cfr. con sentencias de 30 de enero de 1976 (núm. 522, pág. 1117 de esta Revista), 5 de enero de 1978 (núm. 531, pág. 484, también de esta Revista) y la de 4 de marzo de 1980, que extractamos seguidamente.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. LEGITIMACION (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1980).

Una vez adoptados los acuerdos sociales impugnados, con el voto en contra del accionista demandante en la litis, éste no hizo constar en acta su oposición a los mismos, lo que determina una falta de legitimación en el demandante para accionar en el proceso, al ser reiterada la Jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en las sentencias de 5 de enero de 1978, 30 de enero de 1976, 19 de enero de 1974, 10 de diciembre y 27 de abril de 1973, 21 de octubre de 1972 y 30 de enero de 1970, según la que es de exigencia para los accionistas que concurrieron a la Junta en que fueron adoptados los acuerdos sociales que se traten de impugnar por la vía que regula el artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, como requisito previo de legitimación o procedibilidad para el ejercicio de su derecho, el haber hecho constar en el acta de la Junta su oposición a los mismos, no siendo suficientes a tales efectos la mera emisión del voto contrario a la aprobación del acuerdo o acuerdos, ya que no existiendo éstos en tanto no se verifique el recuento de los votos obtenidos y sea proclamado el resultado de la votación, los disidentes no pueden manifestar sino con posterioridad a dichos momentos en que el acuerdo se perfecciona o adquiere consistencia jurídica, su voluntad de oponerse al mismo, y sin que sea óbice para la aplicación de esta doctrina lo establecido en la sentencia de 11 de noviembre de 1978, citada por el recurrente y cuyas afirmaciones no es dable generalizar al ser única respecto al supuesto que contempla.

JUNTAS GENERALES. SOLICITADA LA CELEBRACION DE LA JUNTA GENERAL POR UN GRUPO DE SOCIOS, SON NULOS LOS ACUERDOS ADOPTADOS EN ELLA POR PRESCINDIR DE DELIBERAR Y PRONUNCIARSE ACERCA DE UN ASUNTO INCLUIDO EN LA SOLICITUD (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1979).

PLAZO DE DURACION DE LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD; NO PUEDE SER INDEFINIDO (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1978).

Hechos.—Acordada en Junta general extraordinaria de accionistas la modificación del correspondiente artículo de los Estatutos sociales, en el sentido de que los administradores de la sociedad se nombran por tiempo indefinido, se interpuso por uno de los socios demanda de impugnación de dicho acuerdo social, a la que accedió la correlativa sentencia. Recurrida por la sociedad demandada, es confirmada por el Tribunal Supremo, según la siguiente doctrina:

Los acuerdos adoptados en la Junta general extraordinaria de accionistas de la entidad demandada relativos a la modificación del artículo ... de los Estatutos sociales y al nombramiento por tiempo indefinido de los administradores en ella designados, no tiene presente: A) Que el párrafo primero del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone que los administradores nombrados con arreglo a las normas que contiene el apartado *h)* del núm. 3 del artículo 11 de dicha Ley, «no podrán ejercer sus cargos por un plazo mayor de cinco años», aun cuando se les autorice para ser «indefinidamente reelegidos», y que el párrafo primero del artículo 73 agrega que cuando el órgano gestor esté confiado a varias personas conjuntamente, su «renovación sólo podrá hacerse parcialmente», con lo que el legislador, abandonando el criterio mantenido en los artículos 132 y 148 del Código de comercio, respecto a los representantes de las compañías mercantiles colectivas y comanditarias, adoptó como características consustanciales de las anónimas, aparte de otras, las notas de *temporalidad*, *renovabilidad* parcial y escalonada y *reelegibilidad* de sus gestores, a fin de que éstos sean siempre personas de su confianza, realidad que no se conseguiría, si la limitación en el tiempo se concretase únicamente a los primitivamente designados y no a los que ulteriormente les sucedan en la realización de su cometido, dado que, al ser éstos continuadores de aquéllos, según se desprende del juego de los artículos 11, 72 y 73, antes mencionados, no existe razón alguna para diferenciarlos, en virtud de la máxima: *Ubi est eadem ratio, debet esse eadem juris dispositio*, y dado además que, de otra forma, quedarían prácticamente inoperantes los principios de renovación y reelegibilidad a que antes se ha hecho referencia, aparte de que el párrafo segundo del artículo 73 alude al «plazo para que fueran nombrados los administradores», expresión que claramente revela que en el ánimo del legislador, al que hay que atenerse en la interpretación de las normas, de acuerdo con el número 1 del artículo 3 del Código civil, estuvo presente la idea de señalar un período de tiempo determinado para el desempeño de sus funciones y no un *dies an incertus quando*, pues que el adverbio *indefinidamente* utilizado por el artículo 72,

en que pretende apoyarse la opinión contraria a esta tesis, según el Diccionario Oficial de la Lengua, es sinónimo de inacabable, y los nombramientos realizados de esa forma, según la sentencia de 3 de diciembre de 1954, son inadmisibles, por equivaler lo indefinido a falta de plazo conocido, sin que a ello obste la redacción del párrafo primero del artículo 72, porque aquel adverbio, colocado inmediatamente antes de la palabra *reelegidos*, proclama, sin el menor género de dudas, que el mismo se conecta de modo directo con la reelección o nueva elección de dichos señores y no con su primer nombramiento, ya que aquélla inevitablemente ha de producirse después de éste; B) Que una interpretación contraria llevaría consigo la imposibilidad de utilizar los derechos de reelección y renovación parcial, respectivamente reconocidos en los párrafos primeros de los artículos 72 y 73; el primero por resultar incompatible con el nombramiento ilimitado de los órganos gestores, y el segundo, porque la renovación parcial del consejo de administración, aplicable a todos ellos cualquiera que sea la época de su nombramiento, puesto que el artículo 72 no establece diferenciación alguna entre ellos, presupone siempre, como requisito insoslayable, el que las designaciones se hayan hecho por tiempo distinto y escalonado, a fin de que las vacantes se vayan produciendo gradualmente y porque no deben confundirse estas renovaciones con la regulada en el párrafo segundo del artículo 72, o con la establecida en el 75, puesto que aquélla prevé el supuesto normal del cese de los administradores por el transcurso de tiempo para que fueron nombrados, mientras que el párrafo segundo del mismo artículo contempla la forma extraordinaria de cese por fallecimiento, incapacidad o renuncia y el 75 por separación acordada en Junta general, que puede acordarse sin necesidad de justa causa (sentencias de 13 de mayo de 1975, 23 de febrero y 20 de noviembre de 1967 y Resolución de la Dirección General de los Registros de 13 de mayo de 1974) y aun cuando ello no figurase en el orden del día de la Junta en que se llegue a semejante decisión (sentencias de 31 de enero de 1969 y 30 de abril de 1971); C) Que, de mantenerse la tesis propugnada por la parte recurrente, se convertirían en ilusorios los derechos establecidos por la Ley en defensa de las minorías, como el de su posibilidad de acceder al consejo de administración por el sistema de cociente o de representación proporcional a que se refiere el párrafo primero del artículo 71; el de tener ocasión de participar en la renovación parcial, sancionada en el párrafo primero del artículo 73, invocando la cifra de su capital, que podría darle un puesto en el consejo, de conformidad con el artículo 71; y el de su preferencia sobre los no accionistas, para cubrir provisionalmente las vacantes que se fueran produciendo por causas ajenas a la expiración del plazo para que fueron nombrados los administradores, por lo que, cualquier acuerdo adoptado en Junta de accionistas que desconozca estos derechos, implicaría por parte de los mayoritarios un *concilium fraudis*, basado en la fuerza de sus votos y amparado en la norma de cobertura que les brinda el artículo 84 de la Ley especial, con la finalidad de burlar los preceptos indicados y con la consecuencia de incurrir en el número 4 del artículo 6 del Código civil; y D) Que éste es el criterio mantenido por la práctica mercantil, por la sentencia de esta Sala de 3 de mayo de 1956 y por la Resolución de la Dirección General de los Registros de 18 de abril de 1958 y el que más concuerda con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 115 del Reglamento de 14 de diciembre

de 1956 y con la doctrina sentada en la Resolución de 24 de mayo de 1974, así como el predominante en los textos legislativos extranjeros promulgados a partir de 1962.

REPRESENTACION VOLUNTARIA Y LEGAL DE LA SOCIEDAD ANONIMA. IMPUGNACION DE ACUERDOS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1979).

Existe una clara y precisa distinción entre la representación legal y la representación voluntaria, en cuanto mientras la primera encuentra estrictamente su fundamento en la Ley, y por tanto fuera del ámbito de la autonomía privada, la segunda tiene su causa en el hecho de que el representado confiere voluntariamente su representación al apoderado, teniendo en cuenta su origen en dicha autonomía privada y encontrando en ella la razón de su eficacia, revelando en definitiva, que en el ordenamiento jurídico español, mientras la representación voluntaria es una mera concesión de legitimación de representante, la representación legal emana de un poder de representación que descansa inmediatamente en una disposición legal, así como que el fenómeno de la delegación interna que confieren los artículos 77 y 78 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, por derivación de la normativa representativa que al consejo de administración confiere el artículo 76 del mismo Cuerpo legal, se mueve en el ámbito de la representación legal, de tal manera que cuando dicho consejo en vez de acudir a tal modalidad representativa de delegación en favor de una comisión ejecutiva de su seno o uno o más consejeros que autorizan los mencionados artículos 77 y 78 de la invocada Ley de Sociedades Anónimas, trasvasa sus facultades a favor de persona distinta, o sea de persona que no es miembro del referido consejo o integrante de su seno, está apoderando, es decir, confiriendo la representación voluntaria o apoderamiento que posibilita el párrafo primero del precitado artículo 77, «in fine», de la Ley de Sociedades Anónimas, dado que, como revela ese precepto, la delegación ha de recaer sobre una persona o sobre varias personas pertenecientes al consejo («de su seno», dice el referido artículo 77), de tal manera que los delegados del consejo son representantes legales de la sociedad, aunque su designación tenga carácter voluntario para el consejo, en tanto que los apoderados no son representantes legales, entendida esta acepción en sentido estricto, sino voluntarios, lo que determina que los delegados del consejo son órganos de la voluntad de la sociedad con el mismo rango que el consejo de administración, del cual constituyen una parte dotada de facultades autónomas, y en cambio los apoderados no son órganos de la voluntad societaria, con lo que no asumen, a diferencia del órgano representativo, la dirección de los negocios sociales, sino que sus facultades son siempre subordinadas, aun en el caso de que sus poderes sean muy amplios, en virtud de que mientras los delegados del consejo de administración ejercen sus facultades por conferimiento de un poder, exigente de la formalidad de la escritura pública a que hace referencia expresa la sentencia de este Tribunal de 23 de mayo de 1955, por la sencilla razón de que la delegación sólo es posible cuando existe un órgano colegiado, ya que el administrador aislado no puede dele-

gar en otro sus funciones, el apoderamiento es posible tanto si existe el consejo de administración como si existen administradores aislados.

El criterio de que los acuerdos adoptados por el consejo de administración, en cuanto emanan de facultades estatutarias que expresamente le vienen conferidas, no son impugnables por medio del procedimiento especial regulado por el artículo 70, en relación con los 67, 68 y 69 de la Ley de Sociedades Anónimas, es consecuencia de la doctrina ya sancionada por esta Sala en sentencias de 17 de noviembre de 1972, 23 de marzo de 1974 y 30 de marzo de 1978, porque, en primer lugar, aquellos artículos se incluyen en la Sección primera del Capítulo IV de esta Ley de Sociedades Anónimas, en la que se regula exclusivamente la actuación de las Juntas generales de accionistas, bajo la rúbrica «De la Junta General», mientras que los artículos referentes a la administración de la sociedad se incluye en la Sección segunda del mismo Capítulo IV, bajo el título «De los Administradores», de donde se infiere claramente que si ese procedimiento especial de impugnación de los acuerdos sociales regulado en dicho artículo 70 hubiera de abarcar también a los acuerdos del consejo de administración no se habría incluido tal artículo en la citada Sección primera, sino que se integraría en la Sección tercera, destinada a regular cuestiones comunes a las Juntas generales y a los administradores; en segundo lugar, el artículo 69 de aquella Ley especial es expresivo al disponer que «están legitimados para el ejercicio de las acciones de impugnación, los concurrentes a la Junta que hubieren hecho constar en acta su oposición al acuerdo impugnado, los accionistas ausentes y los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto», con lo cual, sólo legitima para impugnar acuerdos sociales a los accionistas concurrentes a la Junta—y no al consejo—, a los ausentes de la Junta—y no del consejo— y a los privados ilegítimamente de emitir su voto en la Junta—y no en el consejo—, sin que se conceda legitimación activa a los consejeros oponentes, ausentes o privados del derecho de voto; en tercer lugar, porque en la norma segunda del precitado artículo 70 evidencia otra vez la Ley que sólo está regulando la impugnación de acuerdos que directamente provengan de la Junta general, pues dispone que «será Juez competente, para conocer del asunto, con exclusión de cualquier otro, el de Primera instancia correspondiente al del lugar donde se hubiere celebrado la Junta general de accionistas, y en cuarto lugar, al volver a poner de manifiesto la norma quinta del indicado artículo 70 cómo únicamente cabe sustanciar por sus trámites las impugnaciones de los acuerdos de la Junta general de accionistas, y no los acuerdos de los administradores, en cuanto establece que las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad, y en el inciso final de tal norma quinta legitima activamente para este proceso de impugnación sólo a los accionistas, sin mencionar para nada a los administradores, que pueden no ser accionistas.

TRANSMISIBILIDAD DE ACCIONES REQUISITOS DE LOS PACTOS A ELLA REFERENTES. DERECHO TRANSITORIO (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1978).

Con referencia a situaciones creadas con anterioridad a la Ley de 17 de julio de 1951, esta Sala había ya proclamado la validez del acuerdo

sobre limitación de la transmisibilidad de las acciones establecido en los Estatutos o adoptado en Junta general, conforme al principio de la autonomía de la voluntad contractual y en tanto no fueran quebrantados los límites que fija el artículo 1.255 del Código civil (sentencia de 30 de marzo de 1955); restricciones luego contempladas en el artículo 46 de la vigente normativa, que declara su fuerza con relación a la sociedad cuando figuran en los Estatutos, siquiera tales cláusulas deban ser acordadas de manera expresa y su contenido interpretado restrictivamente, según tiene declarado la sentencia de 17 de abril de 1967 en razón de su misma excepcionalidad y de la naturaleza capitalista de la sociedad anónima, basada en el objetivo del *intuitu pecuniae* y por lo mismo alejada, en principio, del *intuitu personae* propio de entidades familiares, que hallan su adecuado lugar en otro tipo de sociedades, como también advirtió la Dirección General de los Registros en su Resolución de 15 de marzo de 1974.

Siendo incuestionable, pues, la validez de las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de la acción a tenor de lo dispuesto en los artículos 46 y 85, párrafo tercero, ya se introduzcan en el momento fundacional o en reforma posterior, la licitud de las cláusulas limitativas resulta, por lo tanto, irrefutable (sentencias de 28 de junio de 1958 y 1 de julio de 1961), cualquiera que sea el procedimiento condicionante de la negociabilidad de los títulos, en la práctica manifestado bien mediante cláusulas de tanteo, que otorgan a todos o parte de los accionistas un derecho de adquisición preferente sobre las acciones que otro se propone ceder, bien tendiendo al sistema de aprobación o consentimiento, que subordina la eficacia de la transmisión frente a la sociedad al hecho de que el ente societario la autorice; y en cuanto a si es permitido a los Estatutos restringir la transmisibilidad aun entre los accionistas, problema no aludido en los citados artículos, con fundado criterio entiende la doctrina que puede convenir al interés social no sólo evitar el ingreso de personas extrañas, sino mantener un *statu quo* inicial, esto es, el equilibrio económico y político pactado en el acto fundacional, impidiendo que se altere la participación de los accionistas en el capital social y por consiguiente su influencia en el gobierno de la sociedad.

La cuestión tocante a la eficacia de la enajenación realizada vulnerando las restricciones estatutarias impuestas a las acciones nominativas, ha de ser resuelta, siguiendo la común opinión de los autores patrios, en el sentido de que prescindiendo de las consecuencias obligacionales del negocio causal en el orden interno o *inter partes*, la sociedad viene facultada para desconocer como accionista al adquirente, negándose a inscribirle en el libro registro especial a que hace referencia el artículo 35 y a conceptuarle legitimado para el ejercicio de los derechos sociales, que es en definitiva el efecto previsto por el artículo 46 mencionado, en cuanto dispone que las limitaciones a la libre transmisibilidad de la acción serán válidas frente a la sociedad cuando estén expresamente impuestas por los Estatutos.

Hay que tener en cuenta que: 1.º) Los Estatutos constituyen la reglamentación necesaria para el funcionamiento corporativo de la sociedad y sus normas habrán de ser observadas por todos los socios, pues regulan preceptivamente la vida interna de la compañía en tanto no se opongan

a disposiciones legales con valor de *ius cogens*, bien se trate de los Estatutos aceptados por unanimidad en el momento constitutivo, ya de los modificados con los requisitos de forma, publicidad y mayoría a que se refieren los artículos 84 y siguientes de la Ley. 2.º) El derecho de adquisición preferente no entraña un verdadero derecho de retracto y por ello pese a la calificación lata de «tanteo» no es admisible la cláusula de *preemptio* a la institución regulada en los artículos 1.636, 1.637 y 1.638 del Código civil, y en este sentido hace notar la doctrina que mientras en el tanteo común o propiamente dicho son los propios contratantes quienes pactan libremente la contraprestación, por el contrario en la cláusula estatutaria a que se alude, el precio viene determinado ordinariamente con sujeción a bases preestablecidas y atendiendo a métodos objetivos, y de otro lado mientras que el retracto presupone una enajenación válida seguida de la subrogación en favor del retrayente, el acto dispositivo realizado infringiendo la cláusula de tanteo se reputa nulo frente a la sociedad, de manera que el ejercicio del derecho preferencial se traduce en un contrato único por lo mismo que estima no consumada la transmisión efectuada con inobservancia de los Estatutos. 3.º) Las cláusulas que determinan el precio de venta de las acciones, bien se haga con sujeción a cauces reglados—como es frecuente—, bien se utilice la fórmula de fijación discrecional por referencia a juicio de tercero, están revestidas de incuestionable validez cuando las restricciones han sido acordadas en el momento fundacional de la sociedad, o si lo han sido con posterioridad, el accionista vendedor no acudió al beneficio del plazo que le concede el artículo 85, párrafo tercero, de la Ley.

III. TITULOS VALORES

ACCION CAMBIARIA. PUEDE EJERCITARSE TANTO POR LA VIA EJECUTIVA COMO POR LA ORDINARIA (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1979).

El ejercicio de una acción cambiaria, esto es, derivada de una letra de cambio adornada de todos sus requisitos legales y debidamente protestada en tiempo y forma por falta de pago, tanto lo puede ser por vía ejecutiva como por la ordinaria; es más, precisando la vía ejecutiva el reconocimiento previo que de su firma hagan ante el Juez el librador, avalista o endosante, es claro que, como en el supuesto de autos, de no mediar tal reconocimiento, sólo podrá ejercitarse la acción cambiaria por vía ordinaria para poder probar la certeza de la firma; pero sin que por otra parte signifique que la letra pierda su carácter de negocio abstracto y consecuentemente sin que puedan traerse más excepciones que las derivadas de la letra, mas no del contrato subyacente o causa de la misma, del que se presenta y surte sus efectos completamente desligada.

IV. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

CLAUSULAS EN LOS CONTRATOS. REQUISITOS PARA SU OBLIGATORIEDAD (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1978).

La cláusula de sumisión a Tribunales no puede tener efectividad toda vez que, escrita en letra de imprenta, de tamaño diminuto, extendida fuera del texto del contrato, al margen izquierdo de una hoja de papel con membrete de la sociedad, que en unión de otras dos sirvió para extender por escrito ese contrato, y en sentido vertical respecto a dicho texto, no obliga a la parte a quien se pretende afectar al no aparecer firmada y aceptada por ella.

COMPRAVENTA MERCANTIL. COMPETENCIA (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1979).

Según constante doctrina de esta Sala en las contiendas sobre reclamación del pago total o parcial del precio correspondiente a un contrato de compraventa mercantil, sin que se haya señalado el lugar de cumplimiento de la obligación, la competencia para conocer del proceso viene atribuida al Juez de aquel donde tiene su establecimiento el vendedor, de conformidad con lo prevenido en la regla primera del artículo 62 de la Ley adjetiva en relación con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.500 del Código civil, aplicable por remisión del artículo 50 del Código de comercio, pues las mercaderías se entienden entregadas en la sede de domiciliación de la empresa vendedora salvo pacto en contrario, sin que las circunstancias de haber sido giradas letras de cambio para el cobro tenga más alcance que una mera facilidad de pago concedida al comprador, que no altera el fuero de la obligación (sentencias de 8 y 23 de febrero, 13 y 17 de marzo, 24 de abril y 18 de noviembre de 1972, 13 y 15 de enero y 24 de septiembre de 1975 y 24 de marzo de 1977, entre otras muchas); doctrina aplicable cuando no figura en los documentos aportados el concepto en que viajó la mercancía recibida, y con mayor razón si se trata de remesa a portes debidos, pues si es así son enviados los géneros a la consignación del comprador, hay que suponer que fueron transportados por cuenta y riesgo del adquirente y en consecuencia que la entrega se realizó en el establecimiento mercantil de la entidad vendedora (sentencias de 25 de septiembre, 4 y 13 de octubre y 2 y 7 de diciembre de 1943, 22 de septiembre de 1944, 29 de febrero de 1972, 26 de marzo y 16 de octubre de 1976, etc.).

Nota: Pueden verse en esta Revista los números 440-441, 454, 484 y 522, páginas 185, 741, 708 y 1123, respectivamente.

R. S. DE F.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

LA DIALECTICA: MOMENTO DE LA PETICION, MOMENTO DE LA RESOLUCION COMO DETERMINANTE DE LA ORDENACION URBANISTICA APLICABLE EN EL OTORGAMIENTO DE LICENCIAS. ¿EXISTE UNA LINEA JURISPRUDENCIAL QUE SOSTIENE QUE EL DETERMINANTE ES EL MOMENTO DE LA RESOLUCION?

I. PLANTEAMIENTO

Cuando se produce una modificación en la ordenación urbanística, precisar la incidencia de la nueva ordenación constituye un tema a veces significativamente problemático.

Con referencia específica al otorgamiento o denegación de las licencias que pidan los propietarios para poder ejercitar su *ius aedificandi*, determinar cuál es la ordenación aplicable (si la anterior o la nueva) plantea una acusada problemática. Su planteamiento en términos generales quedó trazado con anterioridad en esta misma Revista (1).

Baste recalcar, en este sentido, lo aséptico del carácter reglado de las licencias de urbanismo: el que su otorgamiento o denegación (o condicionamiento) (2) sea reglado no excluye, sino que (más claramente incluso) deja abierto el tema de determinar cuáles son las normas que constituyen la regla a que debe ajustarse la Administración.

Ante un cambio de la ordenación urbanística, aún determinado cuál es el momento de la entrada en vigor de la nueva y aparte otros problemas, queda incluso abierta la cuestión de a qué momento del procedimiento para resolver sobre la licencia pedida hay que referir la vigencia de la ordenación urbanística en orden a su otorgamiento o denegación con base en la ordenación que se entiende aplicable. Y es que, efectivamente, en numerosas ocasiones, una vez pedida una licencia conforme a la ordenación vigente, dicha ordenación resulta posteriormente modificada y sustituida por otra. En tanto lo pedido resulte ordenado de manera contradictoria en la anterior y en la nueva ordenación se plantea el problema.

(1) Concretamente en el número 541.

(2) Sobre el tema, en general, de la naturaleza del acto que resuelve sobre el otorgamiento de licencias y, en particular, del condicionado, *vid* en esta Revista el comentario del núm. 528, págs. 1039 y siguientes.

¿Será de aplicación la ordenación vigente al momento en que el particular acude a la administración, aunque con posterioridad entre en vigor otra distinta?

Esto es lo que reiteradamente viene diciendo el Tribunal Supremo.

El tema en este comentario (de jurisprudencia) se va a centrar precisamente en ver hasta qué punto es detectable una línea jurisprudencial que sostenga lo contrario.

En este sentido es de destacar cómo en una *sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1980*, al afrontarse el problema se impone un duro juicio a la sentencia apelada de la Audiencia de Barcelona por no haber sostenido la tesis esperable: que la fecha determinante de la normación urbanística aplicable es la del momento de solicitarse la licencia. La sala de la Audiencia Catalana había entendido que el Ayuntamiento de Hospitalet de Llobregat hizo bien en denegar una licencia contraria a la ordenación vigente, aunque había entrado en vigor con posterioridad a la petición.

En sus considerandos 4º y 5º el Supremo dice:

«Que el motivo concreto por el que en la sentencia apelada se desestima el recurso contencioso, es por el va referido del desdoblamiento de la planta baja y por proyectar un ático y sobreático, sobre la altura reguladora, hechos prohibidos, como hemos dicho, en la reforma de las citadas Ordenanzas; mas, hay que tener en cuenta que esta reforma no se había producido en el momento de solicitarse la licencia de construcción—en 30 de marzo de 1974—, y que ésta es la fecha determinante de la normación urbanística aplicable (sentencias de 12 de junio de 1972, 29 de septiembre de 1973, 21 de noviembre de 1974, 4 de junio de 1975, 15 de enero de 1976, 16 de enero y 24 de febrero de 1978, 17 de noviembre de 1980 y algunas sentencias más, entre ellas, algunas que se están dictando en estos últimos días), la cual, esto es, la imperante en ese momento de la solicitud, cuando aún la reforma no se había producido, no era obstáculo para la autorización de lo pretendido por el recurrente, que, por eso mismo, en derecho tiene un respaldo favorable a su pretensión, incluso, sin tener necesidad de acudir a lo establecido en la Disposición Transitoria séptima del Plan General Metropolitano de Barcelona; norma invocada por el actor en su escrito de alegaciones en esta alzada.»

«Que lo sorprendente es que en la sentencia apelada se citen algunas de las sentencias mencionadas, y alguna otra con la misma doctrina, y, sin embargo, se siga la orientación contraria, en base a una 'supuesta' línea jurisprudencial, de la que no se menciona ni una sola sentencia seguidora de la misma.»

¿Existe realmente una línea jurisprudencial que permita apoyar la conclusión que pretendía la Audiencia de Barcelona?

Con independencia del supuesto concreto de la sentencia acabada de citar, puede ofrecerse el siguiente muestreo, que como siempre no tiene carácter exhaustivo y que se limita a la jurisprudencia de los años setenta.

II. ALGUNAS SENTENCIAS EN LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL INDICADA

1. La sentencia de 3 de febrero de 1971 (BERMÚDEZ), aceptando lo considerado en la apelada, admitirá que una licencia..

« .. sometida a una condición resolutoria, cual es la de que caso de no aprobarse el Plan de urbanización correspondiente la licencia podrá anularse, conforme a los preceptos contenidos en la Ley del Suelo.»

Si es posible esto pendiente el Plan, con mayor razón se podrá denegar la licencia si el Plan está ya aprobado al tiempo de la resolución.

2. En la sentencia de 2 de marzo de 1971 (OLIVES) se anulará la denegación de una licencia contraria al «Plan Sur» de Pamplona:

«Porque dicho Plan se halla en estado de elaboración.., sin que el estado de pendencia o elaboración de una actuación de planeamiento pueda impedir el otorgamiento de licencias de construcción.»

Es decir, que si el Plan Sur hubiera estado vigente, la licencia contraria al mismo podía y debía haberse negado.

3. En la sentencia de 15 de noviembre de 1971 (BECERRIL) se acepta lo considerado por la apelada y también se anula una denegación de licencia por la C. P. U. de Alavesa en base a (cuarto considerando):

«Que al no estar suspendidas las licencias ni haberse aprobado la nueva ordenación cuando el recurrente denunció la mora, debió autorizarse su construcción.»

A sentido contrario se desprende que el Ayuntamiento podría haber denegado la licencia si antes de la denuncia de mora el Plan nuevo ya hubiese entrado en vigor, aunque no lo estuviera al tiempo de la petición de la licencia.

4. La sentencia de 12 de junio de 1972 (SUÁREZ) no llegará tan lejos como la de 3 de febrero del año anterior, pero de la misma parece desprenderse que si el Plan nuevo está vigente al tiempo de resolverse sobre el otorgamiento de la licencia, ésta puede denegarse si la construcción es contraria al nuevo Plan. Según el último inciso del considerando 4.º de la apelada:

«En el caso de que la pretendida construcción se adapte a líneas vigentes, coincidan o no con las nuevas en tramitación, y cumpla todos los requisitos de la ordenanza municipal correspondiente, no se debe condicionar ni negar la licencia, en evitación de que el interesado logre obtenerla por una sentencia judicial, y si el proyecto cuya autorización se solicita no se adapta a las líneas vigentes, aunque coincida con las futuras pendientes de aprobación, la licencia debe ser denegada.»

5. En dos sentencias de 10 de marzo de 1973 (BERMÚDEZ; SUÁREZ) se sostendrá respectivamente:

«b) Que no puede denegarse una licencia de obras so pretexto de hallarse en trámite un proyecto de ordenación, sino que los Ayuntamientos están obligados a conceder o denegarla de acuerdo con el Plan que esté vigente...; c) los Ayuntamientos han de conceder o denegar las licencias de obras ateniéndose a las ordenaciones respectivas en la materia...» (tercer considerando de la apelada).

Y que:

« el examen de la legalidad de los actos administrativos debe realizarse en base al *ordenamiento vigente en el momento en que se dicten*, y no con fundamento en posibles modificaciones de ordenamiento 'a posteriori' (cuarto considerando del Tribunal Supremo).»

6. Aunque con referencia a un Plan de iniciativa particular, la sentencia de *16 de enero de 1974* (MARTÍN) sostendrá lo mismo al decir en su última consideración:

«Que la aprobación o en su caso denegación de los Planes de ordenación que se sometan a la definitiva aprobación de la Administración, ha de llevarse a cabo *atendiendo exclusivamente a la legalidad urbanística vigente en el momento de la decisión*.»

7. En la sentencia de *25 de febrero de 1974* (BOTELLA), el Tribunal Supremo:

«Estima disconformes a Derecho cuantas condiciones restringen la licencia en los mencionados aspectos, pues tales normas... *no se hallaban aprobadas* por el organismo competente *cuando se otorgó la licencia*» (segundo considerando propio).

8. La sentencia de *31 de mayo de 1974* (SUÁREZ), con referencia a la revisión con base en el artículo 16 RSSCL de las licencias otorgadas, dirá en el sexto considerando que:

«La adopción de nuevos criterios de apreciación únicamente podrá referirse a modificación de los planes y ordenanzas *vigentes de otorgar la licencia*.»

9. En la sentencia de *30 de septiembre de 1975* (GABALDÓN) se confirmará la apelada, que declaró la procedencia del otorgamiento de una licencia y la obligación municipal de expedirla porque:

«... resulta obvio en este caso por una parte que *en el momento de dictarse el acto* recurrido no habría fundamento legal alguno para denegar la licencia a no existir el Plan y en consecuencia aquél no se ajustó a Derecho porque debió aplicar el sistema normativo entonces vigente; y por otra, que ninguna consideración puede impedir el otorgamiento de la licencia ahora que el Plan ya está vigente, porque aquélla *habrá de referirse al momento en que fue denegada*.»

10. En la sentencia de *14 de noviembre de 1975* (VIDAL), aceptándose lo considerado en la apelada (principio del tercer considerando), se hará referencia a

«la necesidad de que toda licencia se obras sea concedida o denegada en función de la *legalidad vigente al tiempo de decidir sobre la petición* de modo que, como pusieran de manifiesto las de 14 de marzo de 1967, 6 de abril de 1970 y 25 de abril de 1972, no pueden exigirse otros requisitos ni condicionamientos distintos de los que no aparezcan impuestos por el ordenamiento que rija *cuando el acuerdo se adopte.*»

11. La sentencia de *10 de marzo de 1976* (GABALDÓN), considerando tercero:

«No permite denegar una licencia fundándose en las previsiones de un Plan publicado con posterioridad a la *resolución denegatoria.*»

Y entiendo, precedente en el caso.

«...otorgar una licencia cuya procedencia según las normas del Plan de ordenación *vigentes en el momento de acordarse* no se discute y cuya denegación se fundó exclusivamente en el contenido de un Decreto publicado después de dictarse resolución municipal sobre el caso.»

12. En la sentencia de *16 de junio de 1977* (MARTÍN DEL BURGO) se dirá (14 considerando) que:

«El precepto que permite la suspensión del otorgamiento de licencias consagra una limitación de las facultades dominicales, debe interpretarse restrictivamente (), lo que obliga a estar a la *legalidad vigente en el momento de su otorgamiento*»

13. Ante la denegación de la aprobación de una ordenación de manzana, la sentencia de *5 de diciembre de 1977* (PONCE DE LEÓN) sostendrá:

«Que, con reiteración, se ha declarado en los fallos de 10 de marzo de 1970, 23 de junio de 1971, 7 de noviembre de 1972 y 16 de enero de 1974, que tales aprobaciones o denegaciones han de llevarse a cabo *atendiendo exclusivamente a la legalidad vigente en el momento de la decisión*, por lo que no cabe atribuir ninguna eficacia jurídica a actuaciones futuras que la Administración tenga proyectadas en el mismo ámbito territorial, lo que es por otra parte obligada consecuencia del carácter reglado de la actividad administrativa en la esfera en que aquí se actúa, que proclaman las sentencias de 27 de junio de 1968, 14 de abril de 1971 y 26 de junio de 1974» (segundo considerando «in fine» de la apelada).

14. En la sentencia de *13 de febrero de 1978* (FERNÁNDEZ TEJEDOR) del primer considerando aceptado de la apelada por el Tribunal Supremo se dirá:

«Que la cuestión planteada en este recurso.. se refiere, partiendo del principio de obligada observancia de los Planes de urbanización , al planeamiento vigente que resulte aplicable, *que es el aprobado en la fecha en que se autorice la construcción..*; de lo cual se infiere que acreditado, en este proceso, la vigencia en el tiempo en que se concedieran las licencias impugnadas, del Plan General de Ordenación Urbana..; la normativa en el mismo contenida era la pertinente para fundamentar las autorizaciones para edificar.»

15. En el mismo sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 1978 (GORDILLO) dirá (segundo considerando del Tribunal Supremo):

«Que la licencia fue concedida con base en una normativa carente de *vigencia para fundar en ella el otorgamiento*, ya que... el Plan... no era ejecutivo; sin que conste en las actuaciones, con el preciso detalle, si el edificio se ajusta a la *normativa realmente en vigor al otorgarse la licencia.*»

16. La sentencia de 17 de octubre de 1979 (PONCE DE LEÓN) sostendrá:

«Que los planes, proyectos, normas y ordenanzas a las que necesariamente ha de atenderse el Ayuntamiento para el otorgamiento o denegación de la licencia, son los *vigentes en el momento de adoptar el acuerdo mediante el cual es concedida o negada*» (sexto considerando de la apelada, aceptado «in fine»).

«Que en estos casos de otorgamiento de licencias de obras, las Corporaciones municipales encargadas de su otorgamiento necesariamente han de atenderse a los *Planes vigentes en el momento de ser acordada o denegada la misma*» (segundo considerando propio del Tribunal Supremo).

«En definitiva, la Administración competente viene obligada a velar por el cumplimiento de los *Planes vigentes, pero sólo los que lo están en el momento de decidir sobre la concesión de tales licencias*» (tercer considerando, «in fine»).

17. También es clara la letra de la sentencia de 31 de diciembre de 1979 (MARTÍN), que en su segundo considerando dice:

«Que reiterando lo dicho por la Sala en otras ocasiones —sentencias de 13 de diciembre de 1973, 16 y 28 de enero, 26 de junio y 24 de octubre de 1974, 25 de febrero de 1976, 24 de febrero de 1977, etc.—, el acto licencia postula inminentemente una obligada adecuación a la norma no sólo como presupuesto existencial, sino, incluso, de lícita vigencia; en base de lo cual es dable afirmar el carácter reglado de esta actividad municipal que propiamente consiste en conceder o denegar la licencia pedida, según que lo instado se acomode o aparte de la solución ofrecida por las normas las legales o reglamentarias aplicables, ya que éstas son preceptos terminantemente encauzadores de sus facultades, dentro de cuyos límites ha de resolverse; esto es, deviniendo obligada la permisión cuando la petición del particular reúne los requisitos objetivos exi-

gidos, en cuanto, adecuada a la ordenación urbana vigente en el sector en el momento de la resolución dictada en tiempo hábil o moral, de acuerdo con lo establecido.»

III. MÁS SENTENCIAS EN LA INDICADA LÍNEA JURISPRUDENCIAL.

1. La sentencia de 29 de septiembre de 1975 (GORDILLO)

A. Supuesto de hecho

- Se pide una licencia.
- A los diez días se publica la aprobación definitiva (anterior a la petición) de un nuevo Plan General según el cual lo pedido no sería posible.
- El Ayuntamiento no resuelve expresamente (3).
- El peticionario acude a la Comisión P. de U. de Málaga.
- La Comisión deniega la licencia.
- Recursos.

B. Doctrina

El Tribunal Supremo acepta todo lo considerado en la sentencia apelada, dando la razón a la C. P. U.

Se dirá (segundo considerando de la apelada):

«Que mientras la *Administración fundamentó* su denegación en el hecho de no ajustarse al Proyecto por el administrado a las normas del Plan de Ordenación Urbana en vigor al tiempo de pronunciarse sobre la solicitud de licencia—pues que respondía a las vigentes en el momento de presentarse la instancia, exactamente diez días antes de su derogación y cuando, aprobado definitivamente ya el nuevo Plan, era inminente su publicación oficial y la pérdida de vigencia y eficacia de aquellas pretéritas normas—, *en cambio la Sociedad demandante apoya su impugnación*, esforzándose en hacer valer su tesis anulatoria con rigor lógico aparentemente impecable, en un doble orden de ideas, a saber: que el otorgamiento de la licencia solicitada se operó en virtud de silencio administrativo positivo, y que, en cualquier caso, la concesión de la citada autorización era obligada conforme a la normativa vigente al tiempo de su solicitud.»

Y después de rechazar que se haya producido silencio positivo (punto en el que insiste el Tribunal Supremo en consideración propio), añadirá (cuarto considerando de la apelada):

«Que *tampoco puede prosperar el empeño de la demandante en orden a la procedencia en el fondo de la autorización por ella solicitada*, puesto que *por si no fuera bastante para dar al traste con*

(3) Sobre el juego del silencio administrativo en materia de licencias ya se ha hecho referencia con anterioridad en esta Revista, núm. 537, págs. 478 y ss., y núm. 541, págs. 1551 y ss.

su argumento capital—aplicabilidad de la normativa vigente a la fecha de la solicitud y consiguiente exclusión del nuevo Plan de Ordenación urbana en vigor al tiempo de su resolución—, la evidente imposibilidad de legitimar una oportunista y mañosa maniobra dirigida hábilmente a lograr el propósito —aparentemente contrario al Ordenamiento—de edificar al margen y a despecho de las normas urbanísticas del Plan vigente, de suerte, pues, que revélase con meridiana claridad la evidencia lógica y jurídica de rechazar un resultado como el perseguido por aquella Entidad, cuya consecución normativamente por el ordenamiento urbanístico, y que, al igual que en el caso contemplado por la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1968, confirmatoria, con expresa aceptación de sus razonamientos de la de instancia dictada por esta Sala en supuestos análogos, pugnaría con la realidad viva y con los más elementales principios de congruencia, orden y economía, aun entonces, igualmente habría de fracasar el intento a la vista de que en cualquier caso no debe prescindirse aquí de una circunstancia a todas luces trascendental, como es el hecho acreditado de haberse aprobado definitivamente el nuevo Plan General de Urbanismo con anterioridad a la solicitud de licencia formulada por la interesada, que evidencia clarísimamente la finalidad evasiva de la conducta de ésta al efecto de eludir la aplicación de tales normas tan sólo pendientes de su inminente publicación formal, ni cabe acoger la radical y rígida conclusión implícitamente propugnada por la Compañía actora en orden a la irretroactividad de la norma con olvido de su verdadera esencia y significación jurídica, según se enseña por el Tribunal Supremo, cabalmente con referencia explícita a la Ley del Suelo en su sentencia de 15 de diciembre de 1970, ni, en fin y sobre todo, puede comulgarse con la afirmación sostenida por aquélla respecto a la eficacia determinante de la fecha en que se formalizase la petición para sujetar a ésta al régimen jurídico vigente entonces, cuya tesis, sobre entrañar, en definitiva, el soterrado intento de atribuir al arbitrio del particular, mediante el simple y formalista expediente de presentar una instancia ante la Administración, la determinación del ámbito objetivo de aplicabilidad de una norma jurídica excluyente o incluyente del mismo a su conveniencia un determinado supuesto de hecho, aparece en franca y rotunda contradicción con el tenor de los artículos 15 y 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de los que en recta interpretación se infiere que lejos de ser las condiciones y circunstancias existentes a la fecha de la solicitud las determinaciones de la procedencia o improcedencia de la licencia pedida, son las imperantes al tiempo en que la Administración se pronuncie decisoriamente las que constituyen favor oficiente para la resolución, como fácilmente se comprende no sólo por la inequívoca significación gramatical de la expresión ‘a la sazón’, directa e inmediatamente referida a las palabras ‘otorgamiento’ y ‘denegación’ que utiliza el citado artículo 16, sino también porque desde un punto de vista lógico, y dado que, conforme al tenor de dichos preceptos, la subsistencia y obligada revocación de una autorización depende de la permanencia de las condiciones o circunstancias en que se

hubiere concedido, o del sobrevenimiento de otras incompatibles o excluyentes, respectivamente, no cabe otra conclusión que admitir y reconocer que efectivamente es al momento de decidir la concesión o negación de la licencia, y no en otro momento distinto, cuando han de examinarse y ponderarse las condiciones y circunstancias —entre ellas, y con primordialísima trascendencia, el Derecho objetivo vigente a la sazón—, en función de las que deberá permitirse o impedirse la actividad privada sujeta a previa autorización.»

Es más, con referencia al sentido de la suspensión del otorgamiento de licencias, sostendrá (quanto considerando de la apelada):

«Que finalmente ha de salirse al paso de la significación y desorbitada importancia que la Sociedad recurrente confiere al hecho de que el Municipio ejercitaría la facultad que con fines preventivos y cautelares otorga, un cierto tiempo el (la suspensión del) otorgamiento de licencias, pues si bien es cierto en términos generales que tal medida se instrumenta por el Ordenamiento con miras a impedir el conflicto que pudiere surgir entre el interés privado representado por el derecho actual a obtener licencia de edificación y el interés público determinante de un nuevo planeamiento urbanístico en estudio o preparación, sin embargo ni puede asegurarse categóricamente que en cualquier supuesto la falta de adopción del acuerdo municipal suspensivo se resuelva de forma automática en el otorgamiento de la autorización solicitada—de ello son muestra las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1961, 3 de diciembre de 1964 y 18 de diciembre de 1968—, ni cabe reconocer, en este concreto caso presente, eficacia alguna a la citada omisión, *por la sencilla razón de que no trata aquí de una situación de pendencia o transición*, que es el supuesto peculiar al que naturalmente corresponde la posibilidad de ejercicio de la facultad de suspensión, *sino de otra totalmente distinta en la que no existe incertidumbre de ninguna clase respecto a la normativa aplicable, por aparecer ésta perfectamente definida y plenamente en vigor.*»

2. Sentencia de 28 de noviembre de 1977 (MEDINA)

A. Supuesto de hecho

— Se pide reiteradamente licencia para construir al Ayuntamiento de La Coruña.

— Cuando se otorga, por fin, ya está en vigor una ordenación que permite lo pedido y antes imposible.

— Terceros recurren contra la licencia.

B. Doctrina

El Tribunal Supremo confirma todo lo considerado por la Audiencia de La Coruña, la cual, en el quinto «in fine» considerando de su sentencia, sostiene que:

«Si, con arreglo a ello, la concesión o denegación de una licencia de obra es fundamentalmente una actividad reglada, será premisa indispensable para el examen de los motivos en que se apoya la petición de anulación de la licencia concedida, única a que queda reducida la cuestión de fondo, la determinación de la norma urbanística aplicable, pues, como señala la sentencia de 12 de mayo de 1971, las licencias de construcción deben ser otorgadas conforme a la Ordenación urbana que estuviere vigente, y *si esa normativa hubiese variado en el tiempo que media desde la solicitud de licencia a aquél en que se resuelve, a la que esté vigente en este último momento habrá que atenderse*, en razón del carácter inmediatamente ejecutivo que de conformidad con el artículo 44 de la Ley del Suelo tienen los Planes y Ordenanzas.»

3. Sentencia de 3 de febrero de 1978 (GARCÍA MANZANO)

A. Supuesto de hecho

- Se pide licencia al Ayuntamiento de Abadiano.
- Transcurren dos meses de silencio administrativo.
- Entra después en vigor una nueva ordenación contraria a lo pedido.
- Los peticionarios acuden a la Comisión Provincial de Urbanismo de Vizcaya.
- La Comisión Provincial deniega la licencia.
- Recursos.

B. Doctrina

El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la de Vizcaya, sosteniendo en considerandos propios que:

«La denegación de la licencia. . se halla correctamente efectuada por aplicación del *Ordenamiento urbanístico vigente en la fecha de la producción de los actos referidos...*, en virtud de la ejecutividad propia de los actos administrativos, y en este caso de los Planes urbanísticos—artículo 44 de la Ley del Suelo de 2 de mayo de 1956—, ejecutividad que no consta fuera suspendida »

Al haber de pormedio un problema de silencio administrativo positivo, el Tribunal Supremo sale al paso de dicho mecanismo para después volver sobre el tema, rechazando la tesis de los solicitantes de la licencia (tercer considerando «in fine», apartado C):

«Fundamentalmente, porque *la tesis de que el Ordenamiento urbanístico aplicable es el vigente en la fecha de la solicitud de licencia*, si bien ha sido proclamada con cierta reiteración por la jurisprudencia, *ha de ser objeto de matización en función de las peculiares circunstancias concurrentes*, según ya hizo la sentencia de esta Sala de 29 de septiembre de 1975, siendo muy de tener en cuenta, por lo que concierne a este caso, que los *peticionarios de la licencia, quienes tratan de ampararse en el automatismo de los plazos de inacti-*

vidad del silencio positivo, dejaron transcurrir varios meses, una vez terminado el plazo bimensual para que el Ayuntamiento resolviera, hasta que instaron la subrogación de la Comisión Provincial de Urbanismo en 7 de abril de 1973, cuando ya había recaído la aprobación definitiva del Plan General y su publicación (producidas, respectivamente, en 16 de diciembre de 1972 y 2 de enero de 1973), con la consiguiente vigencia y ejecutividad, por un lapso temporal superior a los tres meses, de dicho Planeamiento que calificó a los terrenos como de uso industrial; quíerose decir con ello que supondría atentar a la legalidad urbanística el permitir que, no por la demora de la Administración municipal, sino por la imputable a los interesados, retrasando el acudir al mecanismo subrogatorio para la obtención de las licencias no decididas, se entendiesen otorgadas por silencio positivo posibilitadas de actuación flagrante con su destino y uso previstos en la norma básica de planeamiento, cual el Plan General Municipal, ya en pleno vigor cuando aquéllos intimaron a competencia sustitutoria del órgano estatal, y al que éste necesaria y correctamente hubo de atenerse para, en este caso, denegar la autorización (artículo 45, 1, de la expresada Ley del Suelo), ya que lo contrario implicaría el anómalo resultado de poner en marcha, de modo inmediato, el mecanismo revocatorio del artículo 16 del Reglamento de Servicios y, con el mismo carácter de inmediatez, el hacer surgir construcciones afectadas por el excepcional régimen de fuera de ordenación contemplado en el artículo 48 del citado texto urbanístico, distorsionando así el régimen de uso de los terrenos, con las graves y conflictivas consecuencias derivadas de una coexistencia de aprovechamiento de viviendas y de industria de cierta entidad sobre terrenos sitos en la misma zona o polígono.»

4 y 5. Sentencias de 16 y 27 de junio de 1979 (MARTÍN), prácticamente literales

A. Supuesto de hecho

- Se pide licencia.
- Entra en vigor el Plan Metropolitano de Barcelona, contrario a lo pedido.
- Antes de que transcurran dos meses se deniega expresamente la licencia.
- Recursos.

B. Doctrina

El Supremo acepta lo considerado por la Audiencia de Barcelona, que en el tercer considerando de sus sentencias sale al paso de la tesis de la Inmobiliaria sobre la procedencia de otorgar la licencia, ya que era conforme con la ordenación anterior al Plan Metropolitano.

Al efecto sostendrá que:

«... esta tesis sostenida por la parte demandante sería de inmaculada corrección jurídica si la normativa urbanística a aplicar en el otorgamiento de licencias de obras fuere la en vigor a la fecha de formularse la petición de ésta; pero ocurre que tal tesis no es la que precisamente admite la doctrina jurisprudencial conforme a la cual, según la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1975, invocada en este recurso por la misma parte demandante, la que nos dice: ‘...que toda licencia de obras sea concedida o denegada en función de la legalidad *vigente al tiempo de decidir sobre la petición*, de suerte que... no pueden exigirse otros requisitos ni condicionamientos distintos de los que no aparecen impuestos por el ordenamiento que rija cuando el acuerdo se adopte», doctrina ésta que reitera la sentencia de 10 de marzo de 1976 al declarar, en lo tocante a concesión de licencias, que *es una decisión cuya legalidad ha de ajustarse al momento en que se pronunció el órgano competente para otorgar la licencia*; por consiguiente, si conforme a esta doctrina jurisprudencial la legalidad urbanística a aplicar en supuesto de recurso no podía ser otra que la constituida por normativa del ‘Plan Metropolitano 1976’, la conclusión a que ha de llegarse no podía ser otra que la de denegación de la licencia solicitada, toda vez que al calificarse en dicha normativa la zona en que se enclava el solar de ‘Zona de renovación urbana en transformación de uso a equipamiento comunitario’, no podía autorizarse en el dicho solar más que las previstas en el artículo 368 de las Normas del mencionado Plan, sin que, por otra parte, sea de aplicación lo establecido en la Disposición Transitoria 7.^a de las referidas Normas de excluirse de lo en ella previsto aquellos terrenos, que como en el de autos, están destinados en el Plan a zonas verdes, espacios libres, etc., o reservados a equipamientos comunitarios; por tanto, habrá que concluir de todo ello que la supuesta anulabilidad de aplicación de los preceptos de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 es inadmisibles *por ser la legislación que se aplica en el mencionado Decreto, la en vigor al adoptarse el acuerdo denegatorio de la licencia.*»

El propio Tribunal Supremo en propio considerando (el segundo) insistirá en:

«Que reiterando lo dicho en la sentencia de la Sala de 16 de junio de 1979, es incuestionable que aun admitiendo que en el período de tiempo comprendido entre el 24 de abril y 19 de julio de 1978 no existieron obstáculos legales que impidiesen la viabilidad de la petición de licencia, no puede olvidarse que *dicho período de tiempo no cubre el preciso para desarrollar un procedimiento normal de petición de licencia*, ya que en los casos de obra mayor, el Ayuntamiento dispone de dos meses para pronunciarse la mora ante el organismo urbanístico provincial, que, a su vez, dispone de otro mes para decidir, lo cual supone que en un caso como el presente al denunciarse se habría producido ya una variación normativa por la entrada en vigor del nuevo Plan, por lo que tal particularidad diferencia el supuesto enjuiciado de los que contemplan las sentencias de la Sala de 24 de octubre y 21 de noviembre de 1974 y 11 de

junio y 4 de julio de 1975, etc., ya que *antes de que se hubiere agotado el plazo de que disponía la Administración para resolver la normativa vigente en aquel entonces (pues lo contrario supondría el anómalo resultado de poner en marcha, de modo inmediato, el mecanismo revocatorio del artículo 16 del Reglamento de Servicios y con el mismo carácter de inmediatez, al hacer surgir construcciones afectadas por el excepcional régimen de fuera de ordenación), tal como también ha declarado la Sala en las sentencias que cita la sentencia apelada y en las de 3 y 13 de febrero, entre otras, de 1978.*»

6. Sentencia de 27 de octubre de 1979 (MARTÍN)

Tanto el supuesto de hecho, como los considerandos de la sentencia apelada de la Audiencia de Granada y los propios del Tribunal Supremo, están recogidos en un comentario de esta Revista, por lo que allí me remito (4).

IV CONCLUSIÓN Y LÍMITES DE LA TESIS SEGÚN LAS SENTENCIAS QUE LA SOSTIENEN

A la vista de los pronunciamientos acabados de recoger, la conclusión general resulta clara: hay una línea de jurisprudencia que permite denegar (u otorgar) licencias con base en la ordenación urbanística vigente al tiempo de la resolución, aunque fuese contradictoria con la vigente en el momento de la petición. En unas sentencias así se dice. En otras no sólo se dice, sino que el supuesto de hecho hace aparecer la tesis como determinante del fallo judicial.

Con referencia a las sentencias que más claramente han afrontado el tema, sin embargo, se advierte una importante limitación a la conclusión.

Efectivamente. A falta de vigencia de un nuevo Plan en que poder basar la resolución, sólo cabe el silencio como respuesta para no tener que fundamentar el acto en el Plan antiguo. Ahora bien, la inactividad administrativa (si no se da el supuesto de suspensión del otorgamiento de licencias) tiene un límite en la figura del silencio administrativo: transcurridos dos meses desde la petición de la licencia para construir, el peticionario puede acudir a la Comisión Provincial de Urbanismo en solicitud de la licencia, que deberá ser contestada en el plazo de un mes.

Pues bien, se desprende de las sentencias citadas (en especial las de 15 de noviembre de 1971 y 3 de febrero de 1978), que si no ha entrado en vigor el nuevo Plan antes de la denuncia de mora ante la Comisión Provincial de Urbanismo (momento en el que el Ayuntamiento es sustituido en su competencia), *la Comisión no podrá basar su resolución en el nuevo Plan, aunque entre en vigor antes de la resolución expresa y en tiempo sobre el otorgamiento de la licencia.*

Es más, se desprende de otras sentencias (en especial las de 16 y 27 de junio y 27 de octubre de 1979) que para que el Ayuntamiento o Comisión puedan resolver conforme al Plan vigente el tiempo de resolución,

(4) Número 540, págs. 1546 y ss.

éste debe haber entrado en vigor dentro de los dos meses contados desde la petición al Ayuntamiento y que constituye el plazo hábil y *normal* para resolver (sentencia de 31 de diciembre de 1979).

Quedando fuera de duda la existencia de una línea jurisprudencial que sostiene una tesis contraria a la de la doctrina mayoritaria, quedaría por ver hasta qué punto es o no correcta.

Las autolimitaciones que se imponen a la tesis son sintomáticas en este sentido.

J. G. S.

4.º JURISPRUDENCIA FISCAL

POR CARLOS MARÍN ALBÓRNOZ

SUSPENSION DEL ACTO ADMINISTRATIVO. NO PUEDE ALEGARSE QUE CARECE DE VIABILIDAD LA SUSPENSION CUANDO ACORDADA ESTA SE IMPONE AL SOLICITANTE LA OBLIGACION DE CONSTITUIR GARANTIA SUFICIENTE PARA CUBRIR EL PRINCIPAL DE LA OBLIGACION MAS LOS INTERESES LEGALES POR CUALQUIERA DE LOS MEDIOS PREVISTOS EN EL ARTICULO 83 DEL REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTO (SENTENCIA DE 29 DE FEBRERO DE 1980).

Hechos.—Con fecha 16 de marzo de 1976 se presentó en la Delegación de Hacienda de Murcia relación de bienes como consecuencia del fallecimiento del esposo de la recurrente, practicándose las respectivas liquidaciones. Por escrito de 16 de junio siguiente se interpuso por la Sra. ... reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Murcia contra las meritadas liquidaciones, solicitándose la suspensión del acto administrativo al amparo del artículo 83 del Reglamento de Procedimiento. El Tribunal, por resolución de 29 de noviembre de 1976, acordó conceder la suspensión solicitada con la obligación por parte de la reclamante de constituir garantía suficiente para cubrir el principal de la liquidación más los intereses legales, en plazo de diez días, por cualquiera de los medios previstos en el artículo 83 del Reglamento citado. Contra dicha resolución acordando la suspensión, se planteó por la interesada recurso de alzada ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, fundado, por una parte, en que el acuerdo de suspensión no había sido notificado en la forma que al efecto exige el artículo 84 del citado Reglamento, al no contener la expresión de si el acto notificado era o no definitivo en vía contencioso-administrativa, y en su caso, de los recursos procedentes, órgano ante el que habría de interponerse y plazo para ello; y de otra, porque tal suspensión carecía de viabilidad para la recurrente al no precisarse el porcentaje de intereses ni tiempo por el que habían de calcularse los mismos, lo que hace imposible el cumplimiento de lo acordado por el Tribunal. El Tribunal Central dictó resolución acordando desestimar el recurso y declarando correcta y ajustada a derecho la resolución impugnada.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Sala de la Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Albacete, se dictó sentencia igualmente desestimatoria.

Finalmente interpuesto recurso de apelación ante el Tribunal Supremo y siendo ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Diego Espín Cánovas, se desestima en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que la parte apelante impugna la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Provincial al no haber determinado la tasa y el tiempo por los que han de calcularse los intereses que junto con el principal han de garantizarse durante la suspensión del acto administrativo alegando que los órganos administrativos no realizan esa determinación, por lo que al no existir normas de rango legal que determinen el tipo básico de interés del Banco de España a que alude la Resolución del Tribunal Central, no puede incumbir al interesado la investigación correspondiente.

Considerando que la normativa legal que fija los elementos de la deuda tributaria lo constituye fundamentalmente la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, cuyo artículo 58, número 2, indica que en su caso, también formarán parte de la deuda tributaria el interés de demora, recargos y sanciones, especificando bajo la letra *b)*, según la redacción del Decreto-ley número 6, de 27 de noviembre de 1974, artículo 15, 1, que el interés de demora será «el básico del Banco de España al tiempo de practicarse la liquidación»; y el mismo artículo citado del Decreto-ley en su apartado 3 ordena que el tipo de interés a que se refiere la norma antes transcrita se aplicará, entre otros supuestos, a los aplazamientos, suspensiones de ingresos y prórrogas que se concedan con posterioridad al presente Decreto-ley (letra *a)*, por lo que es claro que el interés legal de demora, a los efectos tributarios, no es el interés legal de las obligaciones civiles que fija el Código civil en su artículo 1.108, reducido más tarde por Leyes posteriores, la última de 7 de octubre de 1939, siendo el interés básico del Banco de España vigente al tiempo de practicarse la liquidación de la deuda tributaria, y como la normativa que acaba de reseñarse por su rango legal tributario ha de prevalecer sobre cualquier otra expresión contenida en el Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo en su artículo 83, hay que concluir que la garantía a que se subordina la suspensión solicitada pudo prestarse a las expresadas normas, cuyo conocimiento se supone al ser publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*, razón que inspira la máxima tradicional de no excusar su ignorancia que recoge nuestro Código civil en su artículo 6, I, como tantos otros cuerpos legales análogos en otros países.

Considerando que la alegación referente a la no constancia del tiempo durante el cual habrán de satisfacerse los intereses moratorios debidos, tampoco puede acogerse, ya que el propio artículo 83 del Reglamento citado, que invoca la recurrente al solicitar la suspensión, alude a la total sustanciación del procedimiento económico-administrativo, por lo que es dicho tiempo al que hay que referir la caución, siendo de observar que tanto este extremo temporal como el de la cuantía exacta del interés moratorio exigible conforme a las normas de rango legal vigentes ya mencionadas, quedan fácilmente cubiertas por el aval bancario de forma genérica, como por otra parte es usual, obteniéndose al final la suma líquida dependiente del factor tiempo de duración del procedimiento y del interés básico aplicable según el que resulte vigente en cada período temporal, razones que impiden recoger este otro motivo impugnatorio,

siendo obvio que los defectos que se alegan al no haber existido impiden acoger la tesis del recurrente, debiendo desestimarse su pretensión, sin declaración alguna sobre las costas.

CONSTITUCION DE SOCIEDAD. LAS TRANSFERENCIAS DINERARIAS EQUIVALENTES A LA SOBREVALORACION DE LAS APORTACIONES «IN NATURA» ESTAN SUJETAS AL IMPUESTO DE TRANSMISIONES, CONCEPTO DE SOCIEDADES (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1980).

Hechos.—La cuestión litigiosa ahora planteada consiste en decidir si está o no sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales el ingreso efectivo en metálico en el patrimonio social por los accionistas de una sociedad anónima, en virtud de acuerdo social, para restablecer el equilibrio entre el capital nominal de la sociedad y su patrimonio efectivo, disminuido por la sobrevaloración de las aportaciones no dinerarias, realizadas por los socios, al constituirse la sociedad, como contravalor de las acciones suscritas.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Enrique Amat Casado, resuelve la cuestión afirmativamente, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que la ejecución del referido acuerdo social, al transferir los accionistas la cantidad de dinero en metálico equivalente a la sobrevaloración de las aportaciones *in natura*, opera una transmisión desde el patrimonio de los socios al patrimonio social del dominio de bienes muebles, representados por el dinero, transmisión cuya causa onerosa se evidencia por la finalidad de evitar una reducción del capital social, más o menos directa, conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, según el cual «si la revisión demuestra que el valor de los bienes aportados es inferior a la cifra, oficialmente asignada, a las aportaciones; el socio podrá ‘optar’ —véase cómo es voluntaria la elección del camino que conduce al establecimiento del equilibrio del capital nominal de la sociedad y su patrimonio efectivo—: 1) entre que anulen las acciones equivalentes a la diferencia, 2) separarse de la sociedad y 3) completar en dinero la diferencia. En los dos primeros casos la sociedad ‘reducirá’ su capital, en la medida correspondiente, si en el plazo de un mes no fuesen suscritas a metálico las acciones».

Considerando que esta transmisión patrimonial está incardinada en el artículo 54, 1, del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones de 6 de abril de 1967, a la que sería de aplicación el número 2 de la tarifa del impuesto, de no estar comprendida en la transmisión más específicamente en otro número de la misma tarifa, como así lo dispone expresamente el artículo 19, núm. 14, del Reglamento de Derechos Reales de 15 de enero de 1959, de aplicación según la disposición transitoria sexta del texto refundido vigente del impuesto mencionado, al considerar todo acto que dé lugar a nuevas aportaciones, como «constitución de sociedad», lo que obliga a aplicar la tarifa sexta del impuesto, como ha hecho la Administración.

Considerando que frente a tales razonamientos no cabe aducir que ya, al constituirse la sociedad, se giró una liquidación sobre la base de 40.000.000 de pesetas, y que de considerarse sujetos los nuevos actos de aportación a la sociedad, se produce una duplicidad fiscal, porque ha de tenerse en cuenta que se han producido dos actos jurídicos distintos: al constituirse la sociedad se grava el acto de constitución, devengándose el impuesto por razón de las transmisiones patrimoniales realizadas por los socios a título de aportación, y se valoran tales aportaciones en atención al valor declarado por los propios interesados; y posteriormente, al realizarse actos en metálico de aportación, para adecuar el valor mercantil de la aportación en especie a su valor real, deshaciendo todo error en beneficio de los acreedores de la sociedad y de los futuros accionistas, se produce un nuevo hecho tributario que da lugar a un nuevo devengo, valorándose en tal caso la aportación en metálico, a efectos fiscales, en su nominal, sin que esta aportación pueda considerarse superpuesta o coincidente con la aportación inicial, ya que si aparenta una dualidad fiscal —como certeramente se expresa por el representante de la Administración— es por el hecho de que el contribuyente, al realizar la aportación inicial, atribuyó a ésta un valor superior al real, cuyo superior valor declarado constituye, por imperativo legal, base obligada para la liquidación del impuesto.

EXPROPIACION FORZOSA. PAGO DEL JUSTIPRECIO POR PERMUTA CON OTRAS PARCELAS DEL BENEFICIARIO. EXENCIONES. LEGITIMACION PARA INTERPONER RECLAMACIONES EN ESTOS CASOS (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1980).

Hechos.—Mediante escritura pública el Ayuntamiento de Valencia y ciertos señores formalizaron acuerdo de permuta de varias parcelas, propiedad de los otorgantes, conviniéndose por las partes que todos los gastos e impuestos derivados de la formalización del citado acuerdo serían de cuenta del citado Ayuntamiento.

Presentada la escritura en la Abogacía del Estado de la Delegación de Hacienda de Valencia, se giraron liquidaciones a cargo de los particulares reclamantes. Contra dichas liquidaciones tanto el Ayuntamiento como los particulares a cuyo cargo se giraron interpusieron reclamación económico-administrativa, haciendo uso el Ayuntamiento de la legitimación inherente, según la Corporación Municipal reclamante, a su condición de perjudicado por dichas liquidaciones.

Dicho Tribunal desestima las reclamaciones planteadas, por un lado, porque no deben estimarse de aplicación las exenciones de los apartados 33 y 38, núm. 5, artículo 65, del Texto Refundido del Impuesto; y por otro, en cuanto al Ayuntamiento concierne, por estimar que no está legitimado para impugnar las liquidaciones objeto de reclamación.

Interpuesto recurso de alzada ante el Tribunal Central por el Ayuntamiento de Valencia, se desestima por estimar también falta de legitimación en el recurrente.

Interpuesto el contencioso-administrativo ante la Sala de la Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Valencia, se dicta sentencia estimando los

recursos interpuestos por el Ayuntamiento contra las resoluciones dictadas por los Tribunales Provincial y Central.

Finalmente interpuesto recurso de apelación por el Abogado del Estado, en representación y defensa de la Administración Pública, y siendo ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Diego Espín Cánovas, se desestima, aceptando los fundamentos de la sentencia apelada, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que el Abogado del Estado alega contra la sentencia la falta de legitimación del Ayuntamiento para interponer reclamación económico-administrativa por falta de interés personal y directo al no estar obligado a satisfacer la liquidación impugnada de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos, más que en virtud de pacto con el sujeto pasivo, que a su juicio son los adquirentes de las parcelas transmitidas por el Ayuntamiento, pero antes de decidir sobre la falta de legitimación alegada, es preciso analizar el acto sujeto al impuesto liquidado, que no es una permuta, como se sostiene por la Administración Tributaria, sino una expropiación que a tenor de lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, el pago del justiprecio en las expropiaciones podrá verificarse en efectivo o, de acuerdo con el expropiado por permuta con otras parcelas del beneficiario de la expropiación y dada la naturaleza expropiatoria de la adjudicación de parcelas consignada en la escritura pública liquidada, resulta aplicable el artículo 49 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, que declara exento el pago del justiprecio de toda clase de impuestos, por lo que al asumir el Ayuntamiento la obligación de pago del justiprecio, en parcelas, tiene la obligación de que la adjudicación de las mismas no resulte gravada con ningún impuesto, motivando tal obligación un interés directo y personal derivado de la especial naturaleza del acto expropiatorio.

Considerando que a lo expuesto no se oponen los artículos 167, letra d), de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 y 35-2, letra d), del Reglamento de Procedimiento para las reclamaciones económico-administrativas de 26 de noviembre de 1959, al declarar que no están legitimados para tales reclamaciones los que asuman obligaciones tributarias en virtud de pacto o contrato, aunque se consigne una estipulación de este género en la escritura de litis, sino de la obligación legal de entregar las parcelas adjudicadas en pago de expropiaciones, libres de impuestos, por lo que es preciso reconocer al Ayuntamiento legitimación en las referidas reclamaciones, al tener un interés personal y directo a tenor del artículo 166, b), de la citada Ley General Tributaria y 35-I, a), del citado Reglamento, criterio ya mantenido por esta Sala en su sentencia de 28 de mayo de 1979, dictada en recurso de apelación extraordinario.

Considerando que la exención solicitada en su día por el Ayuntamiento está reconocida en los artículos 65, núm. 33, y 101, 1, del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de 6 de abril de 1967, cuestión que dada la naturaleza expropiatoria del acto realizado por dicha Corporación Municipal, es independiente de la forma de realizar el pago del justiprecio, conforme a lo permitido por el artículo 100 ya citado de la Ley de Régimen del Suelo, por lo que es clara la procedencia de la exención.

C. M. A.

LIBROS

2



Aspectos jurídicos de la inflación. Ministerio de Hacienda. Dirección General de lo Contencioso. Madrid, 1976.

Da auténticamente gozo traer a recensión obras que no pierden actualidad por su temática y por la proyección histórica que pueden tener. Encima de la mesa de un despacho oficial vi esta publicación hace tiempo y pensé: éste puede ser un buen tema para hacer una crítica en las páginas de esta Revista. Son una especie de ráfagas que diversos autores proyectan sobre ciertos sectores de las estructuras españolas y que tienen por base unitaria la inflación, ese fenómeno que lleva consigo un desequilibrio económico dando lugar a un aumento general de precios.

El presentador o prologuista de la obra—JOSÉ LUIS GÓMEZ DEGANO, Director General de lo Contencioso del Estado—apunta certeramente para situar la inflación como problema económico, social y político, que lleva consigo ser al mismo tiempo un problema jurídico, porque nada de lo esencialmente relevante puede escapar a la perspectiva del Derecho. De ahí, sigue diciendo, la ineludible responsabilidad de los juristas de hacerse cargo del tema y contribuir desde su peculiar óptica del mundo y con sus propios medios a hacer frente a lo que alguien ha llamado «mal du siècle». No cabe olvidar que la justicia, cuya guarda corresponde a los juristas, será en última instancia el fundamento legitimador de toda política o medida frente a la inflación—cualquiera que sea su sentido—y el factor más decisivo de corrección de sus distorsiones.

Conscientes de todo ello y pensando que el problema sigue siendo de actualidad es por lo que vamos a reseñar las opiniones dichas por ilustres juristas sobre el tema. El problema, como dice el prologuista, es viejo y nuevo y como problema, y por problema, de permanente actualidad, porque, como observaba ORTEGA Y GASSET, lo problemático, por contraposición a lo solucionado, a lo resuelto, es precisamente lo actual.

Cada uno de los diez conferenciantes del ciclo que forma ahora la publicación ofrecen las perspectivas que la inflación tiene en el régimen jurídico de las medidas para evitarla, en el campo de las tarifas de los servicios públicos, en el contrato de seguro, en el control de precios, en la contratación estatal, en las rentas, en la expropiación forzosa, en los contratos privados, el fenómeno en Italia y en la Hacienda Pública, todo ello precedido de un estudio previo del Excmo. Gobernador del Banco de España y seguido de unas palabras del Ministro de Hacienda. Vamos a respetar el orden expositivo para dar una idea del contenido de la obra.

LUIS CORONEL DE PALMA, Gobernador del Banco de España en aquel momento, explicaba a modo de introducción cómo la inflación era algo más que un dato objetivado y distante, era una experiencia y un temor, pues

se trata de un problema con futuro, es decir, de un problema no resuelto con el que hemos de vivir y frente al que tenemos que reaccionar. El alza de precios—sigue diciendo—que padecemos y vivimos hoy es un fenómeno nuevo por un triple sentido: por su extensión, por su intensidad y por la complejidad de las causas que lo producen. En su extensión no es un episodio nacional, sino un hecho mundial y duradero. Su intensidad se refleja en que se prolonga en el tiempo a base de dos dígitos, con carácter universal. Y su complejidad se comprende al ver que los medios que atendían y curaban la inflación pasada no son eficaces a la hora de poner remedio a la presente.

VÍCTOR MENDOZA OLIVÁN aporta el estudio sobre el régimen jurídico de los programas económicos contra la inflación. Su tesis es que los medios o modos arbitrados por el Estado para combatir la inflación deben residenciarse en el tema más amplio de la planificación económica, ya que cualquier programa estatal se presenta en rigor como un plan y porque los programas estatales de combate se han caracterizado como auténticas correcciones a la planificación económica. Después de examinar las consecuencias que ello puede tener en la libertad individual, hace un análisis de los programas económicos contra la inflación y especialmente el de las técnicas normativas para su adopción.

SANTIAGO FONCILLAS CASAÚS estudia el tema de la inflación en relación con las tarifas de los servicios públicos, plasmándose su pensamiento en aquellas frases de su conferencia en las que dice que la prestación de los servicios públicos exige una gran inversión que se recupera muy lentamente, a diferencia de la mayoría de las empresas industriales, lo cual determina la aplicación de un coeficiente multiplicador a la hora de estimar los efectos de la inflación en los mismos.

FÉLIX BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN aborda el tema de la inflación y el contrato de seguro, que supone uno de los campos más afectados por los procesos de inflación, debido a que las pólizas son contratos de tipo de ejecución sucesiva, y por ello quiebran las previsiones de los contratantes al ser despreciada la moneda durante la vigencia de la póliza. En su estudio separa la depreciación monetaria en los seguros de daños y las cláusulas correctoras, y la depreciación en los seguros de personas.

FEDERICO TRENOR TRENOR, en forma genérica, aporta el tema del régimen jurídico administrativo de control de precios y sienta como primera premisa de su conferencia las dos formas de control de precios: el directo, en el que el Estado fija o autoriza los niveles máximos de precios de bienes y servicios a través de una decisión contenida en una disposición o acto administrativo y en forma indirecta, en el que el Estado respeta el libre juego de fuerzas económicas en la fijación del precio, aunque procure influir en los factores que intervienen en su formación mediante la adopción de ciertas medidas de intervención de distintos tipos, técnicas económicas y jurídicas.

JOSÉ IGNACIO MONEDERO GIL explica los principios rectores de la contratación del Estado ante los desequilibrios monetarios, jugando con uno de sus principios fundamentales, cual es el de la noción del precio justo, la ruptura del equilibrio contractual, la doctrina de la imprevisión y las posibles soluciones en el derecho positivo, abogando por el establecimiento en las leyes de unos principios jurídicos generales y de unas fórmulas de

revisión permanentes y específicas para cada contrato, que mantengan constante el equivalente económico que rigió al tiempo de su celebración.

LICINIO DE LA FUENTE Y DE LA FUENTE aplica la idea de la inflación a las rentas, y al precisar la erosión que la inflación produce en las mismas, también se preocupa de señalar los posibles remedios que existen o pueden existir para remediarla. El examen se hace desde el punto de vista de las diversas clases de renta (patrimoniales, pensionistas, trabajo, etc.), y la proposición de soluciones que se alcjan un tanto de las que sucesivamente se han ido tomando en estos últimos tiempos, pues leo, y esto debe servir de ejemplo, cómo en materia de capitales prestados indica como solución la de las medidas de estímulo a la inversión mediante bonificaciones y exenciones fiscales.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA toca la temática complicada de la expropiación forzosa en sus relaciones con la inflación, afirmando como premisa de entrada que la legislación de expropiación forzosa no resolvió la problemática de la depreciación monetaria y demostrando este aserto a través de la separación temporal entre una y otra prestación: entre la iniciación del expediente y el de la fijación del justiprecio, entre la efectividad de la privación expropiatoria y la fijación del justiprecio y entre la fijación del justiprecio y su pago.

ANTONIO HERNÁNDEZ GIL explica el problema de la inflación con relación a los contratos privados y arranca de la idea del nominalismo que supone anteponer el nombre a las cosas, la forma a la materia, el logos a la realidad, el pensamiento a lo pensado, la abstracción a la singularidad... El nominalismo es el formalista frente al realista. El nominalismo, sin embargo, no impide ni desconoce la alteración de los valores reales: lo que determina es la insensibilidad jurídica ante toda alteración. Examina el fenómeno en el Código civil y su incidencia en las relaciones obligacionales, para luego recoger algunos de los remedios contractuales de combate.

Avv. ROCCO DI CIOMMO, en su contribución italiana del problema, explica la experiencia que en su país existe sobre la inflación en relación con los problemas de la contratación y obligaciones estatales, señalando cómo las posibles soluciones pueden tener un ámbito de acogida en los diversos países aun reconociendo sus diferentes situaciones.

FERNANDO BENZO MESTRE toca la temática de la Hacienda y la inflación, tema tremendamente delicado, ya que la inflación genera determinados efectos en la magnitud y la estructura de los ingresos y gastos de la Hacienda Pública, pero también estos ingresos y gastos afectan a los niveles de precios y a las magnitudes monetarias. Divide su trabajo en el aspecto tributario, el gasto público, la deuda pública y las haciendas territoriales, todo ello visto desde el ángulo de la inflación.

JUAN MIGUEL VILLAR MIR cierra el ciclo de las conferencias con unas palabras de las que sintetizamos su esencia: abordar la problemática de la inflación y de sus medidas correctoras a través del prisma del Derecho en un sentido totalizador supone, a la par que una afortunada y oportuna coincidencia en el tiempo, una novedad elogiabile y un indiscutible interés no sólo desde el punto de vista exclusivamente teórico o científico, sino también desde el plano de las exigencias técnicas.

BANCO DE CRÉDITO AGRÍCOLA: *Crédito agrario. Compilación legislativa.*
Editado por el Ministerio de Economía. Madrid, abril de 1980. Un tomo de 381 págs.

Con decir que el crédito agrario es el destinado a la agricultura, aparte de parecer una soberana perogrullada, no habríamos expresado casi nada de lo que realmente le caracteriza.

En efecto, su naturaleza y elementos son tan especiales que hacen rechazar de plano la idea de que se trata tan sólo de un crédito más, normal y corriente, pero aplicado a finalidades de la esfera rural. A fuerza de repetirse puede sonar a monserga, pero es cierto que el mundo del campo es desde luego especial, distinto, diferente; merece ayuda, mucha ayuda; pero, sobre todo, necesita ser conocido, pues al conocerlo se le toma afecto con toda seguridad. El hombre del campo es de tal calidad humana que capta inmediatamente a quienes de verdad comprenden sus necesidades.

Precisamente una de las más imperiosas necesidades del campo es recomponer su cada vez mayor descapitalización y apuntalar su anémica economía. Sería suicida para la sociedad abandonar a su suerte al sector agrario en los avatares de su lucha con otros sectores, que llevan la mejor parte en una economía de mercado libre.

La idiosincrasia de los agricultores antiguos, sobre todo de los modestos, que son los más numerosos, acostumbrados a una economía de subsistencia por su modo parquísimo de vivir, ha hecho que el crédito científico no pudiera profundizar ni se haya extendido demasiado en su ámbito. En cambio, aunque cada vez menos, aún quedan, por desgracia, en comarcas deprimidas, algunos casos de usura de tipo local que se concreta en ventas simuladas, pactos de retro, compras de esperanza y préstamos con altísimo interés encubierto bajo letras de cambio.

En cambio, para el agricultor moderno y emprendedor ya no es degradante ni vergonzoso pedir préstamos, porque se ha alejado la idea de que el crédito sólo sirve para tapar agujeros producidos por falta de una buena administración. Las actuales empresas agrarias, tanto individuales como colectivas, tienen una economía abiertamente ordenada a la competitividad y al mercado, tratando de obtener los máximos beneficios que ahora sean dables dentro de esta situación de crisis casi general. Por ello el crédito es una institución cada vez más vivida que se utiliza para obtener mejoras estructurales productivas, maquinaria, semillas, fertilizantes y, en general, todos los elementos precisos para la puesta en marcha o modernización de las explotaciones con vista a unos mayores rendimientos. Se ha pasado, pues, del crédito vergonzante al productivo.

En sus elementos personales también presenta especialidades el crédito agrícola, tanto en los prestamistas como en los prestatarios. El Banco Hipotecario y sobre todo el de Crédito Agrícola son las entidades de la banca oficial que normalmente atienden las necesidades de este sector, ayudados por la eficaz colaboración de las Cajas Rurales y de Ahorro y los distintos organismos del Ministerio de Agricultura que actúan en el ámbito de sus respectivas competencias. A éstos había que añadir, como entidad que garantizaba los préstamos, la Agrupación Sindical de Caución para las Actividades Agrarias, la socorrida, o mejor socorredora, ASICA,

encuadrada dentro de la Organización Sindical, que avalaba un gran número de créditos a los agricultores que carecían de otras garantías.

En cuanto a los prestatarios o beneficiarios del crédito agrícola, nuestra experiencia nos dice que lo vienen solicitando normalmente los empresarios-propietarios de la tierra. Aunque en la legislación especial se contempla la posibilidad de que el arrendatario o aparcerero aspiren a su obtención, su solicitud es infrecuente o más bien inexistente, porque la mentalidad de estos cultivadores no alcanza hasta pretender ayudas para mejorar la finca que llevan en renta por el temor de que pueda resolverse el contrato; ni aun pensando en que puedan resarcirse de esas mejoras, creen que ello les compensaría de los quebraderos de cabeza que produce el obtener y solventar tales créditos.

Un trato favorable es el incentivo que el crédito oficial supone para la agricultura de grupo, especialmente en la antes llamada Ordenación Rural y ahora ordenación de explotaciones, pues para otorgar sus auxilios se exige una producción final mínima, con lo que se estimula la creación de cooperativas y otras formas asociativas que tengan por objeto realizar en común actos comprendidos en las finalidades típicas de la actividad agraria.

En cuanto a los elementos reales, el crédito agrícola presenta especialidades tanto en los tipos de interés, que a veces son más benignos, como en los plazos de devolución, en los que suelen incluirse períodos de carencia para facilitar la productividad de las inversiones, dando mayores posibilidades de solvencia.

La particularidad mayor estriba, naturalmente, en la finalidad genuinamente agraria, ganadera o forestal en que el préstamo debe invertirse, obedeciendo a orientaciones determinadas, sean coyunturales o a más largo plazo, según una planificación cada vez más generalizada.

Se trata de un crédito orientado y supervisado, requiriendo condiciones especiales para su concesión que responden a las exigencias de carácter técnico de la viabilidad de las explotaciones auxiliadas y atendiendo a la finalidad a que las mejoras deben ir encaminadas, o sea activar el desarrollo agrario conforme a orientaciones establecidas.

La exigencia de determinados requisitos, según esto, puede estar justificada si se trata de encauzar el crédito oficial agrario. Pero esto tiene como contrapartida lamentable el enorme papeleo y las dificultades que el procedimiento entraña, sobre todo para los hombres de campo, poco acostumbrados a dilatorios trámites burocráticos, por mucho que éstos se alivien a veces por los buenos oficios de los propios organismos concedentes.

Es preciso dar una mayor agilidad al crédito oficial y coordinar mejor los distintos organismos encargados de tramitar y otorgar dichos créditos. Si se tiene en cuenta que la materia es regulada a la vez desde los Ministerios de Hacienda, Economía, Agricultura, Trabajo y Presidencia del Gobierno, se explica la grave diversidad de criterios y la dificultad práctica que deriva de tal multiplicidad. Para los agricultores, con su mentalidad sencilla, esto significa un «maremagnum» imposible de entender. Y es natural su aspiración de que se regule pronto de modo orgánico toda la materia referente al crédito agrícola, coordinando las diversas ventanillas actuales en un cauce claro y unificado que les permita en cada momento

saber qué, cuándo, cómo y a quién pueden pedir ayuda para sus escuálidas economías.

Este parece ser el intento del Banco de Crédito Agrícola al publicar esta compilación legislativa en la que recogen nada menos que trescientas diez disposiciones sobre el crédito agrario, a nivel de ley, decreto y orden ministerial, de las distintas procedencias, lo que da una ligera idea de la complejidad normativa existente. Téngase en cuenta que también hay convenios entre el Banco y los distintos organismos y que además cada uno de éstos tienen sus instrucciones, circulares y órdenes de carácter interno en enormes cantidades, que convierten el sistema no en un bosque, sino en una selva impenetrable al menos para los no iniciados.

Por todo ello es plausible esta obra al presentar orgánicamente las distintas disposiciones clasificadas por materias, conteniendo la legislación sobre crédito oficial en general y las normativas reguladoras de los Bancos Hipotecario y de Crédito Agrícola, principales fuentes proveedoras de los préstamos destinados al campo.

Respecto a esta última entidad, sabido es que nació, con el nombre de Servicio Nacional del Crédito Agrícola, por Real Decreto de 24 de marzo de 1925, pero no tuvo una actuación efectiva hasta los años cuarenta; el tema se planteó de modo definitivo en la Ley de 17 de julio de 1946, por la que se ponían a disposición del Servicio mil millones de pesetas de las de entonces, cantidad que fue ampliada en los años siguientes, permitiendo conceder préstamos por importe superior a los 17.000 millones hasta 1962, fecha en que dicho Servicio se transformó en Banco. Con este carácter, el Decreto-ley de 20 de julio de 1962 creó el Banco de Crédito Agrícola, que actualmente se rige por sus Estatutos aprobados en Consejo de Ministros el 3 de diciembre de 1971, que se incluyen íntegros en esta compilación.

A continuación se insertan en lo pertinente las reglas referentes a las entidades colaboradoras del Banco de Crédito Agrícola, que son las Cajas Rurales y Coperativas y las Cajas de Ahorro, así como las de los diversos organismos del Ministerio de Agricultura, que en virtud de convenios con el Banco proporcionan auxilios económicos, sean créditos o subvenciones, a los agricultores en materia de sus respectivas esferas específicas: Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, Servicio Nacional de Productos Agrarios, FORPPA y Servicio Nacional de Cultivo y Fermentación del Tabaco. Se incluyen también, como normas referentes a entidades de garantía crediticia, dos Reales Decretos, el uno reconvirtiendo la ya citada Agrupación Sindical de Caución para Actividades Agrarias, la utilísima ASICA, y otros sobre régimen de las sociedades de garantía recíproca.

Después se recogen todas las normas relativas al crédito agrícola, distinguiendo sus disposiciones generales y las específicas.

Respecto a las primeras, empiezan con el texto «definitivo» de las Leyes sobre Crédito Agrícola según el Decreto de 16 de junio de 1954, y que es tan definitivo que ya está derogado en cuanto se oponga al Decreto-ley citado de 1962 o a la Ley de Crédito Oficial de 1971, y terminan con el Reglamento de Seguros Agrarios combinados.

Las disposiciones específicas recogen, distribuidas por materias, las normas referentes al crédito para capacitación agraria, montes, comercialización, mejora integral de explotaciones, jóvenes agricultores, construcción de almacenes y silos, auxilios para ganadería, regadíos, compra de tierras, mercados de origen, industrias agrarias de interés preferente, agru-

paciones de productores agrarios, cultivo del tabaco, inversiones extranjeras y auxilios a la agricultura en Canarias.

Como se ve, un enorme cúmulo de disposiciones diversas y especiales, cuya consulta se facilita con un índice analítico, complementado por una tabla cronológica de las normas comprendidas en la compilación.

La obra, integrada por el texto «pelado» y no siempre completo de las normas, carece de toda otra literatura o comentario aclaratorios que pudieran servir de guía en la búsqueda, interpretación o aplicación de las mismas.

De todos modos, no deja de ser útil para quienes se relacionan con el mundo agrario y sus necesidades y para los profesionales que se vean en el difícil compromiso de tener que manejar las abundantes e intrincadas disposiciones sobre la sistemática crediticia agraria. Enhorabuena por el intento.

Pero felicitáramos mejor al Banco de Crédito Agrícola si llegase a realidad el propósito, que se anuncia en la presentación del libro, de redactar una ley de financiación agraria que sea clara, de verdad definitiva v. sobre todo, única, para que todos podamos saber por dónde hay que ir en esta materia tan necesaria de la capitalización del campo.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

CUADRADO IGLESIAS, MANUEL: *Aprovechamientos en común de pastos y leñas*. Serie Estudios. Secretaría General Técnica del Ministerio de Agricultura. Madrid, 1980. Un tomo de 541 págs.

De entre las instituciones más ricas y vividas en el ambiente rural, pese a la evidente enemiga con que la recibió el Código civil, está la del aprovechamiento de pastos y leñas (¿Comunidad?, ¿Servidumbre?; ya lo veremos), que lleva en su esencia la contraposición latente entre las concepciones comunitaria y social de la tierra de origen germánico y la romano-individualista, patrocinada por las legislaciones nacidas de la codificación napoleónica.

Ahí radica la diversidad aceptada por las legislaciones forales, ricas en variedad y contenido, y la escasa regulación del Derecho común, en el que bastan los dedos de una mano para contar los escuetos y aun contradictorios artículos que el Código le dedica.

Desde nuestros tiempos de preparación de oposiciones, cada vez más lejanos por desgracia, pocas veces habíamos tenido ocasión de encontrar un estudio tan completo como el que ahora ha servido de tesis doctoral al autor en la Universidad de Salamanca y que con todo acierto publica el Ministerio de Agricultura. Acostumbrados a la brevedad con que algunos tratados de Derecho civil suelen despachar el tema, uno se sorprende al ver el cúmulo de datos acopiados y la valentía con que el autor se enfrenta al estudio de esta cuestión. El libro, por ello, se lee con atención creciente, por sus atinadas observaciones y la profundidad de su doctrina.

En esta época en que todo se materializa, en que priman las llamadas reivindicaciones, que en el fondo son demagógicas, en que se quiere dar a lo social no unos matices constructivos, sino más bien tintados de zancadilleo y hasta de odio, es consolador ver que hay estudiosos jóvenes que resaltan estas muestras de verdadera solidaridad tan frecuentes entre nuestros estupendos hombres del campo y propugnan su mantenimiento y desarrollo. Algunos podrán decir que poco valor tienen ya los pastos para los animales de labor, una vez que hay tractores en vez de buyes, y menos aún las leñas, cuando hasta en el campo se utiliza el butano. Pero, aparte de que la dichosa crisis del petróleo aún pudiera poner las cosas de otro modo, lo que realmente importa ahora es poner de manifiesto el espíritu comunitario que desde siglos impera en el campo en materias tan vitales como el fuego y los alimentos de sus animales de tiro y carne.

Pero entremos ya en materia. Para su mejor estudio, el autor empieza distinguiendo, en consideración a la titularidad dominical de los predios sobre los que se ejercitan, los aprovechamientos que recaen:

— Sobre fincas de propiedad privada de los particulares, bien surjan de la voluntad de los dueños o al margen de dicha voluntad.

— Sobre fincas pertenecientes a entes públicos o núcleos de población sin personificación alguna; estas fincas pueden pertenecer al ente público en concepto de dominio privado o bien de dominio público.

Cuando el aprovechamiento emana de la voluntad de los propietarios supone simplemente una prolongación del derecho individual que tienen respecto a sus fincas. Si nace sin su voluntad, se priva a los propietarios de una parte de los productos de sus terrenos atribuyéndolos a personas distintas, lo que nos presenta la función trasindividual de la propiedad de la tierra.

Cuando los aprovechamientos en común recaen sobre terrenos no pertenecientes o particulares, cobra todo su esplendor el aprovechamiento comunitario, puesto que tal forma de goce es, en principio, no ya la prevalente, sino la única que se ejercita sobre los fundos.

Estos aprovechamientos colectivos son, en gran medida, la resultante del estado que la propiedad presentaba en los primeros tiempos, así como en la Edad Media. En estas épocas, la propiedad aparecía con fuertes vinculaciones, pero por obra del Derecho natural racionalista, del liberalismo político y de la subsiguiente codificación del Derecho privado, aquellas vinculaciones han quedado minimizadas; los aprovechamientos en común han desaparecido en gran medida. Por el contrario, en nuestra época, se avanza de nuevo y de forma cada vez más creciente y progresiva hacia otras vinculaciones de todo tipo y especialmente de carácter social.

Tras esta introducción, el autor estudia en el capítulo primero las manifestaciones históricas de los aprovechamientos comunitarios en los pueblos que han influido de modo más directo en el Derecho español. Los pueblos primitivos se dedicaban al pastoreo y para llevar a cabo éste es evidente la necesidad de ocupación de terrenos; aquí ya podemos hablar de aprovechamientos completamente comunitarios, ya que el primitivismo propio de la época impide pensar en otra forma de aprovechamiento.

En los primeros tiempos de Roma, la propiedad de la tierra y los aprovechamientos de sus productos revisten forma comunitaria. Pero después de la publicación de las XII Tablas se hizo efectiva la concesión al individualismo y el aprovechamiento del *ager publicus* por los patricios, con exclusión de los plebeyos, hasta la sublevación de éstos. En la tercera etapa se logra la existencia de la propiedad privada individual, igualitaria y absoluta al lado del derecho del Estado, apartando la propiedad colectiva.

En los pueblos germánicos, la aparición de la propiedad privada se retrasa considerablemente y los aprovechamientos comunitarios se ejercitan con mayor pureza y por mucho más tiempo que en el Derecho Romano; eran anejos a la figura de la Sippe, que, además de ser una comunidad de familias, era una asociación agraria a la que correspondía un derecho colectivo sobre los terrenos de uso común que constituían la *Allmende*.

El autor estudia en el capítulo segundo el origen y evolución de los aprovechamientos en el Derecho español, siguiendo un paralelo con las influencias antes vistas. Así, las culturas ibera y celta se hallan basadas, en cuanto a la organización económica, en el principio de utilización comunal de la tierra. Se señala que los Vacceos, pueblo celtíbero asentado junto al Duero, mantenían un sistema de aprovechamiento común de las tierras; según Diodoro de Sicilia, repartían anualmente los lotes a labrar, poniendo después en común los frutos para distribuirlos entre todos los miembros de la comunidad.

Ya en tiempos de la «Hispania», influye la romanización en la fase individualista de su evolución jurídica, aunque se mantiene en la Península el aprovechamiento colectivo de las tierras de cultivo, de los bosques y los pastos, conocido con el nombre de «*ager compascuus*».

La invasión de los pueblos germanos que tiene lugar en el siglo V favorece y refuerza la institución jurídica de la propiedad y el aprovechamiento de caracteres comunales. La penetración árabe a partir del año 71 inicia una nueva fase de transformación institucional al producirse una influencia de la cultura islámica con marcado carácter religioso; pero los musulmanes mantienen un gran respeto por la estructura socio-económica de los hispano-godos, y esto permite que las tierras poseídas por la población peninsular se mantengan en su mayor parte en una situación jurídica similar al período anterior. No obstante, de acuerdo con el Corán, distribuyeron las tierras según su condición de cultivadas o no cultivadas.

Ya en plena Reconquista, al conceder los reyes nuevos terrenos con el fin de repoblar pueblos ya constituidos o de poblar los creados por ellos, se da una importancia extraordinaria a los aprovechamientos comunitarios; de ahí que el mayor contingente lo constituyan precisamente las tierras comunes, los montes y los egidos, cuyos productos eran disfrutados por los vecinos que integraban la población para, de este modo, satisfacer las necesidades comunes. En casi todos los Fueros y textos documentales de la Edad Media, las comunidades vecinales aparecen con el ejercicio de un derecho de propiedad colectiva sobre los bienes destinados a satisfacer las necesidades sociales más básicas, junto con un derecho de aprovechar colectivamente las propiedades tanto comunales como ciertos productos.

La propiedad de la tierra durante la Edad Media y la Edad Moderna sufre un proceso de vinculación paulatina a las denominadas «manos muertas», sobre todo los municipios y la Iglesia. Esta vinculación sufre el golpe

de gracia con las leyes desamortizadoras que en los siglos XVII y XIX van apareciendo. Primero por sancar la endeudada Hacienda real y luego por razones políticas o ideológicas, se entra en una lucha tenaz por lograr que los terrenos poseídos comunalmente por los municipios pasen a ser objeto de una apropiación individual por parte de los vecinos de dichos municipios. La «desamortización» se convierte de esta manera en el caballo de batalla de lo que después se ha llamado la reforma agraria y que ya Jovellanos y otros autores del siglo XVIII habían considerado como único sistema capaz de levantar la decaída economía española.

El cerramiento de fincas de propiedad privada iniciado por el Decreto de 1813 y regulado después tanto por el Código civil como por la Ley de Enjuiciamiento Civil, incide negativamente en la existencia de los aprovechamientos en común. Hay además toda una serie de disposiciones administrativas particulares para vencer la lógica resistencia de los Ayuntamientos, los propietarios de fincas y de los propios ganaderos. Los términos municipales fueron acotados en virtud del Decreto de 23 de diciembre de 1870; no obstante, tal acotamiento en nada ha alterado los derechos sobre los pastos ejercitados comunitariamente.

En el capítulo tercero se estudian los aprovechamientos en común de pastos y leñas en los territorios sujetos al Derecho común, que el Código civil contempla según la naturaleza pública o privada de las fincas sobre las que recae. Por ello el autor se dedica, como cuestión previa, a un detallado análisis de la distinción entre bienes de dominio público y privado, haciendo una especial referencia a los bienes comunales, en los que el aprovechamiento comunitario suele ser el más frecuente como consustancial a su propia naturaleza. También en atención a ello señala las consideraciones pertinentes acerca de los montes y los baldíos bajo las normas civiles y administrativas.

El capítulo cuarto es muy interesante por dedicarse a las principales manifestaciones actuales de los aprovechamientos comunales en territorios sujetos al Derecho foral:

Se denomina «sel» en las provincias vascongadas a un territorio con tendencia a la forma circular, en cuyo centro existe un mojón. Los productos que el mismo arrojaba eran generalmente aprovechados por el ganado o bien se empleaban para roturar y construir casa y hacienda. En estas extensiones de terreno el común de vecinos aprovechaba con sus ganados el helecho y la paja.

En Aragón estudia las conocidas figuras del «boalar» y la «alera» foral.

En Navarra, donde los montes tienen particularidades que conllevan especiales características en sus bienes comunales, el autor se detiene en su estudio y expone a continuación un amplio análisis de las corralizas, los pastos de facería, los helechales y las especialidades típicamente navarras del dominio concellar y las vecindades foranas.

Los montes vecinales en mano común de Galicia han sido objeto de la Ley especial de 1968 y de creciente atención por la doctrina, todo lo cual se recoge en el libro, con amplias conclusiones del autor.

La naturaleza jurídica de los aprovechamientos comunales de pastos y leñas, objeto del capítulo quinto del libro, es cuestión debatida de siempre. Se adoptan posturas diametralmente opuestas, y esta discrepancia doctrinal, a la que no es ajena nuestro Tribunal Supremo, está justificada por la índole un tanto confusa de esta institución y además porque los

artículos 600 al 604 del Código civil se pronuncian de forma poco diáfana al referirse a estos aprovechamientos.

Las principales posturas los consideran usufructo, enfiteusis, superficie, comunidad y servidumbre. El autor hace unas extensas reflexiones críticas en torno a estas supuestas configuraciones jurídicas y se centra más bien en la contraposición comunidad-servidumbre, estudiando las posturas doctrinales y jurisprudenciales.

Para el Tribunal Supremo los aprovechamientos comunales pueden dar lugar, bien a la figura de la comunidad, bien a la figura de la servidumbre:

1. En materia de retracto, ha mantenido una tendencia netamente amplificador para calificar a los aprovechamientos como constitutivos de la figura de la comunidad. Siendo consciente de lo forzado de su postura, en ciertos casos ha calificado la situación como «figura análoga a la comunidad».

2. Fundamenta la esencia de la servidumbre en el hecho de que el predio sobre el que recae el aprovechamiento no pertenezca en propiedad al beneficiario. Considera nota esencial a la comunidad la reciprocidad de las prestaciones; esto es, que los aprovechamientos colectivos se ejerciten en favor de los que sean propietarios de las fincas y no en favor de personas extrañas a sus titularidades dominicales.

El autor se inclina a aceptar el doble aspecto del aprovechamiento, diciendo que el artículo 600 del Código civil posibilita no solamente la institución de la comunidad, sino también la de la servidumbre. Conviene advertir que la redacción del Código en este precepto no es correcta, ya que si bien alude a los términos comunidad y servidumbre indistintamente, lo hace de forma impropia e incongruente. Según él, debió aludir a ambas instituciones tanto en uno como en otro párrafo, para no incurrir en la confusión que produce que no incluya los dos aspectos en el párrafo segundo.

El régimen jurídico de los aprovechamientos comunales se expone en el capítulo sexto y último del libro, donde el autor estudia el proceso vital de dichos aprovechamientos, distinguiendo las fases de nacimiento, ejercicio y extinción.

El aprovechamiento en común de los pastos y leñas puede surgir como consecuencia de una servidumbre siempre que ésta se ejercite por un sujeto plural; pero también puede surgir directamente o bien como consecuencia de una comunidad en la titularidad dominical de los predios sobre los que se ejerce el aprovechamiento. De aquí que haya de distinguirse los diversos modos de constitución según se configure como comunidad o como servidumbre.

En cuanto a su ejercicio, las normas son abundantes y a veces dispares. El autor las sistematiza y expone admirablemente, prestando un enorme favor a quienes precisen consultar supuestos concretos, pues de otro modo se perderían en la maraña inextricable de la abundante prosa administrativa. Distingue en un primer apartado los aprovechamientos regulados por el Código civil o normas consuetudinarias, de aquellos otros que caen bajo las complejas disposiciones del Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras, con especial referencia al aprovechamiento que recae sobre bienes comunales.

Respecto a la extinción, los artículos 602 a 604 del Código civil regulan las formas de concluir los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas, refiriéndose el primero de ellos al supuesto de la comunidad, mientras que los otros dos se refieren a la figura de la servidumbre, cuyos supuestos se contemplan con detalle.

Terminando, por nuestra parte poco cabe añadir a lo dicho. El trabajo no es sólo una excelente tesis doctoral y un libro de gran altura doctrinal, sino además un instrumento utilísimo en la práctica jurídica para quienes trabajan en la materia agraria.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Nociones de Derecho civil patrimonial e introducción al Derecho*. Barcelona, 1980. Un volumen de 430 págs.

En la bibliografía de obras didácticas sobre Derecho civil hay que señalar hoy, con especial relieve, el volumen *Nociones de Derecho civil patrimonial e Introducción al Derecho*, del ilustre Catedrático aragonés don JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, de la Universidad de Madrid. La obra está editada por Bosch, Barcelona, año actual, en un volumen de 430 páginas, de irreprochable impresión.

Comprende una introducción sobre Derecho objetivo y subjetivo, seguida de una detallada parte acerca de la persona, su naturaleza y capacidad. A continuación, y respondiendo a su título, como Derecho patrimonial estudia las cosas y los derechos reales en general, dominio y propiedades especiales, así como las situaciones de copropiedad, con un resumido y completo Derecho inmobiliario registral y los derechos reales limitados. Con semejante extensión se trata detalladamente el Derecho de obligaciones, considerando la obligación y sus clases, la dinámica de la misma, la responsabilidad por daños y los diversos contratos en particular.

Hay que destacar la muy interesante aportación a este tratado de Derecho civil de las normas constitucionales y demás de Derecho público que presiden el actual ordenamiento jurídico privado español. Lógicamente, se sitúa en principio el Estado de Derecho, cuyo poder está sometido a la Ley que dicta la representación nacional, con respecto de los derechos y las libertades del hombre y del ciudadano, como algo anterior y superior a la voluntad del legislador. De ahí su aleccionadora cita de la Constitución con la relación de derechos del individuo y del ciudadano: unos, con valor esencialmente político, y otros, referidos al vivir cotidiano y a la demanda de la colectividad al Estado para que conserve las condiciones necesarias para la vida en común, el desarrollo de la personalidad y el aumento del nivel de cultura, de calidad de vida y de riqueza social e individual. En esta línea, y bajo el epígrafe de los derechos y deberes fundamentales, el artículo 10 de la Constitución recuerda que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. Consecuente

con el artículo 14, los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. LACRUZ señala muy oportunamente los artículos aplicables a los derechos y situaciones de la persona: residencia, libertad ideológica y religiosa, prohibición de detención gubernativa hasta cierto plazo, derecho de trabajo y a la educación, conservación del medio ambiente, vivienda, etcétera.

Lógicamente, se alude al fundamento constitucional de la potestad legislativa, de donde emana la normativa jurídica en todas sus ramas. Por otra parte, el autor considera el planteamiento actual de los Derechos forales, así como la organización territorial y el vivo tema de las autonomías, muy importante para la justificación de las competencias jurídicas correspondientes.

El libro, pues, de *Derecho civil patrimonial e Introducción al Derecho*, del profesor LACRUZ, es un volumen magnífico para universitarios y profesionales de la abogacía.

ANTONIO REVERTE NAVARRO
Profesor Agregado de Derecho civil

MENÉNDEZ, JOSÉ: *Contradicciones y paradojas del impuesto sobre la renta*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1980.

Parece que estuviéramos en presencia de un libro dictado a fogonazos dispersos. El autor dispara su artillería crítica contra un blanco propicio: el texto desangelado de la Ley que regula este impuesto directo. JOSÉ MENÉNDEZ se para delante de cada uno de los artículos de la Ley y desmenuza el precepto con despiadada y objetiva lógica. El resultado es demoledor, y, sin embargo, según NARCISO AMORÓS, prologuista de la obra, parece que estamos en presencia de un libro de humor, de un texto alegre, que rubrica un desenfadado desplante frente a una reforma fiscal chata y poco afortunada.

En una primera visita a este libro-denuncia, tal vez el camino más idóneo para trabar conocimiento con sus planteamientos sea el de detenernos a contemplar algunos de los juicios en él contenidos, para sugerir el talante de esta disección a una dogmática controvertida.

Casi en el inicio de sus comentarios, el autor se extraña de que del hecho imponible de este tributo se excluyan los premios lúdicos. Nos dice: «No podemos comprender que quien consigue un premio de 30 millones de pesetas de la lotería lo perciba incólume de gravamen fiscal»

¿Es que para el legislador español merece menos respeto el trabajador, el profesional, la viuda y el ciudadano que revende su patrimonio que el que confía en los avatares de la suerte, que el que quiere progresar a golpe de azar, eludiendo el esfuerzo constructivo?»

Los países industrializados no se muestran tan frívolos como nosotros a la hora de marcar el norte en la brújula de la presión fiscal. Con la denominación gráfica de «windfall profits» sujetan a tributo un cúmulo de

beneficios atípicos y excepcionales, con el propósito de contemplar globalmente el conjunto de las rentas del contribuyente. Así se someten a imposición los incrementos patrimoniales de muy variadas y no siempre ejemplares procedencias (las ganancias procedentes del juego, del tráfico, del ejercicio de la prostitución o de la especulación).

En Alemania regulan esta materia los parágrafos 21 y 22 del «Einkommensteuergesetz», que norman el variado mundo de las rentas diversas, dentro de las que se sitúan las utilidades no incluibles en ningún otro supuesto de rentas previamente tipificadas, así como las que provienen de negocios especulativos o de operaciones ocasionales.

Por su parte, el artículo 92 del C.G.I. francés establece un paralelo tributario entre las rentas de los profesionales liberales, los lucros de las mujeres galantes y los beneficios conseguidos por los jugadores de bridge.

No tiene buena presentación el eufemismo hipócrita de tutelar determinados juegos en los que está implicado el propio Estado y excomulgar otros, incluso por la vía del Código penal, como acontecía en España hasta hace poco tiempo. La libertad ciudadana postula que se tolere el juego. Pero no existe ningún principio, ni moral ni jurídico, que aconseje entregar los frutos de la suerte, del envite o del azar, sin restarles la misma exacción que gravita sobre quienes allegan recursos para sus economías domésticas desde las dolorosas instancias del esfuerzo personal.

También enjuicia con acritud la pretendida transparencia fiscal: «El artículo 12 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ofrece una redacción hipócrita; por cuanto parece mostrar un endurecimiento legal frente a algunas sociedades interpuestas y lo que ocurre es lo contrario, ya que las cobija bajo una lenidad fiscal de que carecen las grandes entidades.»

Según el párrafo 2 de este precepto: «Se imputarán en todo caso a los socios y se integrarán en su correspondiente base imponible del Impuesto sobre la renta de las personas físicas o, en su caso, en el de sociedades, los beneficios o pérdidas obtenidos por las sociedades que se indican (sociedades de inversión mobiliaria, sociedades de cartera, sociedades de mera tenencia de bienes .), aun cuando no hubieran sido objeto de distribución.»

El inciso que afirma «o, en su caso, en el de sociedades», está pensado para el supuesto de que los socios de una sociedad fueran otras sociedades, que detentan fracciones de su capital social, cuyas sociedades miembros habrán de satisfacer, por sus beneficios, el impuesto de sociedades y no el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

No es muy afortunada la expresión «los beneficios o pérdidas obtenidos». Porque una pérdida no se obtiene, sino que, por el contrario, se padece o se sufre. Tal vez fuese más propio aludir a «los beneficios o pérdidas experimentados».

Es el artículo 20 de la Ley Reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas uno de los más complejos del texto legal. Regula, con una normativa casuística, los incrementos y disminuciones patrimoniales, cuyo importe se cifra generalmente en la diferencia entre los valores de adquisición y enajenación de los elementos patrimoniales. Por ello, en este precepto se detiene, con morosidad crítica, el autor:

«Como el legislador fiscal con frecuencia se muestra proclive a descoyuntar los conceptos jurídicos si tal desnaturalización rima con sus

postulados, de ahí que en el párrafo 5 del precepto mencionado se nos ofrezca un elástico y desenfadado concepto de lo que es un valor de adquisición: 'Cuando se trate de bienes adquiridos con anterioridad a la fecha de publicación de la presente Ley—B. O. E. de 11 de septiembre de 1978—se tomará como valor de adquisición el que figure en la primera declaración inmediata posterior que se formule por el Impuesto sobre el Patrimonio Neto cuando éste sea superior al de adquisición'.

Los resultados pretendidos por el legislador (que son justos) se lograrían igual con una proclamación más veraz y menos distorsionadora. Por ejemplo, el inciso que comentamos podía haber afirmado que: «... se gravará la diferencia entre el valor que figure en la primera declaración... y el de enajenación de tales bienes».

Ortodoxamente la Ley no ha querido ser retroactiva a efectos de estimación de los valores parangonables en cualquier alteración patrimonial, pues de otra forma hubiera cargado los costos de la inflación, de una forma exclusiva, sobre los hombros de los contribuyentes.

El inconveniente de muchos textos legales radica en el hecho de que, con el desco de ser esquemáticos, resultan verdaderamente jeroglíficos. Descifrar su escondida significación requiere un esfuerzo que podría situarse al nivel de la hermenéutica arqueológica. Y hay que remontarse en vuelo decidido, abandonando los páramos de la literalidad del precepto, para tratar de alcanzar la escondida «mens legislatoris».

En esta impureza críptica incurre el párrafo 7 del artículo 20 de la Ley Reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Como el escollo estriba en los términos literales de este párrafo, comenzamos este comentario por la transcripción a la letra del propio obstáculo, que dice: «En los supuestos de transmisión 'mortis causa', y cuando la adquisición o la enajenación hubiere sido a título lucrativo, constituirán los valores respectivos aquellos que se determinen a los efectos del impuesto de sucesiones y donaciones.»

JOSÉ MENÉNDEZ trata de desentrañar el verdadero sentido de este arcano, aparentemente inocuo.

Uno de los principales reparos hay que oponerle al inciso «y cuando la adquisición o la enajenación hubiere sido a título lucrativo».

En primer lugar le parece impropia la conjunción disyuntiva «o». La adquisición y la enajenación no representan dos mundos diferenciados y paralelos que nunca se rozan. Por el contrario, representan dos aspectos complementarios de una misma realidad. Si alguien enajena un objeto quiere decir que existirá otro sujeto jurídico que adquiere lo que el primero transmite. Es como en la compra-venta. Tiene que haber dos sujetos en la relación jurídica: el vendedor y el comprador; aquél se desprende de la cosa vendida y éste pasa a adquirir su dominio. No se puede hablar ni de enajenación, ni de compra, como si se tratase de dos compartimentos estancos, porque no es cierto.

Teniendo en cuenta que este párrafo trata de cifrar un incremento o disminución de patrimonio, constituido por la diferencia entre los valores de adquisición y enajenación de los elementos patrimoniales, por ello JOSÉ MENÉNDEZ sostiene que los dos primeros incisos del párrafo 7 son inconciliables. Porque en cualquier supuesto de transmisión «mortis causa» la enajenación es siempre a título lucrativo por definición. Luego habría que prescindir del condicionante «cuando» para pergeñar esta figura.

Por tanto, hay que pensar que el párrafo 7 considera como situaciones distintas las de la transmisión «mortis causa» y la de la adquisición o enajenación lucrativas.

Dejando, pues, a un lado el supuesto de las transmisiones «mortis causa», nos queda como ejemplo de enajenación lucrativa el de la donación.

Al donarse algo el adquirente a título lucrativo es el donatario. Y el correlativo enajenante lo es el que dona. Pero si nos remontamos al tiempo anterior en el que adquirió las cosas el donante, resulta que dicho donante participará de las dos titularidades sucesivas: habrá sido adquirente cuando los bienes accedieron a su patrimonio y será enajenante al hacer efectiva la nueva transmisión gratuita.

La obligación de retener—y la efectiva retención que la positiviza—es una obligación legal (en cuanto viene proclamada en una ley), pero, paradójicamente, no puede ser jurídica. Esta afirmación de JOSÉ MENÉNDEZ puede parecer estrambótica, pero no es así. Responde a la realidad de las cosas.

Con las retenciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se practican ingresos «a cuenta» que más propiamente son ingresos «por cuenta» de, por cuanto quien realiza estas entregas fraccionadas al Tesoro lo hace no para enjugar un débito propio, sino «por cuenta» de otro contribuyente, que será deudor en su día.

Los ingresos a cuenta son pagos parciales y anticipados. Y de esta realidad jurídica deriva la inconsecuencia que antes denunciábamos.

Porque pagar es extinguir una deuda. No se puede pagar una deuda inexistente, y si, anómalamente, esto se produce, el Derecho ha creado el resorte reparador de la restitución derivada del «pago indebido».

El pago o «solutio» implica el cumplimiento de la deuda, con lo que ésta se extingue y muere. Pero no puede morir nada que antes no haya nacido. Como no se puede en 1980 asesinar a una persona que pudiera nacer en el año 2000. Porque la muerte presupone la vida.

Pero tratándose del impuesto sobre la renta, la obligación fiscal no se genera hasta el 31 de diciembre de cada año en cuestión, porque en este tributo no se produce el devengo hasta que no concluye el «período impositivo». «Es decir—afirma ALBIÑANA—, el período impositivo viene a ser un elemento más de los que integran el 'hecho imponible real'».

El autor recensionado no comprende bien el porqué de la dureza con que el legislador fustiga a la propiedad horizontal. «No contento con considerar que es renta una porción del valor del piso que habitamos, vuelve a la carga y discrimina a los propietarios a la hora de apreciar gastos deducibles.»

El apartado 2 del artículo 16 comienza siendo tolerante y permite deducir de los rendimientos de los inmuebles los gastos pertinentes; pero termina con una injustificada tacañería normativa en lo referente a los inmuebles urbanos utilizados por sus propietarios, con respecto a los cuales no permite deducir (de los rendimientos ficticios) ninguna cantidad en concepto de gasto, salvo los intereses de los capitales ajenos invertidos en la adquisición o mejora de los bienes de que dichos rendimientos procedan.

Con este precepto negativo y drástico el legislador da la espalda a la realidad. Y no tiene en cuenta la prolija gama de gastos periódicos con

los que debe enfrentarse cada propietario de pisos. No es justo marginar este supuesto, apartándolo de una complaciente deducibilidad, al mismo tiempo que se preconiza la deducción en los restantes supuestos del artículo 16.

El párrafo 8 del artículo 20 de la Ley contempla los posibles incrementos y disminuciones patrimoniales de los títulos valores; la norma que contiene es la siguiente: «Cuando la alteración en el valor del patrimonio proceda de la enajenación de valores mobiliarios que coticen en Bolsa, el incremento o disminución se computará por la diferencia entre el coste medio de adquisición y el valor de enajenación determinado por su cotización en Bolsa en la fecha en que ésta se produzca.

Para la determinación del coste de adquisición se deducirá el importe de los derechos de suscripción enajenados.»

El autor no comprende por qué si los valores cotizan en Bolsa no se atiende al importe de la cotización en el momento de verificar la adquisición. En su lugar alude el legislador a un extraño «coste medio de adquisición» que no se sabe lo que es. Como en el momento de la enajenación hay que regirse por la cotización bursátil de los títulos, parecería lógico y sencillo limitarse a contrastar dos cotizaciones sucesivas, cuyo simple parangón delataría la diferencia en más o en menos.

La deducibilidad de los derechos de suscripción enajenados es perfectamente lógica. Pero no era necesario instrumentarla artificialmente como si tales derechos constituyeran un ingrediente del coste de adquisición.

Más autenticidad puede haber en limitarse a deducir de la totalidad de los ingresos derivados de la acción los gastos originados por su adquisición.

L. R.

SCOTTI CAMUZZI, SERGIO: *Unico azionista, gruppi. «lettres de patronage»*.

Número 18 de la Colección «Studi di Diritto Privato». Giuffrè. Milán, 1979.

Los decenios anteriores a la publicación del Código civil italiano de 1942 se caracterizaron por los apasionados debates doctrinales relacionados con la empresa individual con responsabilidad limitada y una de sus fórmulas, la anónima con accionista único, materia que fue también examinada en el XII Congreso Internacional del Notariado Latino de 1973, en el que figuran importantes aportaciones que no han alcanzado el relieve merecido.

En la senda indicada, VIVANTE llegó a redactar un anteproyecto de sociedades con socio único, pero su criterio no prevaleció en las comisiones preparatorias del futuro texto legal y éste adoptó una solución de compromiso, se dice que sugerida por el propio VIVANTE, plasmada en el actual artículo 2.362, que no proclama la disolución de la sociedad por acciones con accionista único, pero dispone que éste responde ilimitadamente de

las obligaciones contraídas por la sociedad durante el período de titularidad única.

La interpretación del texto no es fácil, como se verá, y la exégesis se ocupó de ello profundamente a raíz de una resolución dictada hace un decenio por la Corte Suprema, en la que se declaraba que la norma preveía exclusivamente el caso del solo accionista persona física. Toda la doctrina comentó en forma negativa la citada interpretación que, posteriormente, ha sido contradicha por otras de Tribunales inferiores.

En la Universidad Católica de Milán, con tal motivo, se celebró un coloquio del que fue ponente GUSTAVO MINERVINI y en el que intervino SCOTTI CAMUZZI. El ponente no sólo criticó la resolución aludida, sino que llegó a la conclusión de que el artículo 2.362 contenía un embrión de disciplina de grupos de sociedades. La tesis motivó unas notas del autor de la obra que recensamos en la «R. delle Società», en 1973, que encabezan su actual estudio en las que desarrolla la materia. Ciertamente el artículo 2.362 carece de paralelo en la normativa española, pero las consideraciones que formula SCOTTI CAMUZZI son tan interesantes, y hasta exquisitas, abarcando extremos no frecuentemente abordados por la dogmática mercantilista hispana, que las creemos dignas de una leve reseña.

Nuestro autor, con carácter previo, procede a replantear una serie de «dogmas menores» que se aceptan sin profundizar excesivamente y que en ciertos casos no pasan de ser sutilezas dogmáticas, propias de sofistas o escolásticos, no siempre conducentes a la rigurosa veracidad.

La legislación italiana, a su entender, parte de la base de la mayoría permanente en las sociedades por acciones; la accidental, la del caso concreto, es excepcional y carece de interés. Esta mayoría, sin ser tal en muchas ocasiones, es la que realmente ejerce el control de la sociedad. Su existencia es la más palpable expresión del fracaso de la democracia accionaria. Se fundamenta en la propiedad de las acciones, del capital social. La idea, tan cara a ASCARELLI, de una propiedad indirecta o de segundo grado, es más imaginativa que penetrante.

También la disociación entre propiedad y dirección es, en términos generales, un equívoco. El caso de los buques que navegan por el Rhin no para producir dividendos sino en beneficio de la economía general, es excepcional y académico. La disociación entre el interés de los accionistas y la «conciencia de rey» del «manager» puede existir, pero normalmente la disociación se produce entre los intereses del grupo de control y los típicos de la sociedad. La autofinanciación, con las consiguientes reducciones de dividendos, las constantes ampliaciones, pueden producir beneficios indirectos al grupo de control y no se revelan fácilmente ni aun rasgando lo que se ha denominado «frágil velo de la personalidad jurídica», que desde la perspectiva de los acreedores particulares de los accionistas es una verdadera «cortina de hierro» que les impide llegar hasta el patrimonio social. TOCQUEVILLE, refiriéndose al Estado, habló de la «inmaterialización del despotismo». No parece ilógico que ante las anónimas pueda hablarse de la despersonalización del capital.

El tema del artículo 2.362 conduce a una serie de exégesis y al análisis de materias más complejas, algunas en estado de fluidez. Un apretado resumen de las consideraciones de SCOTTI CAMUZZI invita a destacar los puntos siguientes:

1. La dificultad de delimitar el supuesto de accionista único según dicho artículo, dadas las múltiples hipótesis: mayoría sustancial, titularidad compartida de dos sociedades del mismo grupo, sujeción de parte de las acciones a un derecho de usufructo con posibilidad de voto en determinadas Asambleas, simulación.

2. Si la norma se refiere sólo a las personas físicas o sólo a las jurídicas, como sostiene la doctrina, y en este caso su aplicabilidad a las extranjeras, que resuelve afirmativamente, y el caso especial del «Anstalt» de Liechtenstein, por el que la jurisprudencia y doctrina italianas tan poca simpatía muestran. Si debe considerarse una persona jurídica, societaria o una simple fundación empresarial de índole particular.

3. La aplicabilidad de la norma a las sociedades públicas, con gerencia política, al parecer indudable.

4. Si el artículo citado constituye una mera especificación de la normativa general de quiebras italiana que, a juicio de BIGIARI y CANDIA, entre otros muchos, extiende a la disciplina de los grupos normas propias del mundo empresarial y por tanto amplía la bancarrota al socio tirano, al empresario oculto y al accionista único. Esta tesis es rechazada por nuestro autor, que cita en su apoyo no sólo la doctrina inglesa y el célebre caso Salomón, sino parte de la dogmática italiana capitaneada por ASCARELLI.

5. La confusión, tan frecuente, sobre la «responsabilidad»: Hay que distinguir entre la correspondiente a la dirección, culposa o penal, en el ejercicio de sus funciones, con la consiguiente obligación de resarcir daños y que para los terceros acreedores tiene escaso interés y la de los socios, que implica una garantía patrimonial directa o subsidiaria y que es la que realmente tiene en cuenta el acreedor de la sociedad.

6. La limitación de la responsabilidad y su fundamento. La empresa individual, por consideraciones fundamentalmente históricas y sociales, aparece dominada por la regla «Keine Herrschaft ohne Haftung»: la responsabilidad es ilimitada. El planteamiento de la responsabilidad limitada debe realizarse en un plano diverso, no antitético. La creación de la personalidad jurídica implica que el accionista no es un empresario, por muchas acciones que posea y aunque ejerza cargos directivos: es un simple financiador que aporta un capital al que limita el riesgo de empresa y que es objeto de simple postergación frente al de otros acreedores sociales.

7. La disposición del artículo 2.362 es excepcional y empírica y no encaja correctamente en la estructura orgánica de las sociedades italianas. Hay que advertir que en Italia las sociedades de personas, a diferencia de las de capitales, aunque se consideran sujetos de derecho carecen de personalidad jurídica y en tal rasgo se basa la ilimitada responsabilidad de sus socios. Pero el instituto societario no es un género del que dimanen diversas especies, sino una simple agrupación didáctica que distingue ambos tipos de sociedades y otras híbridas, como las comanditarias. Todas ellas han nacido y se han desarrollado con independencia. De ahí que además de los tipos híbridos se produzcan situaciones o disposiciones irregulares, como la sociedad de un accionista o la responsabilidad ilimitada del artículo 2.362.

8. Nuestro autor analiza lo que es el riesgo de empresa: éste no va anejo a la dirección de la sociedad, sino a la «ostentación del nombre». Por ello hay socios de entidades personalistas que no administran y accio-

nistas que dirigen sin otra responsabilidad que la del administrador. La excepcional disposición del 2.362 le hace plantear la posible naturaleza de la garantía que se ofrece a los acreedores: afianzamiento legal, solidaridad, asimilación al empresario individual. SCOTT CAMUZZI cree que la norma asimila el único accionista al socio con responsabilidad ilimitada.

9. La hipótesis de quiebra implica un nuevo problema, dada la esfera parcial de la responsabilidad ilimitada del accionista único: las deudas contraídas por la entidad durante la titularidad única. Estima que si cumple estas obligaciones, no procede su declaración en quiebra, aunque la sociedad pueda hallarse en tal estado debido a deudas anteriores o posteriores al período indicado.

Otros extremos merecen la atención del autor de esta obra, en cuya última parte se ocupa ampliamente de las llamadas «Lettres de Patronage» y del importante papel que están jugando en el mundo financiero actual en el que cada vez adquieren posiciones más destacadas los grupos de sociedades, instrumentos preciosos de descentralización en estos momentos en que parecen primar la concentración y la burocratización.

Tres partes juegan en esta esfera: la entidad patrocinante, la patrocinada y el acreedor, normalmente un Banco. Su ámbito ordinario es el mundo del honor, con Códigos más estrictos que los que se hacen respetar con normas coercitivas. El «gentlemen's agreement» afecta al crédito y a la permanencia en determinada esfera social.

En principio la «lettre» contiene una simple declaración sin voluntad negocial, pero su contenido puede ser muy vario: confesión extrajudicial de la condición de único accionista de la patrocinada; o de controlar la misma, o de formar parte del propio grupo; de realizar lo necesario para que cumpla sus obligaciones; de no permitir que en sus relaciones con el Banco éste sufra daño alguno, etc. Unas son meras fórmulas morales; otras constituyen garantías formales y solemnes y, por el artículo 2.362, tan citado, la confesión de accionista único implica un afianzamiento legal.

En los párrafos dilatados de SCOTT CAMUZZI se plantean numerosos problemas: obligación moral o jurídica o de comunicar la pérdida de la calidad de accionista único o control de la patrocinada; error o falsedad en las manifestaciones; indemnizaciones en caso de incumplir los deberes expresamente asumidos, etc.

Las «Lettres» referidas acostumbran a tener la misma base: una valoración dudosa o negativa de la situación patrimonial de la sociedad patrocinada.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

REVISTAS

I. REVISTAS COMENTADAS

EL USUFRUCTO VIDUAL ABINTESTATO EN CATALUÑA (Naturaleza jurídica e inscripción en el Registro de la Propiedad), por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA. *Revista Jurídica de Cataluña*. Octubre-diciembre de 1980.

Este extenso trabajo se divide en cuatro apartados: el primero relativo a la naturaleza jurídica de la figura, el segundo a su relación con otras afines, el tercero dedicado al estudio de la Resolución de la Dirección General de los Registros de 27 de septiembre de 1974, y finalmente el cuarto a las cuestiones que plantea la inscripción de este derecho en el Registro de la Propiedad. Hemos de limitar nuestra reseña a lo publicado cuando se redacta esta nota: los apartados primero y segundo.

Perfila el autor la naturaleza jurídica de este usufructo, por exclusión de lo que a su juicio no es: legítima o herencia en sentido estricto. Ello le lleva a la conclusión de que el usufructuario del artículo 250 de la Compilación de Cataluña es un legatario legal, o si se quiere, como última concesión, un sucesor particular «ex lege», aunque entre ambas posiciones, como dirá después, la diferencia es puramente terminológica.

No cabe hablar de legítima, porque ésta es un derecho forzoso y, en consecuencia, se aplica tanto en la sucesión testada como en la intestada. Este usufructo, por definición, sólo se aplica a la sucesión abintestato. Las consecuencias prácticas de esta primera conclusión son, en síntesis, que no cabe aplicar al supuesto del artículo 250 los artículos 14 y 15 de la Ley Hipotecaria a propósito de la concurrencia de legitimario con heredero único y de las menciones de legítima, como tampoco las normas de la Compilación relativas a la legítima, ni siquiera como legislación supletoria.

No implica, asimismo, título o cualidad de heredero, como lo demuestra el artículo 110 de la propia Compilación, que con referencia a la sucesión testada considera al heredero instituido en usufructo como legatario cuando concurre con heredero universal, disposición que en buena lógica también debe aplicarse a la sucesión intestada, en la que el llamamiento procede de la Ley. Y éste es precisamente el caso del artículo 250, donde siempre tiene que darse la concurrencia entre usufructuario y herederos. Las consecuencias prácticas de esta segunda conclusión son que no cabe, en cuanto a este usufructo, una directa declaración de herederos abintestato, y que el heredero o herederos podrán manifestar y partir la herencia respectivamente, en cuanto al derecho de nuda propiedad, sin la concurrencia del viudo usufructuario.

Excluidas estas dos posibilidades, el autor cataloga el usufructo del artículo 250 como una adquisición a título particular «mortis causa» que puede configurarse como legado legal o sucesión particular «ex lege» y que por su contenido es un usufructo universal de herencia o de una cuota de ella.

En defensa de la controvertida figura del legado legal, utiliza cuatro argumentos que aunque desbordan un poco el tema central, recogemos por su evidente interés. Así, dice en primer lugar que si tratándose de un heredero se admite sin ninguna dificultad la doble posibilidad de llamamiento voluntario y legal, no se ve por qué no va a admitirse esa doble diferenciación en el concepto de legatario, que es contrapuesto y paralelo al de heredero. Añade la opinión favorable de un sector importante de la doctrina (así, Messineo, que considera expresamente como tal el usufructo del cónyuge supérstite, y en nuestra patria, De Buen y Casso). Como contrapartida, es muy significativo la falta de argumentos serios por parte de los autores que no admiten esta figura. Cabe apuntar aquí la opinión de Lacruz sobre el tema, que en el trabajo se recoge con detalle. Finalmente, la propia Compilación confirma su admisión si ponemos en concordancia los artículos 250 y 255 de la misma.

La segunda parte del trabajo está dedicada al estudio comparativo de este usufructo con otros derechos viduales. Son éstos, el año de luto, la tenuta, la cuarta marital, la viudedad aragonesa, el usufructo de fidelidad navarro, el de regencia catalán resultante de heredamientos y finalmente el usufructo legitimario reconocido al cónyuge viudo por el Código civil. Veamos en esquema cada supuesto, con intención de facilitar la consulta a los que pretendan un examen en profundidad.

— El año de luto se diferencia del usufructo vidual abintestato, porque se da con independencia del tipo de relación hereditaria, se atribuye sólo a la viuda, es esencialmente una prestación alimenticia, tiene conexiones con el Derecho de Familia y diferencias en su regulación específica. Si el usufructo es universal, excluye el año de luto.

— La tenuta une a las diferencias ya apuntadas para el año de luto, su función de garantía en la restitución de la dote o esponsalicio, y las causas de su no adquisición o pérdida. Como coincidencias entre ambos derechos señala su adquisición «ipso iure» y su posible compatibilidad.

— Tanto la cuarta marital como el usufructo vidual son derechos sucesorios del cónyuge viudo, pero a la incompatibilidad entre ambos se une su diferente naturaleza jurídica, ámbito y regulación.

— La viudedad aragonesa y el usufructo de fidelidad navarro se dan tanto en la sucesión testada como en la intestada, y ambas son instituciones de marcado carácter familiar, aparte de las diferencias en su respectiva regulación, entre las que cabe citar la relativa al inventario.

— Con relación al usufructo catalán de regencia, además de su carácter familiar, existe una diferencia clara en cuanto al título o llamamiento sucesorio, que en este caso es contractual.

— Finalmente, en cuanto a las diferencias con el usufructo legitimario del cónyuge viudo en el Código civil, el autor destaca las siguientes: la naturaleza de ambas figuras es distinta y no puede reducirse a una pura diferencia de cuantía, según los supuestos de concurrencia; la cualidad de no heredero es mucho más clara en el usufructuario catalán; la posibilidad de conmutación que admite el artículo 839 del Código civil no es

aplicable al usufructo del artículo 250 de la Compilación, y en contrapartida, la facultad de administración provisional recogida en el párrafo segundo del artículo 250 no tiene lugar en el usufructo del Código civil.

EL SISTEMA MATRIMONIAL SEGUN LA CONSTITUCION Y LOS ACUERDOS DE LA SANTA SEDE, por MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. *Anuario de Derecho Civil*. Julio-septiembre de 1980.

Conforme a la Constitución, habría sido posible establecer en España el sistema de matrimonio civil obligatorio con forma exclusivamente civil, que ha sido defendido como el más respetuoso con la libertad religiosa. Ahora bien, el acuerdo sobre asuntos jurídicos con la Santa Sede, firmado en 3 de enero de 1979 y ratificado en 4 de diciembre del mismo año, acota las posibilidades del legislador. Y el autor se pregunta: ¿establece el acuerdo un sistema civil facultativo de tipo latino?, es decir, ¿reconoce dos clases de matrimonio, el religioso y el civil, sometidos uno y otro, en principio, a legislación y jurisdicción diferentes? Frente a la tesis afirmativa de Fuenmayor, Peña pone de manifiesto los obstáculos constitucionales a la eficacia civil de la competencia *legislativa* y *jurisdiccional* de la Iglesia en materia de matrimonio.

— Conforme a la Constitución, corresponde al Estado regular las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, y como (según veremos después), las cuestiones litigiosas sobre validez o nulidad de un matrimonio, incluso contraído en forma religiosa, no pueden ser sustraídas a los Tribunales civiles, el Estado tampoco puede abdicar su competencia legislativa en favor de la Iglesia, pues lo contrario equivaldría a admitir que los Tribunales civiles juzguen sobre el fondo del matrimonio, aplicando las normas canónicas, que obligarían a hacer discriminaciones jurídicas por razón de religión, contra el principio constitucional de no discriminación.

— Tampoco puede entenderse que el acuerdo atribuya a la Iglesia, a efectos civiles, competencia jurisdiccional, en sentido propio, pues ello iría en contra de los principios de unidad jurisdiccional y exclusividad de competencia de los Juzgados y Tribunales, consagrados en distintos artículos de la Constitución. Además (como sostiene más adelante el autor), las resoluciones eclesiásticas en materia de validez o disolución del matrimonio no pueden ser ejecutadas de manera automática por los Tribunales del Estado (ni siquiera es suficiente el *exequatur*). Por el contrario, es necesario que la cuestión de fondo sea ventilada ante éstos, dando posibilidades de defensa a las partes y al Ministerio Fiscal.

En conclusión, el autor entiende que el sistema que permiten la Constitución y el acuerdo es el de matrimonio civil obligatorio con forma religiosa facultativa, caracterizado además por una cierta relevancia civil de las decisiones eclesiásticas sobre la existencia del vínculo matrimonial.

¿Qué ha obtenido entonces la Iglesia en los acuerdos? Por de pronto, dar vigencia a una cierta concepción desestatalizada del matrimonio que se manifiesta especialmente en los requisitos y efectos de la inscripción registral (desaparece la intervención del Juez encargado; se limita el juicio de legalidad de éste, previo a la inscripción, a los datos que resulten de

la certificación eclesiástica acreditativa del matrimonio y del propio Registro; y la inscripción no es necesaria para el reconocimiento por el Estado de los efectos civiles, sino sólo «para el pleno reconocimiento de los mismos»). Además, aunque la potestad jurisdiccional en las causas matrimoniales corresponde exclusivamente al Estado, ello no impedirá que los órganos eclesiásticos puedan arrogarse, en su ámbito y a sus efectos, funciones jurisdiccionales, si bien sus resoluciones no tendrán a efectos del Estado el valor de sentencias, aunque podrán constituir una base para facilitar el correspondiente proceso civil.

PRESUPUESTOS Y MODALIDADES DE EJECUCION DE LA ACTIVIDAD URBANIZADORA, por JOSÉ A. LÓPEZ PELLICER. *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 206. Abril-junio de 1980.

En el esquema de la vigente legislación del suelo, el proceso urbanístico se desarrolla en tres etapas: ordenación y planeamiento; ejecución de los planes, y control de las actuaciones de edificación y uso del suelo. Este trabajo aborda exclusivamente la segunda etapa, o sea, la acción de «convertir los planes en realidad urbana», o dicho de otro modo, el conjunto de actuaciones y operaciones de diversa naturaleza que tienen por objeto dotar al suelo de los elementos y servicios necesarios para su edificación y utilización urbanística.

La ejecución de los planes de ordenación, dice el autor, es de competencia pública que corresponde al Estado, entidades urbanísticas especiales y de modo preferente a los Ayuntamientos. No rige en esta materia el principio de subsidiariedad de la acción pública respecto de la privada, si bien, aunque la titularidad de las competencias corresponde a la Administración, su *ejercicio* puede ser objeto de transferencia a los particulares mediante un acto de habilitación implícito en la determinación del sistema de actuación o concretado de forma expresa.

El desarrollo de la actividad urbanizadora en las distintas clases de suelo ha de afectar por regla general a «polígonos completos», previa elaboración y aprobación de los correspondientes *proyectos de urbanización*, que son instrumentos técnicos para la ejecución de los planes, posteriores a éstos en el tiempo y sin naturaleza normativa, pues están subordinados al plan que desarrollan y aplican en concreto.

Se dedica especial atención a los *sistemas de ejecución* de los planes, o técnicas para «aplicar la plusvalía urbanística a la ejecución de la obra urbanizadora», tema estrechamente ligado con el de los *sistemas de contratación*, que se ordenan a la selección del contratista que ha de ejecutar las obras; y con el de la *distribución de las cargas* de la urbanización entre los propietarios (en justa compensación por los beneficios que reciben de la actividad urbanizadora), mediante procedimientos instrumentados legalmente (reparcelación, compensación de volúmenes, indemnización, en su caso).

Concluye el trabajo con un epígrafe dedicado a la actividad urbanizadora en los municipios que carecen de planeamiento urbanístico, que ha de canalizarse a través de «proyectos de obras de urbanización» sujetos a lo dispuesto con carácter general por la Ley de Régimen Local.

II. NOTICIA DE REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Octubre-diciembre de 1980

Teoría general de la reserva hereditaria, por Luis H. Clavería Gosálvez, págs. 827 a 863.

La obligación de indemnizar por parte del Estado en los supuestos de daños a las personas causados por bandas o grupos armados (Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero), por Mariano Fernández Martín-Granizo, págs. 865 a 913.

El derecho a la intimidad en la Constitución, por Teresa Puente Muñoz, págs. 915 a 927.

Enero-marzo de 1981

Observaciones críticas en tema de Derecho subjetivo, por Carlos Vattier Fuenzalida, págs. 3 a 39.

Colisión intraestatal de ordenamientos. Derecho civil y Derecho mercantil. Normas de conflicto, por Luis Figa Faura, págs. 41 a 83.

La doctrina del interés nacional y su ámbito espacial de aplicación, por Alfonso Luis Calvo Caravaca, páginas 85 a 107.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Núm. 113, octubre-diciembre de 1980

Los orígenes del regadío en España, por Eugenio Nadal Reimat, páginas 7 a 33.

Estructura de costes, por naturaleza, de explotaciones agrarias con

rentas comparables en el ejercicio 1979, por Angel Olano Suárez, páginas 39 a 55.

Aproximación sociológica al comportamiento electoral de la comarca del Bajo Duero, por Juan Manuel García Bartolomé, págs. 59 a 73.

Análisis económico de las funciones de producción agrícola. Una aplicación al cultivo del trigo, por Ramón Alonso Sebastián y José Enrique Rodríguez Barrio, págs. 77 a 109.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Núm. 208, octubre-diciembre de 1980

La garantía constitucional de las autonomías locales, por Ramón Martín Mateo, págs. 609 a 626.

El llamado préstamo sindicado internacional y las Corporaciones locales, por Juan A. de Zulueta, páginas 627 a 678.

La legislación española de montes, y especialmente de montes catalogados, en sus relaciones con el régimen provincial, por Eduardo Tarrats y Fontanelles, págs. 679 a 710.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Núm. 151, enero-febrero de 1981

La política presupuestaria y de deuda pública, por M. Sebastián, páginas 17 a 50.

El progreso científico en la economía pública, por Ricardo Calle Saiz, págs. 51 a 66.

Panorámica sobre treinta años de evolución en la literatura tributaria contemporánea, por Eusebio González García, págs. 67 a 94.

Vicisitudes en la clasificación de los saberes sobre la Hacienda Pública durante los últimos treinta años, por J. L. Pérez de Ayala, págs. 95 a 134.

Tendencias actuales en el campo de la Hacienda Pública, por Bernard P. Herber, págs. 135 a 146.

Los esquemas de reforma tributaria en España, por Julio Banacloche, páginas 147 a 174.

La reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por Cesare Cosciani, págs. 175 a 196.

Memorándum sobre el Derecho tributario español (década de los setenta), por Narciso Amorós Rica, páginas 197 a 261.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núms. 436-437, enero-febrero de 1981

En torno al concepto y naturaleza del Derecho a la intimidad personal y familiar, por Jaime Vidal Martínez, págs. 3 a 17.

Núm. 438, marzo de 1981

Aspectos constitucionales y jurídico-positivos sobre la institución de la familia, por Enrique Casas Barquero, págs. 186 a 194.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Diciembre de 1980

El auxilio jurisdiccional internacional en materia penal y los trabajos del Consejo de Europa, por Blanca Pastor Borgoñón, págs. 557 a 596.

La aurora de la razón jurídica, por

José María Oliveira Aldamiz, páginas 597 a 609.

Enero de 1981

Justicia tardía no es justicia, por Gustavo López-Muñoz y Larraz, páginas 5 a 19.

El consentimiento coaccionado en el matrimonio civil español, por José María Martinell Gispert-Sauch, págs. 21 a 52.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Enero-marzo de 1981

Proyecto de Ley concursal, por Comisión de Cultura del Colegio de Abogados de Barcelona, págs. 7 a 72.

El usufructo viudal abintestato en Cataluña (segunda parte), por José Manuel García García, páginas 73 a 132.

Vecindad administrativa y vecindad civil. Génesis de un concepto legal, por Miguel Coca Payeras, páginas 133 a 178.

Problemática de la pena y seguridad ciudadana, por Santiago Mir Puig, páginas 179 a 192.

Aspectos jurídicos de la adhesión de España a las Comunidades Europeas, por Enrique González Sánchez, págs. 193 a 206.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Febrero de 1981

Transferencia de tecnología extranjera y contratos de asistencia técnica, por Carlos Icart Ferrer, páginas 117 a 127.

En torno a la simulación de matrimonio civil (continuación), por Salvador Carrión, págs. 128 a 152.

La documentación de patentes como medio de información para la propiedad industrial, por Arturo Cauqui, págs. 153 a 159.

REVISTA DE DERECHO
URBANISTICO

Octubre-diciembre de 1980

El derecho a la licencia y la suspensión de su otorgamiento, por Francisco Perales Madueño y Pedro José Sanz Bixareu, págs. 13 a 72.

Puntualizaciones sobre dotaciones del planeamiento y sobre cesiones obligatorias de terrenos, por Pedro José Sanz Boixareu, págs. 73 a 96.

Sobre los derechos de los propietarios del suelo en los supuestos de modificación, adaptación y revisión de planes, por Francisco Perales Madueño, págs. 97 a 124.

Sobre la naturaleza de los catálogos de la legislación urbanística, por Sebastián Grau Avila, págs. 125 a 138.

Enero-febrero de 1981

Derecho urbanístico y medio ambiente urbano, por Martín Basols Coma, págs. 15 a 44.

El urbanismo ante el Derecho, por Luciano Parejo Alfonso, págs. 45 a 70.

Comentarios en torno a la prevista revisión del Plan General del Area Metropolitana de Madrid, por César Javier Sanz-Pastor Palomeque.

