

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LII • Enero - Febrero 1976 • Núm. 512

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

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

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Cariñanos.

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

Imprenta SAN JOSE.—Leganitos, 24.—Madrid-13

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«Consideraciones sobre la sustitución fideicomisaria de acciones», por AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ	9
«Algunas consideraciones acerca de las inscripciones a favor de mujer casada después de la reforma del Código civil», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	31
«Las empresas mutualísticas y el Derecho mercantil en el ordenamiento español», por FRANCISCO VICENT CHULIÁ	69

JURISPRUDENCIA:

Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABAILEIRO	135
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ, JOSÉ QUESADA SEGURA, JAVIER SÁENZ VILLAR, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y FRANCISCO CASTRO LUCINI	165
2. Jurisprudencia mercantil, por RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS	218
3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	224
III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	251

LIBROS:

«Régimen jurídico de las ventas a plazos», de VICENTE BALDÓ DEL CASTAÑO, por CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO	245
«Los planes directores territoriales de coordinación en la nueva Ley del Suelo», de JOSÉ MARTÍN BLANCO, por JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY	250
«Notas de Derecho Financiero», de F. SAINZ BUJANDA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	252
«Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá», de O. SALAS, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	255
«Procedimiento económico administrativo», de A. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	257
«La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos», de JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ, por CELESTINO A. CANO TELLO	260

ESTUDIOS

Consideraciones sobre la sustitución fideicomisaria de acciones *

SUMARIO. I. *Introducción.*—II. *Posición jurídica del fiduciario.*—III. *La sustitución fideicomisaria de acciones:* 1. Derechos y obligaciones del fiduciario. 2. La sustitución fideicomisaria y el derecho de suscripción preferente. Atribución de las acciones emitidas en las ampliaciones de capital.—3. El gravamen de restitución y su incidencia sobre la posición del socio. Enajenación de las acciones.

I. INTRODUCCION

Es un dato conocido, al que con frecuencia debe remitirse el estudio del Derecho, la existencia de un conflicto potencial o real entre los distintos sectores del ordenamiento jurídico. No pensamos ahora en la conocida tensión entre un derecho general o *común* y un derecho especial. Nos referimos más bien a la incidencia que se produce entre sectores normativos que disciplinan distintas parcelas de la realidad social, con independencia de su carácter general o especial. La clásica tensión entre el Derecho mercantil y el Derecho sucesorio es una de las manifestaciones de ese conflicto. Es cierto que ambos sistemas de normas coinciden en la protección de intereses patrimoniales genéricamente considerados. Pero, en todo caso, la coincidencia es limitada. Las normas mercantiles atienden al fenómeno de la actividad empresarial, y, en consecuencia, se adecuan al dinamismo propio de esa actividad; en particular, el Derecho de las sociedades mercantiles, como Derecho regulador de las formas colectivas de explotación de la empresa, presenta un marcado dinamismo estructural. El Derecho sucesorio, por el contrario, atiende preferentemente a un interés patrimonial esencialmente estático. La transmisión *mortis causa* de bienes no es, en principio, una transmisión de bienes activos, sino simplemente el mecanismo jurídico que posibilita la sucesión en la titularidad de esos bienes abstractamente considerados. Si a ello añadimos el hecho de que las normas jurídico-sucesorias están pensadas para una estructura social precapitalista, más que de titularidad empre-

(*) Escrito para los *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Vicente y Gella*.

sarial (1), se comprenderá sin dificultad no sólo la permanencia de ese conflicto, sino también su gravedad. Corresponde a la jurisprudencia y la doctrina la labor dirigida a armonizar los distintos sectores del ordenamiento aunando la diversidad de los principios mercantiles y sucesorios mediante una interpretación coherente con las necesidades actuales del tráfico y de la realidad social (2).

Las dificultades de esta armonización se acentúan en el supuesto de la sustitución fideicomisaria. En este caso, a los inconvenientes propios de esta tarea se unen los específicos de la institución (3), que el Código civil español regula en los artículos 781 y siguientes. De un lado, el hecho de que la sustitución fideicomisaria origine una titularidad limitada temporalmente (4) y, de otro, la tormentosa historia de esta institución (5), que repercute decisivamente en su configuración jurídica actual, son factores que hacen particularmente difícil cualquier esfuerzo de construcción en este sector.

El tema de la sustitución fideicomisaria de acciones, a que aquí nos referimos, se presenta así como un tema especialmente delicado. Tal vez se piense con algún fundamento que, en todo caso, el interés de esta materia decrece si se tiene en cuenta que las sustituciones fideicomisarias no son frecuentes o habituales en la práctica, y menos aún en los supuestos en que inciden sobre las acciones de una sociedad (6). La sucesión

(1) V. por todos Díez-PICAZO, *La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil*, «R. D. M.», 1965, pág. 294.

(2) Ha sido quizá la doctrina alemana la que con mayor intensidad ha profundizado en el estudio de la armonización entre Derecho mercantil y Derecho sucesorio, en particular, en materia de sociedades personalistas. Para una exposición suficiente del estado actual de la investigación, v. P. ULMER, *Gesellschafter-nachfolge und Erbrecht*, «Z. G. R.», 1972, págs. 195 y sigs. y 324 y sigs. Para el estudio de la *Vor- y Nacherbfolge* con referencia a la problemática mercantil, véanse las *Dissertationen* de PICOT, *Vor- und Nacherbbschaft an der Gesellschafter-stellung in einer Personengesellschaft*, Münster, 1966, y de ROHLFF, *Niessbrauchsver-mächtnis oder Vor- und Nacherbbschaft im Unternehmertestament*, Göttingen, 1968. Véase también HAUSHEER, *Erbrechtliche Probleme des Unternehmers*, Berne, 1970, páginas 59 y sigs. y 220.

(3) La dificultad de la materia relativa a la sustitución constituye lugar común desde BARTOLO, *Opera omnia*, París, 1590 (ad L. 25 D. de vulg. et pup. subst.), folio 125, n. 9. V. también las palabras introductorias que FUSARIO dedica al lector en el *Tractatus de substitutionibus*, Venecia, 1694.

(4) Sobre las titularidades temporalmente limitadas, v. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1955, págs. 679 y sigs.

(5) V. TRIFONE, *Il fedecomesso. Storia dell'istituto in Italia dal diritto romano all'inizio del secolo XVI*, Roma, 1914; TRIA, *Il fedecomesso nella legislazione e nella dottrina del secolo XVI ai nostri giorni*, Milano, 1945; CARVALE, voz *Fedecomesso* (diritto intermedio), en *Enciclopedia del diritto*, XVII, 1968, páginas 109 y sigs. Entre los autores españoles, algunos datos de interés en J. COSTA, *Fideicomisos y albaceazgos de confianza y sus relaciones con el Código civil español*, Madrid, 1905, págs. 7 y 41.

(6) No disponemos de datos estadísticos específicos sobre la práctica española. Los estudios realizados en el sistema italiano, tan próximo al español, pa-

en la titularidad de posiciones de poder empresariales o societarias—al menos, en el seno de las sociedades de capital—suele tener carácter extratestamentario. Los estudios de sociología jurídica ponen de manifiesto la función secundaria que en la actualidad cumple el testamento, cuya utilización parece limitarse—de modo creciente—a la de medio de conservación indivisa de una pluralidad orgánica de bienes (sirva de ejemplo el párrafo 2.º del art. 1.056 de nuestro Código civil) o a la de instrumento al servicio de una más beneficiosa posición (económica) del cónyuge supérstite (7). No es de extrañar, por tanto, que la sustitución fideicomisaria, como institución testamentaria del heredero, no sea recurso de generalizada utilización para la sucesión, tanto en las titularidades empresariales como en las posiciones de poder económico en las estructuras societarias.

No es menos cierto, sin embargo, que en algunos casos los tradicionales perfiles *dinásticos* del fideicomiso pueden servir a fines de carácter empresarial. En este sentido cabe incluso apreciar un notable paralelismo entre la función originaria del fideicomiso y de la sustitución fideicomisaria, y la concreta finalidad perseguida en la actualidad con la sustitución fideicomisaria de acciones. El fideicomiso puro surgió históricamente en el Derecho romano como un medio indirecto de que podían valerse los testadores para atribuir una liberalidad a personas que jurídicamente eran incapaces para recibirla. Era, en definitiva, un *encargo* encomendado a la fe de otro—la *fides* desempeñaba un papel fundamental—con el fin de favorecer *mortis causa* a personas que carecían de la testamentificación pasiva (mujeres, célibes, extranjeros). Frente al puro fideicomiso, la sustitución fideicomisaria se presenta como una institución de desarrollo posterior, en la que se combinan la sustitución y el fideicomiso como un medio de consolidación del patrimonio de las familias evitando su disolución y consiguiente ruina (8). Pues bien, podríamos decir que en la sustitución fideicomisaria de acciones se manifiestan aún estas funciones. Al igual que el fideicomiso puro, la sustitución fideicomisaria de

recen confirmar la escasa utilización de las sustituciones fideicomisarias (v. FERRARI, *Successione per testamento e trasformazioni sociali*, Milano. 1972. págs. 148 y siguientes). Es conveniente, no obstante, proceder con suma cautela en la extensión de estos resultados a la realidad española; en primer lugar, por la diversidad de datos legislativos (el Código civil italiano de 1942 regula la sustitución fideicomisaria con un criterio más restrictivo que el Código civil español: v. arts. 692 y sigs.), y en segundo lugar por la vitalidad de la institución en el Derecho foral catalán (arts. 162 y sigs. de la Compilación de Cataluña de 21 de julio de 1960; véase también la Exposición de Motivos de la Compilación, cuyas manifestaciones al respecto resultan quizá excesivamente optimistas; v. PALOMAR BARÓ, en PUIG PEÑA-PALOMAR BARÓ, voz *Fideicomiso*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, IX, Barcelona, 1958, págs. 736 y sigs. y 752).

(7) V. FERRARI, *ob. cit.*, págs. 167 y sigs.

(8) V. por todos, J. COSTA, *ob. cit.*, págs. 7 y 22 y sigs.

acciones constituye—en ocasiones—un medio de atribuir una liberalidad a personas incapaces para recibirla. Lo que sucede es que cuando esto acontece no se trata de una incapacidad en sentido jurídico, sino de cierta falta de capacidad para la actuación en el mundo económico. El recurso al sistema del fideicomiso permite atribuir un concreto paquete de acciones a una determinada persona—por lo general, aquella que el testador considera más capaz para la administración de los títulos—, obviando de esta manera la falta de capacidad de aquellas otras personas a las que, sin embargo, el testador pretende beneficiar. Esta primera finalidad explica también que la sustitución fideicomisaria de acciones—como tal sustitución fideicomisaria—sirva para la conservación indivisa del paquete de acciones, lo que se traduce—o puede traducirse—en el mantenimiento del control de la sociedad o de un determinado equilibrio de poder en el seno de la misma.

II. LA POSICION JURIDICA DE FIDUCIARIO

Antes de entrar en la concreta consideración de la sustitución fideicomisaria de acciones es conveniente aludir a la posición jurídica del fiduciario. Para ello no estará de más comenzar recordando las ideas esenciales acerca de la distinción entre el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria. Como es sabido, surgidas ambas instituciones en distintos momentos de la evolución jurídica del pueblo romano, al servicio de finalidades sólo parcialmente coincidentes, una y otra institución mantienen su estructura y su significación originarias. Lo característico del fideicomiso puro consiste precisamente en que con él no se constituye más que una sola liberalidad, es decir, que el testador la hace en contemplación a una sola persona. Por eso se puede decir que en el fideicomiso puro, en el que sólo hay una última referencia personal, no hay en realidad más que un solo heredero; como se ha venido afirmando, el fiduciario u hombre de confianza viene a desempeñar solamente el papel de un mero «ejecutor testamentario» que da cumplimiento eficaz a lo que ordenó el causante. En contraposición a esta imagen, la sustitución fideicomisaria implica la existencia de dos liberalidades, la contemplación de una doble instancia personal. En la sustitución fideicomisaria se produce la institución sucesiva de varios herederos, de modo que uno es llamado para después que haya sido heredero otro durante cierto tiempo o hasta que suceda o no determinado acontecimiento. El testador establece una doble o múltiple vocación sucesoria, de modo tal que el segundo heredero—el heredero *fideicomisario*—lo es tan sólo *para después* que lo haya sido el otro: el denominado heredero *fiduciario*. El fiduciario no es aquí un simple hombre de confianza que ha de cumplir el encargo encomendado por el tes-

tador, sino el beneficiario de una liberalidad del testador. A diferencia de lo que sucede en el fideicomiso puro, en la sustitución fideicomisaria hay una sucesión temporal en la titularidad de la herencia y, en definitiva, dos herederos (9).

En la actualidad, el fideicomiso puro tiene muy escasa vigencia en nuestro ordenamiento. En su sección relativa a las sustituciones hereditarias, y concretamente en el número cuarto de su artículo 785, el Código civil se limita a contemplar el fideicomiso en su forma tácita o reservada (fideicomiso de confianza) para establecer expresamente su prohibición. Mejor estimación han merecido, en cambio, las sustituciones fideicomisarias, aunque haya que señalar también que la disciplina legal es bastante parca, reducida a ocho artículos (781 al 788), y más atenta a la determinación de los casos de nulidad o eficacia de las referidas sustituciones que a la materia relativa a su contenido y efectos. En contraste con este recelo del Código civil frente al fideicomiso y la misma sustitución fideicomisaria—recelo que tiene su explicación en las corrientes liberales, contrarias a todo tipo de vinculaciones (10), y que se percibe, incluso en forma acusada, en otros Códigos modernos (11)—, la compi-

(9) La similitud entre la sustitución vulgar y la sustitución fideicomisaria es, sin embargo, grande; para una enumeración de los problemas a que da lugar esta similitud, v. ALBALADEJO, *Sustituciones hereditarias*, Oviedo, 1956, págs. 104 y sigs.

(10) Conviene señalar, no obstante, que el Código civil español (arts. 781 y siguientes) es menos receloso ante las sustituciones fideicomisarias que el modelo francés. Como es sabido, la Ley de 14 de noviembre de 1792 prohibió en Francia todo género de sustituciones que tuviesen color de vinculación, prohibición que reiteraría el artículo 896 del Código civil francés de 1804. La prohibición revolucionaria francesa—que poco después de la promulgación del Código civil comenzaría a encontrar importantes dulcificaciones—influyó en la Ley española de 11 de octubre de 1820 (reestablecida en 30 de agosto de 1836), por la cual quedó prohibido fundar en lo sucesivo directa o indirectamente mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía ni vinculación alguna sobre ninguna clase de bienes o derechos. Ciertamente, la influencia francesa encontró ya campo abonado en la ideología *ilustrada* española de la época, la cual había conseguido un importante triunfo con la aprobación de la Real Cédula de 14 de mayo de 1789, por la que se dispuso la necesidad de Real licencia para la fundación de mayorazgos, que se concedía a consulta de la Cámara y nunca sin que precediera conocimiento de la condición de la familia, estado de fortuna, evitando que se constituyeran sobre bienes raíces. El criterio de la Ley de 1820 fue seguido también por el Proyecto de Código civil de 1851; v. J. COSTA, *ob. cit.*, págs. 27 y sig.; CLEMENTE DE DIEGO, *El fideicomiso de eo quod supererit en Derecho romano*. Discurso leído en la inauguración del curso académico 1926-1927 en la Universidad Central, Madrid, 1926, págs. 58 y sigs. Sobre las vinculaciones, v. LALINDE, *Introducción histórica al Derecho español*, Barcelona, 1970, págs. 708 y sigs y bibliografía allí citada.

(11) Para el Derecho francés, v. AUBRY-RAU, *Droit civil français*, 6.^a ed., por ESMEIN, XI, París, 1956, págs. 161 y sigs.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité de droit civil*, IV, París, 1959, págs. 1222 y sigs. Para el Derecho italiano, v. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, artículos 679-712, en *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1965, págs. 260 y sigs. El Derecho alemán no regula la sustitución fideicomisaria, sino la llamada «institución de un

lación del Derecho civil catalán, en este punto particularmente respetuosa con la tradición, conserva y regula el fideicomiso puro y consagra una amplia y cuidadosa disciplina de las sustituciones fideicomisarias (artículos 162 a 215) (12).

La primera observación de relieve que conviene recoger es que, a diferencia de lo que sucede en el fideicomiso puro, el fiduciario no es aquí un simple ejecutor testamentario. En la sustitución fideicomisaria, el fiduciario es, con todas sus consecuencias, un verdadero heredero o legatario. El Código civil alude reiteradamente en sus preceptos al «heredero» para referirse al fiduciario y declara expresamente, en su artículo 789, que todo lo dispuesto «respecto a los herederos se entenderá también aplicable a los legatarios». En consonancia con la estructura clásica de la sustitución fideicomisaria y con esa calificación legal, la doctrina española repite una y otra vez que el fiduciario es un verdadero heredero o legatario, aunque lo sea con la obligación de transmitir la herencia al fideicomisario (13).

Ahora bien, si pretendemos dar un paso más en la aproximación al tema objeto de examen será necesario saber en qué concepto tiene el fiduciario, sea heredero o legatario, los bienes dados en fideicomiso. En términos más concretos, se trata de dar respuesta al siguiente interrogante: la posición del fiduciario ¿es la propia de un usufructuario o se identifica con la que corresponde a un propietario? En este punto nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia más modernas parecen haber resuelto la cuestión de modo definitivo alejando la figura de la condición propia del usufructuario. Es cierto que un sector doctrinal tradicional venía equiparando el fiduciario al usufructuario, y lo es también que esa equiparación llegó a encontrar cierto fundamento en algunas sentencias del Tribunal Supremo (sentencias de 22 de diciembre de 1887, 21 de diciembre de 1892, 12 de octubre de 1895 y 30 de octubre de 1917). Pero no es menos cierto que tanto en la jurisprudencia—a partir de la sentencia de 26 de febrero de 1919 y, sobre todo, con la sentencia de 22 de diciembre de 1920—, como en la doctrina más moderna, la tesis favorable a la configuración del fiduciario como un verdadero propietario ha terminado por imponerse (14).

heredero sucesivo» (arts. 2.100 y sigs. del BGB), figura equivalente en el plano funcional a la «sustitución» de los ordenamientos del grupo romano-francés; véase LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, München y Berlín, 1962, págs. 226 y sigs.; von LÜBTOW, *Erbrecht*, II, Berlín, 1971, págs. 868 y sigs.; para un estudio comparativo de estas instituciones, v. BARTHOLOMEYCZIK, voz *Nacherbe*, en *RevglHWB*, V, páginas 403 y sig.

(12) Cfr. PUIG FERRIOL, *El heredero fiduciario*, Barcelona, 1965.

(13) V. por todos DÍEZ-PICAZO-GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, II, Madrid, 1974, págs. 544 y sigs.

(14) V. por todos PUIG PEÑA-PALOMAR BARÓ, *ob. cit.*, págs. 746 y sig.

La sentencia de 26 de febrero de 1919 rompe, en efecto, con la tendencia anterior favorable a una equiparación del fiduciario al usufructuario, señalando, en el primero de sus considerandos, que «está fuera de duda, siquiera exista de hecho alguna modalidad de semejanza, que ni por su respectiva naturaleza ni por su origen cabe confundir la idea del mero disfrute con el concepto, objeto y fin del fideicomiso». Esa orientación se consolidará poco tiempo después en la sentencia de 22 de diciembre de 1920, que insiste en la necesidad de distinguir del usufructo las distintas formas (la sustitución fideicomisaria, entre ellas) en que puede manifestarse la condición de pasar los bienes a un segundo heredero, y en alguna sentencia más reciente, como es la de 20 de octubre de 1954, el Tribunal Supremo no hará más que seguir por ese mismo cauce mostrando las diferencias sustanciales entre el heredero fiduciario y el usufructuario. En esa misma línea se manifiesta la llamada jurisprudencia registral, señalando reiteradamente que la sustitución fideicomisaria no puede confundirse bajo ninguna forma con «la descomposición del dominio en usufructo y nuda propiedad» (resoluciones de 12 de mayo de 1920, 14 de noviembre de 1933 y 22 de febrero de 1943).

El camino abierto por esta jurisprudencia es seguido en forma decidida por los autores más modernos. Esta doctrina, en efecto, no sólo es unánime a la hora de rechazar la confusión de la sustitución fideicomisaria con la descomposición del dominio en usufructo y nuda propiedad, sino que ha potenciado con todo vigor la equiparación del fiduciario a un propietario, con la única limitación de que se trata de un propietario o titular *ad tempus* privado del *jus disponendi*. El fiduciario—se dice—es un verdadero heredero, y como tal deviene titular de los bienes y derechos objeto de la sustitución, propietario, acreedor, titular de derechos reales limitados, etc., aunque, como consecuencia de la obligación de conservar y transmitir con que está gravado, esa titularidad se encuentra limitada en cuanto a la facultad de disposición en la medida en que mediante su ejercicio pudiera perjudicar los derechos del fideicomisario (15). Esta circunstancia última—señalan otros—sí le coloca en posición jurídica especial, no destruye en manera alguna la efectiva propiedad o titularidad adquirida; simplemente quita a estas situaciones jurídicas la nota de perpetuidad o duración indefinida que les corresponde por naturaleza, pero no por esencia, y da lugar a una propiedad temporal o a una titularidad *ad tempus*, en las que no deja de haber propiedad y titularidad verdaderas (16). Otros, en fin, indican que el fiduciario es

(15) V. OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, página 281.

(16) V. FLORES MICHEO, *Los depósitos bancarios y la sustitución fideicomisaria*, «A. A. M. N.», 4, 1948, págs. 673 y sig.

no sólo heredero, sino dueño con una obligación de dar condicional o a término; no basta con ser dueño para tener la libre disposición de sus bienes, y dueños hay por el mundo que no tienen el *jus disponendi*, por más que no les falte el *vindicandi*, que, evidentemente, no falta al fiduciario (17). Y así, la generalidad de los autores viene insistiendo en que el fiduciario es un verdadero propietario en plenitud de su derecho, con la única limitación del poder de disposición sobre los bienes, explicada en función del encargo que recibe de transmitir a un tercero (fideicomisario) la totalidad o parte de la herencia (18). Es importante advertir, sin embargo, que esa tendencia general hacia una configuración del fiduciario como un propietario *ad tempus* contrasta con la que se le da en la Compilación catalana, en la que la consideración del fiduciario como un propietario no logra superar de modo radical y definitivo la influencia de su tradicional consideración como usufructuario (19).

III. LA SUSTITUCION FIDEICOMISARIA DE ACCIONES

1. La consideración del fiduciario como propietario *ad tempus* conduce a una clara conclusión cuando la sustitución fideicomisaria afecta a acciones de una sociedad anónima. Si la condición de accionista va unida a la titularidad de la acción, y si esta titularidad corresponde al fiduciario, la cualidad de socio recaerá sobre el heredero fiduciario, y, en consecuencia, él será el titular de los derechos y obligaciones integrantes de la posición de accionista. Esta conclusión puede incluso considerarse firme en el mismo Derecho catalán; en el artículo 182 de su Compilación, sobre el que volveremos más adelante, se conceden también al fiduciario los derechos que la ley atribuye al titular de las acciones (o participaciones sociales) (20).

(17) V. GONZÁLEZ PALOMINO. *Estudios jurídicos de arte menor*, II. Pamplona, 1964, pág. 385.

(18) Así, entre otros. LARRAZ. *El usufructo y la sustitución fideicomisaria sobre títulos-valores*, «R. D. M.», 1947, pág. 40; ROCA SASTRE. *La sustitución fideicomisaria en el Derecho común y en el foral*, en *Estudios de Derecho privado*, II, Barcelona, 1948, págs. 29 y sigs. y 33 y sigs.; ESPÍN. *Manual de Derecho civil español*, V, Madrid, 1970, págs. 312 y sigs.; DÍEZ-PICAZO. *Lecciones de Derecho civil*, IV, Valencia, 1967, pág. 317; LACRUZ, en LACRUZ-SANCHO. *Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, págs. 622 y sigs. Como autor representativo del momento en que la doctrina española abandona la tesis equiparadora del usufructo, quizá pudiera citarse a TRAVIÉAS, *Sustituciones hereditarias*, «R. D. P.», XIV (1927), páginas 404 y sigs. y 412, el cual escribe que en este punto «no puede darse una solución única. Lo que no puede admitirse es que (el fiduciario) sea un usufructuario». Para las diferencias entre usufructo y sustitución fideicomisaria, v. LATOUR BROTONS. *Del usufructo a la sustitución fideicomisaria*, «R. C. D. I.», 1960, páginas 310 y sigs. y 444 y sigs.; PUIG FERRIOL. *ob. cit.*, págs. 44 y sigs.

(19) V. PUIG FERRIOL, *ob. cit.*, págs. 51 y sigs.

(20) V. PUIG FERRIOL, *ob. cit.*, pág. 99.

El fiduciario administra y disfruta del patrimonio hereditario de que es titular. Tiene sobre él no un derecho real de usufructo, sino el derecho a percibir los frutos que tiene todo propietario (art. 354 del Código civil). Por consiguiente, a él le corresponden los derechos enumerados en el artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas; a saber: el derecho de participar en el reparto de las ganancias anuales—y, de modo más concreto, del dividendo acordado (art. 50)—y en el patrimonio resultante de la liquidación (21), el derecho preferente de suscripción y el derecho instrumental por excelencia, que es el derecho de voto (art. 39, 3.º) (22), así como el derecho de información (arts. 65 y 110), el de obtener certificaciones de los acuerdos (art. 65) y el de impugnar los acuerdos sociales (arts. 67 a 70) y el balance de liquidación (art. 166). Como contrapartida pesarán sobre el fiduciario las obligaciones establecidas legalmente a cargo del accionista y, en particular, la de aportar a la sociedad la porción de capital no desembolsada en la forma prevista por los estatutos o, en su defecto, por acuerdo de la Junta general (artículo 44) (23).

Ahora bien, la naturaleza propia de la sustitución fideicomisaria no deja de influir decisivamente en la posición jurídica del accionista. En efecto, al ordenar el testador la doble o múltiple vocación sucesoria, impone al heredero fiduciario la obligación de conservar y transmitir los bienes que constituyen el fondo patrimonial de la herencia a los herederos llamados en segundo lugar o, lo que es lo mismo, el heredero fiduciario está obligado a conservar y administrar el paquete de acciones

(21) Más adelante nos referiremos a la atribución al fiduciario de los incrementos patrimoniales de los bienes fideicomitidos.

(22) V. DUQUE, *Tutela de la minoría*, Valladolid, 1957, pág. 163. La doctrina italiana también atribuye el derecho de voto al heredero fiduciario (cfr. ASCARELLI, *In tema di titoli azionari e società tra società*, en *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, págs. 225 y sig. y nota 15, y en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, I, páginas 385 y sigs.; SENA, *Il voto nella assemblea della società per azioni*, Milano, 1961, pág. 295), pero el razonamiento jurídico es absolutamente diverso: la atribución del derecho de voto es conclusión que se deduce por analogía con el usufructo (art. 693 del Código civil) y a la luz del artículo 2.352, 1.º, del Código civil de 1942, que atribuye al usufructuario el derecho de voto, salvo disposición contraria de los estatutos.

(23) Advuértase, no obstante, que la obligación de desembolso íntegro ha de ser entendida como deuda del caudal relicto y no del heredero fiduciario. Parece, pues, aceptable la opinión que atribuye al heredero fiduciario la posibilidad de enajenar bienes hereditarios y, en particular, acciones que no estén totalmente desembolsadas para proceder al pago de los dividendos pasivos; así, LARRAZ, *ob. cit.*, página 33. En caso de impago de los dividendos pasivos, si la sociedad opta por enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso (art. 44, 3.º, L. S. A.), surgirá a cargo del heredero fiduciario un deber de indemnización frente al caudal fideicomitido por incumplimiento de la obligación de administrar la herencia con la diligencia de un buen padre de familia; idéntica conclusión rige para el Derecho catalán por aplicación del artículo 184 de la Compilación (v. PUIG FERRIOL, *ob. cit.*, 107).

con la diligencia de un buen padre de familia y a restituir los bienes al fideicomisario al término de la titularidad interina (art. 781, en relación con el art. 783, 2.º, del Código civil). Esta obligación de conservación y sustitución nos obliga a plantear dos cuestiones de fundamental importancia. La primera de ellas es la relativa a la atribución al fiduciario de los incrementos patrimoniales de los bienes fideicomitidos y, de modo más concreto, las acciones suscritas como consecuencia del ejercicio del derecho de suscripción preferente. La segunda gira en torno a las facultades de disposición del heredero fiduciario y se extiende a un tema de tanto interés como es el de la enajenación de las acciones.

2. El Código civil no contempla el tema relativo a la distinción entre bienes libres y bienes gravados de restitución en la sustitución fideicomisaria. Se refiere a la obligación fundamental del fiduciario, indicando que en virtud de la sustitución «se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia» (art. 781), limitándose a añadir que «el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa» (art. 783). La doctrina, muy centrada en las cuestiones que suscitan estas deducciones, entre ellas la supresión de la cuarta trebeliánica en favor del fiduciario (24), ha prestado escasa atención al tema de los posibles incrementos patrimoniales fundados en los bienes fideicomitidos. No parece dudoso, sin embargo, que el impulso de esa doctrina hacia la configuración del fiduciario como un propietario *ad tempus* está claramente en favor de una atribución al mismo de dichos incrementos patrimoniales, al menos en aquellos supuestos en que son adquiridos con cargo a su propio patrimonio (v. art. 354 del Código civil). El fiduciario, como propietario, tiene derecho al aprovechamiento económico de los bienes, haciendo suyos los frutos y sus accesiones. Tiene el *ius utendi et fruendi* de los mismos.

Esta es, a nuestro modo de ver, la única tesis aceptable en nuestro Derecho común, con independencia de la naturaleza que tengan los bienes fideicomitidos (25). Si se quiere ser consecuente con la concepción del

(24) Como es sabido, la cuarta trebeliánica es el derecho que corresponde al fiduciario a detraer en las sustituciones fideicomisarias universales la cuarta parte de la herencia líquida, si el testador no lo hubiere prohibido. Los artículos 198 y siguientes de la Compilación catalana reconocen esta facultad al fiduciario. El Código civil, por el contrario, la suprimió. Sobre la figura, v. por todos PUIG FERRIOL, *ob. cit.*, págs. 118 y sigs. y bibliografía citada.

(25) Esta era ya la solución del Derecho romano. En efecto, según escribe VOCI (voz *Fedecommeso* [*diritto romano*], en *Enciclopedia del diritto*, XVII, 1968, págs. 107 y sigs.), los incrementos patrimoniales producidos después de la *aditio* y antes de la restitución beneficiaban al heredero. Este régimen podía ser modificado por el testador mediante disposición expresa en la que se impusiese

fiduciario como un propietario *ad tempus*, hemos de convenir en que a él corresponden los derechos de todo propietario sobre los bienes fideicomitidos, con la salvedad de un gravamen de restitución que recae sobre dichos bienes y que le obliga a conservar y transmitir a un tercero los bienes recibidos en herencia o legado. Lo correcto, en efecto, es pensar que la sustitución fideicomisaria no implica tanto una limitación o desnaturalización de los derechos de todo propietario cuanto un gravamen que recae sobre los bienes fideicomitidos, exclusivamente sobre ellos. Incluso cabe afirmar que ese gravamen no tiene un carácter absoluto: de una parte, como se desprende del citado artículo 783 del Código civil, el fideicomitente puede atemperar la obligación de conservar y restituir; de otra, como ha puesto de relieve la resolución de 14 de noviembre de 1933, los actos de disposición realizados por el fiduciario no son anulables, y de otra, en fin, es evidente que si la sustitución fideicomisaria es condicional, el fiduciario podrá hacer suyos, sin limitación alguna, los bienes fideicomitidos en caso de que la condición no se cumpla.

Como se ha señalado con acierto, la circunstancia de que el fiduciario haya de restituir lo adquirido impresiona más que el hecho efectivo de la adquisición, y, sin embargo, esto es lo fundamental y decisivo, y aquello no pasará de ser una nota accidental, aunque tenga indudable trascendencia (26). Esa excesiva importancia que se ha dado al gravamen de restitución, en menoscabo de los derechos del fiduciario, es lo que ha contribuido a la asimilación del fiduciario con el usufructuario, que hoy está prácticamente superada en nuestra doctrina. Pero, en cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que, al regular la sustitución fideicomisaria, el artículo 787 del Código civil declara la validez de «la disposición en que el testador deje a una persona el todo o parte de la herencia y a otra el usufructo». Y en estos supuestos, si se asimilara el fiduciario al usufructuario, sería difícil comprender en qué consistiría la liberalidad concedida al fiduciario, ya que éste, frente a sus específicas obligaciones de administrar un patrimonio para restituirlo, se encontrará con que las rentas y frutos del mismo serán atribuidos a los legatarios del usufructo y los incrementos del patrimonio terminarán por recaer en los fideicomisarios. De ahí que la concepción del fiduciario como un propietario *ad tempus* se presente no sólo como la justa estimación de su posición de heredero o legatario, sino también como una corrección equitativa del desequilibrio que se produciría en caso de disociación del usufructo y la nuda propiedad, pues si al fiduciario nudo propietario sólo se le reconoce un derecho sobre los frutos y rentas de los bienes fideico-

al fiduciario la obligación de restituir todos los útiles recibidos (fideicomiso de restitución *cum incremento* o *sine redditu*)

(26) Cfr. FLORES MICHEO, *ob. cit.*, pág. 673.

mitidos, ese derecho quedaría vacío de contenido al constituirse sobre esos bienes, al lado de la sustitución fideicomisaria, una herencia o legado de usufructo (27).

La afirmación anterior nos lleva a una conclusión cierta en el tema concreto que aquí interesa, es decir, a quién corresponde la titularidad de las acciones, procedentes de sucesivas ampliaciones de capital, suscritas y desembolsadas en su totalidad por el fiduciario. Si el fiduciario es un heredero o legatario, con todos los derechos y deberes de un verdadero propietario de las acciones, siquiera sea temporal, y si, en consecuencia, es él también quien asume la posición de socio hasta tanto se proceda a la delación fideicomisaria de los bienes, no es dudoso, a nuestro juicio, que las acciones emitidas en las ampliaciones de capital realizadas durante la vigencia de la sustitución fiduciaria pertenecen en pleno y libre dominio al fiduciario, que ha desembolsado su total importe. La invocación de esa triple condición de heredero o legatario, propietario de las nuevas acciones y, por tanto, socio no puede sino conducir a proclamar el pleno derecho del fiduciario sobre dichas acciones nuevas y reducir el gravamen de restitución a las acciones viejas fideicomitidas por el testador.

En la estructura de la sustitución fideicomisaria hay—se ha dicho con razón—«dos liberalidades con rango escalonado de preferencias, con predominio de la del primer llamado, al revés de lo que pasa en el fideicomiso propio. Es jugar con trampa—se añade—mirar sólo a los derechos del segundo instituido, que precisamente por ser segundo está postergado al primero; el beneficio del fiduciario es preferente, en tiempo y en rango, al del fideicomisario y se antepone a él en todo en cuanto no le perjudique» (28). En este sentido, la propiedad fiduciaria lleva consigo la atribución de todas las facultades de administración y disfrute que corresponden al propietario, con la única limitación del gravamen de restitución de los bienes fideicomitidos. Se puede así afirmar que, como propietario y titular de las acciones fideicomitidas, el fiduciario

(27) La conclusión contraria a la que defendemos quizá opera con un prejuicio que se conecta con la evolución histórica de la institución. En el Derecho romano la esencia de la sustitución radicaba en la *fides*—recuerdo de un tiempo en el que el cumplimiento del encargo carecía de sanción jurídica, la cual sólo se conseguirá después de una compleja evolución a través del expediente de la *cognitio extra ordinem*—; en el Código civil es, por el contrario, el orden sucesivo. Lo que sucede es que la terminología del Código aún está impregnada de viejas alusiones que, sin embargo, carecen de concreto contenido normativo. Así, el verbo *encargar* utilizado por el artículo 781, cuando en realidad el testador en la sustitución fideicomisaria ordena (no encarga, ni ruega). La conservación y transmisión de los bienes fideicomitidos se ordena o impone como gravamen al heredero fiduciario (v., entre otros, LACRUZ, *ob. cit.*, pág. 614).

(28) V. GONZÁLEZ PALOMINO, *ob. cit.*, pág. 308.

goza, entre otros, del derecho de suscripción preferente de nuevas acciones, en los mismos términos en que gozaría de ese derecho si las acciones no estuvieran sometidas a sustitución fideicomisaria. El artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas, al enumerar los derechos mínimos del accionista, entre ellos el derecho de suscripción preferente, atribuye ese derecho—como es lógico—a quien tenga la condición de socio, y es indudable que en caso de sustitución fideicomisaria esa condición recae en el fiduciario como verdadero propietario de las acciones. Cabe así estimar que siendo el derecho de suscripción preferente un derecho inseparable de la acción, que se realiza en forma concreta en cada aumento del capital, debe ser atribuido al fiduciario, como verdadero titular y propietario de las acciones, siempre que se ejercite dentro del período de vigencia de la sustitución fideicomisaria; de igual modo que corresponderá su titularidad a los fideicomisarios, como propietarios plenos de las acciones, una vez que se haya producido de delación fideicomisaria. En base a estos argumentos, la doctrina que ha prestado atención al tema no vacila en estimar que el derecho de suscripción preferente debe ser atribuido al fiduciario, y que él será quien adquiera la plena propiedad de las nuevas acciones, siempre que sean adquiridas con dinero propio, ajeno al fideicomiso, o con dinero que sea producto de los bienes sujetos a fideicomiso (29).

(29) V. ALVAREZ ALVAREZ, *El ejercicio del derecho de suscripción preferente*. «A. D. C.», 1964, págs. 331 y sigs.; BÉRGAMO, *Sociedades anónimas. Las acciones*. II, Madrid, 1970, págs. 578 y sigs.

Esta solución se encuentra expresamente consagrada en algún ordenamiento. Así sucede con el artículo 11 del Decreto-ley brasileño de 26 de septiembre de 1940, sobre sociedades por acciones, a cuyo tenor «en el usufructo y en el fideicomiso el derecho de preferencia si no es ejercitado por el accionista podrá serlo por el usufructuario o fideicomisario», con lo que, además de recoger una norma práctica de indudable utilidad (núm. 4 del mencionado artículo), se reconoce que este derecho resulta atribuido legalmente al heredero fiduciario. En otros sistemas en los que no existe disposición expresa del legislador, la doctrina ofrece diversas soluciones. En una posición distinta a la aquí mantenida merece especial mención la aportación de la doctrina alemana. Esta doctrina parte de la distinción entre titularidad del derecho de suscripción preferente—o, más genéricamente, atribución de los incrementos patrimoniales de las acciones fideicomitidas—y legitimación para el ejercicio del derecho. El derecho de suscripción preferente—se afirma—no constituye un incremento o producto (*Ertrag*) de la acción v. como tal, no pertenece al heredero previo (*Vorerbe*), sino a la herencia (art. 2.111 BGB). Ahora bien, al venir legalmente obligado el heredero previo a la ordenada administración de la herencia (art. 2.130, 1, del BGB), a él corresponde el ejercicio y, en su caso, la enajenación de ese derecho. Tanto las nuevas acciones como el producto obtenido por la venta del derecho de suscripción pertenecen a la herencia (artículo 2.111 del BGB). V. WIEDEMANN, en *Grosskonum. AktG*, Berlín-Nueva York, 1973, artículo 186, 9, c); LUTTER, en *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Colonia-Berlín, 1971, artículo 186, ap. 20; GODIN-WILHELMI, *Aktiengesetz*, II, Berlín-Nueva York, 1971, II, artículo 186, ap. 2. Para un estudio del tema de la institución de un heredero sucesivo con referencia a las sociedades personalistas, v. HUECK, *Das*

Entendida la propiedad temporal del fiduciario y el gravamen de restitución en los términos expuestos, la conclusión recogida parece obligada:

a) En primer lugar, el derecho de suscripción preferente, en relación con cada aumento de capital, se presenta como un bien negociable «del que el fiduciario puede disponer a su voluntad, bien suscribiendo las acciones que le corresponden, bien enajenando el cupón de suscripción» (30). No hablamos aquí de un pretendido derecho de suscripción en abstracto, inherente a la acción, y que se transmitiría con ella en el momento de la delación de los bienes fideicomitidos. Nos referimos al derecho de suscripción preferente en concreto, referido a cada ampliación de capital, que constituye una ventaja más, atribuida al fiduciario como propietario *ad tempus*, que, por tanto, podrá hacer suyo el importe del mismo en caso de que opte por la enajenación del correspondiente cupón de suscripción.

b) En segundo lugar, parece lógico y justo que, en caso de ejercicio del derecho de suscripción preferente, el fiduciario adquiera la plena propiedad de las nuevas acciones que haya desembolsado con dinero propio, bien sea ajeno al fideicomiso, bien sea fruto o producto de los bienes sujetos a fideicomiso, pues tanto en uno como en otro caso se tratará de dinero que pertenece al patrimonio del propio fiduciario, y tanto en uno como en otro caso se estará ejercitando un derecho de suscripción preferente que durante la vigencia de la sustitución fideicomisaria pertenece al fiduciario. Por las mismas razones debe estimarse también que cuando las acciones nuevas sean emitidas con cargo a beneficios, reservas libres, o sean consecuencia de la regularización del balance, deban ser igualmente atribuidas al fiduciario en su condición de propietario temporal de las viejas acciones. El gravamen de restitución alcanza y sólo puede alcanzar a las acciones efectivamente fideicomitidas, correspondiendo al fiduciario—como titular *ad tempus* de las acciones— todos los beneficios y ventajas de esa titularidad hasta tanto se proceda a la delación fideicomisaria. Para evitar esta consecuencia cabe, sin embargo, que el testador imponga al heredero fiduciario la obligación de restituir al fideicomisario todos los incrementos patrimoniales de los bienes (fideicomiso de restitución *cum incremento*).

La única duda que se puede suscitar es la relativa a la suscripción de las nuevas acciones desembolsadas por el fiduciario con dinero proce-

Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4.^a ed. Berlín-Nueva York, 1971, pág. 414; BAUR-GRUNSKY, *Eine «Einmann-oHG» (Zugleich ein Beitrag zur Vor- und Nacherschafft an einem oHG-Anteil)*, en «Z. H. R.», 133 (1970), págs. 209 v. sigs.

(30) V. BÉRGAMO, *ob. cit.*, II, 579.

dente de las ventas o amortización de otros bienes fideicomitidos. En este caso, en función de la orden de conservar los bienes fideicomitidos, el fiduciario sustituye unos bienes por otros, por lo que, en principio, habrá que aplicar la regla general del artículo 781 del Código civil, en orden a la integración de los bienes fideicomitidos. La sustitución objetiva operada no se considera un acto dispositivo que exceda de las facultades del fiduciario, sino un puro acto de administración (aunque sea de naturaleza especial). Se produce entonces una subrogación real y, en consecuencia, debe entenderse que las nuevas acciones, lejos de quedar sometidas a la propiedad privativa y absoluta del fiduciario, quedarán integradas en el conjunto de bienes, que en su día revertirán a los fideicomisarios (31).

Sin embargo, el tema merece una solución distinta en la Compilación de Derecho civil catalán. En su artículo 182, al contemplar la distinción entre bienes libres y gravados de restitución, la Compilación dispone, en efecto, que: «El heredero fiduciario tendrá el uso y disfrute de los bienes fideicomitidos y de sus subrogados y accesiones, hará suyas las rentas y frutos de los mismos y gozará de todos los demás derechos que la ley atribuye al propietario, incluso respecto de tesoros, minas, bosques y *acciones o participaciones sociales*; pero lo que adquiera que no sean frutos o rentas quedará incorporado al fideicomiso.» Y en consonancia con esta asimilación al usufructo, el número 3 del artículo 208 niega la condición de frutos a las acciones procedentes de las ampliaciones de capital social, estableciendo expresamente su integración en el patrimonio que ha de ser restituido al fideicomisario; todo ello sin perjuicio del derecho del fiduciario a los frutos o beneficios que produzcan las nuevas acciones y, en su caso, al reintegro de las cantidades que haya

(31) V. ALVAREZ ALVAREZ, *ob. loc. últ. cit.*; BÉRGAMO, *ob. loc. últ. cit.* Aunque no faltan argumentos en favor de una conclusión distinta (en el sentido de que también en el caso de suscripción de las nuevas acciones, desembolsadas por el heredero fiduciario con dinero procedente de la venta o amortización de bienes fideicomitidos, las nuevas acciones son de propiedad del fiduciario, el cual adeudaría al fideicomiso el valor de los fondos del mismo utilizados en la suscripción), nos parece que la idea de una subrogación real se atiene bien a la utilización del dinero procedente de la venta de otros bienes fideicomitidos, en tanto que la adquisición de las acciones por el fiduciario con cargo a esos fondos es difícil de coordinar con la prohibición de disponer y el gravamen de restitución de los bienes fideicomitidos que pesa sobre el fiduciario.

Para un estudio completo y riguroso del derecho de suscripción preferente en nuestro Derecho ha de verse ahora la obra de SÁNCHEZ ANDRÉS, *El derecho de suscripción preferente del accionista* (Madrid, 1973). En este lugar interesa llamar la atención sobre su exposición acerca de la exigencia de un desembolso como *conditio iuris* de la atribución del derecho (págs. 113 y sigs.) y su oportuna crítica de la distinción entre derecho abstracto y derecho concreto de suscripción (páginas 162 y sigs.).

satisfecho, con cargo a su propio patrimonio, para adquirir las nuevas acciones.

No parece dudoso que estas soluciones de la Compilación catalana responden a la influencia de una larga tradición de la figura en ese Derecho, en el que la limitación de los derechos del fiduciario a los frutos y rentas de los bienes fideicomitidos corre pareja con otras fórmulas compensatorias, como el derecho a la cuarta parte de los bienes relictos por el fideicomitente, deducidas las deudas y determinados gastos—la *cuarta trebeliánica*—, que opera en forma muy activa en las sustituciones fideicomisarias a título universal. En todo caso, es evidente que los esfuerzos para configurar al fideicomisario como propietario han quedado a medio camino. La materia relativa a los bienes libres y los bienes sujetos al gravamen de restitución en relación con el fiduciario aparece, en efecto, muy claramente condicionada por la analogía con el usufructo, y así en el tema del derecho sobre las nuevas acciones procedentes de las ampliaciones de capital, tanto el texto legal como el tratamiento doctrinal que ha merecido, muestran en forma muy acusada la influencia ejercida por la regulación y la doctrina sobre el usufructo (32).

3. La obligación de conservación y restitución, que el Código civil establece a cargo del heredero fiduciario (art. 781, en relación con el párrafo segundo del art. 783), se desintegra, durante el período de vigencia de la titularidad temporal, en dos obligaciones de distinto carácter: la primera, de orden positivo, hace referencia a la administración de la herencia con la diligencia de un buen padre de familia; la segunda, a la prohibición de enajenar los bienes fideicomitidos por solo el fiduciario.

Urge advertir, sin embargo, que es dudoso que se pueda hablar de una prohibición de disponer, en sentido técnico jurídico, a cargo del fiduciario. El Código civil no establece expresamente esa prohibición en ninguno de los preceptos dedicados a la sustitución fideicomisaria; se ha podido afirmar así, con razón, que «la pretendida prohibición de disponer es un *inducido* de la obligación de conservar y de transmitir» (33). En efecto, si el fiduciario tiene limitada su capacidad de disposición, no es tanto por estar sometido a aquella prohibición como por la obligación que le impone el artículo 781 del Código de conservar o transmitir el todo o parte de la herencia a un tercero o, como dice el

(32) V. PUIG FERRIOL, *ob. cit.*, págs. 102 y sigs. Conviene advertir que una perspectiva similar a la adoptada por la Compilación catalana es la del Anteproyecto de reforma de Ley de Sociedades Anónimas, en fase de elaboración por la Comisión General de Codificación. El artículo 51 del referido Anteproyecto señala que «en el caso de sustitución fideicomisaria referida a acciones el fiduciario tendrá los derechos que esta Ley concede al usufructuario, y el fideicomisario aquellos de que goza el nudo propietario».

(33) V. GONZÁLEZ PALOMINO, *ob. cit.*, pág. 388.

número 1.º del artículo 785, «de entregar los bienes a un segundo heredero». La sustitución fideicomisaria no comporta una propia prohibición de disponer, sino sólo limitaciones de su facultad de enajenar, en cuanto pueda perjudicar con ello el derecho del fideicomisario (34). Es indudable, en efecto, que si está obligado a entregar los bienes fideicomitidos a un segundo heredero, no puede proceder a su enajenación, salvo que el propio testador le haya autorizado para ello.

La determinación de cuáles son esas limitaciones debe realizarse a la luz de la obligación instrumental del fiduciario, la de conservación de los bienes fideicomitidos. La tendencia hacia una estimación de la conservación de un patrimonio como obligación de *conservación de valores*, más que de *conservación de bienes*, es decir, hacia la consideración de la administración como una administración *operativa o dinámica*, más que como una administración *estática*, alcanza un relieve especial cuando el legislador impone la obligación de conservar sin aludir expresamente a la prohibición de disponer. En otras palabras, si en los supuestos de administración de patrimonios regulados con mayor detenimiento por nuestro ordenamiento (herencia a beneficio de inventario, juicio de testamentaría, abintestato, etc.) no se niega, a pesar de la expresada prohibición de disponer, la posibilidad de enajenar ciertos bienes por razón de necesidad o de conservación del valor (35), con mayor razón ha de llegarse a esa conclusión cuando, como sucede en materia de sustitución hereditaria, falta una expresa prohibición de disponer, y es evidente la conveniencia de una conservación operativa o dinámica, tanto en beneficio del fiduciario como del fideicomisario. Esa es, además, la conclusión a que se llega con la lectura de los textos positivos, tanto de aquellos preceptos generales, como el artículo 1.094 del Código civil, que hace recaer sobre el obligado a dar alguna cosa la de conservarla con la diligencia de un buen padre de familia, lo que sólo se puede satisfacer con la realización de una conservación *dinámica* (36); como de aquellos otros preceptos más concretos, cual sucede, por ejemplo, con el artículo 308 del Código de Comercio, que contemplando el depósito de títulos o valores hace recaer sobre quien es un simple depositario la obligación de practicar «cuantos actos sean necesarios para que los efec-

(34) V., por todos, LACRUZ. *ob. cit.*, pág. 625.

(35) Cfr. GITRAMA. *Los supuestos de administración de herencia*. «R. D. P.», 1948, págs. 97 y sigs.

(36) V. RODOTÀ. *Diligenza (diritto civile)*, en *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, págs. 539 y sigs., el cual hace referencia a la elasticidad del concepto de diligencia. A juicio de ROCA SASTRE (anotaciones al *Derecho de sucesiones* de KIPP, Barcelona, 1951, II, pág. 106), el heredero fiduciario responde no con arreglo al criterio paradigmático del buen padre de familia, sino con arreglo a las fórmulas de la culpa leve en concreto.

tos depositados conserven el valor y los derechos que les correspondan con arreglo a las disposiciones legales» (37); como, en fin, aquellos otros referentes concretamente a la sustitución fideicomisaria, como el artículo 783 del Código civil, que, en definitiva, viene a reconocer al fiduciario poderes dispositivos sobre los bienes de la herencia al facultarle para alterar su *forma* y *sustancia* mediante la realización en ellos de mejoras repetibles. Por todo lo cual, no parece dudoso que el fiduciario podrá disponer de las nuevas acciones siempre que esa disposición sea necesaria o útil para la mejor conservación del valor del patrimonio fideicomitado, que ha de ser entregado en su día al fideicomisario.

Mas no es suficiente con admitir las facultades dispositivas del fiduciario dentro de los límites establecidos. Es necesario considerar también de qué modo han de ejercitarse esas facultades dispositivas, porque es lo cierto que una buena parte de la doctrina que ha contemplado este tema afirma, en una u otra forma, la necesidad, ya sea del consentimiento de los fideicomisarios, ya de la autorización judicial, para proceder a la enajenación de los bienes en aquellos casos.

En el supuesto de la sustitución fideicomisaria en que el fideicomisario está instituido a término (incierto)—la muerte del testador—adquiere «derecho a la herencia» desde la apertura de la sucesión (art. 784), por lo que ha de entenderse que tiene un título hereditario desde que se produce ese acontecimiento, que necesariamente ha de llegar, aunque se ignora su momento (38). En atención a esta consideración se estima que en este caso la enajenación de bienes por el fiduciario exige el consentimiento de todos los fideicomisarios, pudiendo ser anulada por los que no la hubiesen consentido (39).

Distinta solución tiene el supuesto de sustitución fideicomisaria condicional (40). En estos casos, la jurisprudencia y la doctrina están de

(37) Sobre el artículo 508 del Código de Comercio, v. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, Madrid, 1958, págs. 409 y sigs. y 425 y sigs.; APARICIO RAMOS, voz *Depósito mercantil*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, VI, Barcelona, 1954, páginas 885 v sigs.; LANGLE, *Manual de Derecho mercantil español*, III, Barcelona, 1959, pág. 358.

(38) V. LACRUZ, *ob. cit.*, págs. 627 y sigs.

(39) Esta es la opinión dominante en la doctrina que ha prestado especial atención al tema (así, TRAVIESAS, *ob. cit.*, pág. 419, ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 51; Díez-PICAZO, *Lecciones*, cit., pág. 317).

(40) Frente a la opinión de NÚÑEZ LAGOS (*Contestación* a ROCA SASTRE, *El fideicomiso «si sine liberis decesserit» y el Código civil*, Madrid, 1956, págs. 116 y sigs.), para quien la sustitución fideicomisaria es una figura exclusivamente a término y no admite la condición, la opinión mayoritaria se inclina decididamente por la admisibilidad de la sustitución condicional. V., entre otros, VALLET DE Goytisolo, *Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula «si sine liberis decesserit» en el Derecho histórico de Castilla*, «A. D. C.», 1956, págs. 783 y sigs.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V-II, Barcelona, 1963, págs. 450 y sigs.; LACRUZ, *ob. cit.*, págs. 637 y sigs.

acuerdo en afirmar que el fideicomisario no adquiere el derecho a la herencia desde la muerte del testador, sino desde el momento en que se cumple la condición; de ahí que se estime inaplicable el artículo 784 del Código civil, anteriormente citado, y que, por el contrario, se considere plenamente ajustada al supuesto la norma contenida en el artículo 759 del mismo cuerpo legal, a cuyo tenor «el heredero o legatario que muera antes que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos» (41).

Se comprende perfectamente que cuando la sustitución fideicomisaria es suspensiva, las facultades dispositivas del fiduciario, en los términos expuestos, no pueden ser sometidas al consentimiento de los fideicomisarios. En materia de sustituciones fideicomisarias sobre inmuebles, la Dirección General de Registros ha ido formando una doctrina, reiterada en varias resoluciones, en el sentido de que el fiduciario condicional puede enajenar los bienes del fideicomiso, en la misma modalidad en que los tiene; si el instituido bajo condición resolutoria es verdadero propietario, y dicha condición tiene como único efecto resolver, al cumplirse, la titularidad de los bienes—pero no supone obstáculo alguno para enajenarlos (v. art. 107, núm. 10, de la Ley Hipotecaria)—, está claro que al producirse el evento resolutorio, la enajenación realizada sin el consentimiento de los fideicomisarios, como se refiere sólo al derecho del fiduciario, queda resuelta a la muerte de éste. Así, pues, el heredero fiduciario condicional puede efectivamente enajenar los bienes del fideicomiso, pero no con carácter definitivo, sino quedando pendiente la enajenación a que se realice la condición resolutoria, es decir, que si el fideicomisario condicional llega, por cumplimiento de la condición, a consolidar su derecho sobre los bienes fideicomitados, dicho fideicomisario podrá pedir la resolución de aquel negocio de enajenación (42). Esta solución, que, en relación con los inmuebles, permite, a través del Registro, asegurar a los terceros adquirentes el conocimiento de la condición resolutoria que gravita sobre el negocio de enajenación, no es la que mejor puede responder a las exigencias del tráfico.

Es indudable que la amenaza de resolución paraliza considerablemente las posibilidades dispositivas o viene a depreciar su valor, lo que no parece muy acertado u oportuno cuando la enajenación esté fundada en razones de conveniencia o necesidad. Por ello, en base a esta argumentación y a la necesidad de encontrar fórmulas más adecuadas que

(41) V. sentencias del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1928 y 13 de marzo de 1942.

(42) V. entre otras, las Resoluciones de la D. G. R. N. de 12 de mayo de 1920, 14 de noviembre de 1933 y 2 de marzo de 1956; también LACRUZ. *ob. cit.*, página 639.

salvaguarden tanto los intereses del fiduciario como los intereses de los posibles fideicomisarios, se ha ido abriendo paso en la más moderna doctrina una tesis favorable a permitir las enajenaciones necesarias o convenientes de bienes fideicomitidos con carácter definitivo, siempre que se realicen con la oportuna autorización judicial. La base doctrinal y positiva de esta tesis se encuentra en la estimación del fideicomisario como un heredero condicional y en la consiguiente aplicación de los artículos 801 y 804 del Código civil. Conforme al primero de estos preceptos, en caso de institución condicional de heredero se «pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse», y en atención al segundo «los administradores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que lo son de los bienes de un ausente». Es precisamente por este lado por el que, en consideración también a la semejanza existente entre el fiduciario y el poseedor temporal de los bienes del ausente, se da entrada al artículo 186 del mismo cuerpo legal, que permite la enajenación de dichos bienes «en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el Juez, quien al autorizar dichos actos determinará el empleo de la cantidad obtenida» (43).

La asimilación del fideicomiso condicional al heredero condicional —y la aplicación por vía analógica del artículo 186 del Código civil a las facultades dispositivas del fiduciario— encuentra mayor justificación aún en el caso de enajenación de cosas muebles, y más concretamente, de acciones. Respecto de los bienes muebles no existe el instrumento de pu-

(43) Así, entre otros, DE LA CÁMARA, *Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria*, «R. D. P.», 1948, págs. 662 y sigs.; GONZÁLEZ PALOMINO, *ob. cit.*, págs. 398 y sigs.; Díez-PICAZO, *ob. loc. últ. cit.*; con ciertas reservas OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pág. 283, y PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, cit., pág. 464. Esta tesis parece encontrar cierta resistencia en algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros, en las que se sostiene que el fiduciario no puede realizar enajenaciones definitivas, sino enajenaciones que, en todo caso, aun cuando se obtenga la autorización judicial correspondiente, están sometidas a la referida condición resolutoria (Resoluciones de 16 de septiembre de 1929 y 22 de junio de 1944). Pero—como se ha señalado con acierto—estas resoluciones contemplan supuestos en que la autorización judicial se había conseguido al amparo del artículo 164 del Código civil (enajenación de inmuebles del hijo por el padre o, en su caso, la madre), por lo que la Dirección General tuvo que rechazar tal autorización que podría referirse a eventuales derechos de hijos *nondum concepti* que ni están sujetos a la patria potestad ni pueden ser representados por la sencilla razón de que no existen. El supuesto aquí contemplado es radicalmente distinto. Ni en las hipótesis del heredero condicional del artículo 804 del Código civil ni en la de la sustitución fideicomisaria condicional hay representación alguna, voluntaria o legal. En el supuesto aquí analizado es claro que el fiduciario actúa como titular de los derechos de que dispone, y por ello ha de entenderse que si bien la autorización judicial se presenta como medida para tutelar intereses diversos de los propios del fiduciario, su actuación en el ejercicio de aquellas facultades dispositivas es actuación en nombre propio; v. DE LA CÁMARA, *ob. cit.*, página 663).

bilidad adecuado para proceder a una inscripción de la enajenación en la que se haga constar que queda sujeta a condición resolutoria. En relación con las acciones ni siquiera podrá invocarse el juego de la inscripción en el libro registro de acciones nominativas respecto de la sociedad, pues el artículo 55 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, de un lado, sólo extiende la anotación a «las sucesivas transferencias y la constitución de derechos reales» y, de otro, esa anotación sólo sirve para legitimar como socio frente a la sociedad a quien aparezca inscrito en el mencionado libro (44).

Estos argumentos explican que la tesis de la autorización judicial merezca ser acogida en las enajenaciones de bienes muebles realizadas por el fiduciario. Se trata de una solución que tiene un fundamento positivo suficiente, permite que la enajenación tenga carácter definitivo librándola de la amenaza de resolución, proporciona la garantía conveniente de una intervención judicial que controla la razón de necesidad o utilidad de la enajenación, responde adecuadamente a la oportuna tutela, tanto de los intereses del fiduciario como de aquellos otros de los eventuales fideicomisarios, y, por lo que aquí interesa, constituye cauce de solución de los difíciles problemas que puede plantear la enajenación de acciones por parte del fiduciario.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el mencionado artículo 186 del Código civil, la autorización judicial sólo podrá concederse «en caso de necesidad o utilidad evidente». Este es el límite de la administración dinámica u operativa confiada al fiduciario. Equivale ello a exigir que la enajenación de los bienes haya de ser autorizada cuando redunde en beneficio, tanto del fiduciario como de los eventuales fideicomisarios, pues si el testador ha hecho dos llamamientos en orden escalonado, parece correcto entender que ha tenido presente la utilidad del primer llamado en tanto no perjudique al segundo, y, de otro lado, es evidente que esa utilidad común podrá alcanzarse siempre que se sustituyan unos bienes por otros de mejor rendimiento. Se estima así en la doctrina que serán casos de evidente utilidad los de venta de fincas arrendadas con renta barata si el precio se puede invertir en forma más rentable; la enajenación de una finca arrendada para adquirir otra libre de arrendamiento susceptible de ser explotada directamente por el fiduciario o arrendada en precio superior, o la autorización—por citar un supuesto de mayor interés para nosotros—para sustituir unos valores por otros de mejor rendimiento (45). Se puede afirmar, consiguientemente, que el fiduciario sólo podrá disponer de las acciones en caso de que esa

(44) V. URÍA, en GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, 2.ª ed., Madrid, 1953, págs. 375 y sigs.

(45) V. GONZÁLEZ PALOMINO, *ob. cit.*, pág. 403.

enajenación esté justificada por razones de necesidad o por razones de utilidad para el fiduciario y el fideicomisario, y en uno y otro caso mediante la oportuna autorización judicial. De acuerdo con la doctrina expuesta, el Juez, al autorizar la enajenación, determinará el empleo de la cantidad obtenida siguiendo la propuesta del fiduciario en atención a las razones de necesidad o de utilidad evidente que han determinado la solicitud de autorización (46).

AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ

Catedrático de Derecho Mercantil
en la Universidad Autónoma de Madrid

(46) La obligación de conservación y restitución plantea igualmente problemas en materia de derecho de separación. Ciertamente que la condición de socio que ostenta el heredero fiduciario permite concluir que este derecho le corresponde a él en todos aquellos casos en los que la legislación vigente lo ha establecido (cfr. MOROS, *La separación voluntaria del socio en el Derecho mercantil español*, «R. D. N.», 1956, págs. 79 y sigs. y 115 y sigs.; SAINZ MORENO, *Fusión de sociedades en el régimen de acción concertada o de concentración de empresas*, «R. D. M.», 1969, páginas 209 y sigs. y 222 y sigs.). El problema radica en determinar los límites para el ejercicio de ese derecho. Un primer límite podría deducirse de la obligación de diligente conservación. En efecto, en algunas hipótesis la obligación de administrar la herencia con la diligencia de un buen padre de familia puede traducirse en la conveniencia de ejercitar ese derecho. Ahora bien, en cualquier caso, el fiduciario deberá separarse evitando las posibles mermas de la valoración del paquete de acciones. La liquidación de la cuota de separación si se realiza en función del último balance aprobado (v. MOROS, *ob. cit.*, pág. 130) o con arreglo a criterios de particular prudencia en materia de valoración de los elementos del activo podrá suponer un límite indirecto para el ejercicio del derecho, en razón de la infravaloración de las acciones por parte de la sociedad. Un segundo límite vendría dado por la forma de ejercicio del derecho; en este punto parece procedente la aplicación de las conclusiones defendidas en el texto en materia de enajenación de acciones: necesidad de consentimiento del fideicomisario en caso de sustitución fideicomisaria pura y autorización judicial en caso de sustitución condicional. En el Derecho catalán, PUIG FERRIOL (*ob. cit.*, pág. 109) entiende que la separación del accionista requerirá la autorización previa del juez competente (arg. ex art. 189, 1.º, de la Compilación).

Cuestión de particular interés es la relativa a los efectos de la revisión de las aportaciones *in natura* del causante sobre las acciones en fideicomiso por él establecido. A tenor de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley de Sociedades Anónimas, el heredero fiduciario del socio aportante deberá optar entre que se le anulen las acciones equivalente a la diferencia, separarse de la sociedad o completar en dinero esa diferencia. Si—como hemos defendido—el fiduciario para ejercitar el derecho de separarse de la sociedad necesita bien del consentimiento del fideicomisario, bien de autorización judicial, y no los obtiene o no opta por esta posibilidad, para completar en dinero la diferencia deberá, en primer lugar, acudir al fideicomisario, y en el caso de que éste no proceda al desembolso de la diferencia deberá enajenar bienes del fideicomiso para hacer frente a ese desembolso. Si opta por completar con su propio dinero la diferencia, las nuevas acciones se integrarán a pesar de ello en el fideicomiso y no en el patrimonio del fiduciario. En ese caso parece equitativo entender que el fiduciario podrá deducir la cantidad desembolsada (art. 783, párrafo 2.º del Código civil). Si no estima conveniente a sus intereses esta solución siempre podrá optar por la anulación de las acciones, salvo que dicha anulación entrañe un evidente perjuicio—económico o societario—para el paquete de acciones en fideicomiso.

Algunas consideraciones acerca de las inscripciones a favor de mujer casada después de la reforma del Código civil

I. INTRODUCCION

La reciente reforma del Código civil, por Ley de 2 de mayo de 1975, ha suprimido la licencia marital, pero no el régimen de consentimientos. Según dice el preámbulo de dicha ley: «Como no se ha albergado el propósito de alterar el régimen de las comunidades conyugales, nada se ha estatuido acerca de ellas, limitándose la reforma a referirse globalmente y en abstracto a los casos en que las leyes exijan que cada cónyuge deba actuar con el consentimiento de su consorte. Se recoge en este punto la diferencia teórica, hoy admitida con carácter general, entre el consentimiento, que versa sobre actos o negocios jurídicos de carácter común, y la licencia, que, como complemento de capacidad, tiene por objeto los actos o derechos privativos.» Y a continuación indica: «Si bien se suprimen las licencias, es respetado el actual régimen de los consentimientos.»

Uno de tales consentimientos es el que el marido debe prestar a la mujer para actos de administración de bienes gananciales. Deriva del principio general establecido en el artículo 1.412 del Código civil, según el cual «el marido es el administrador de la sociedad de gananciales», siendo una de sus manifestaciones específicas en el aspecto obligacional la previsión del artículo 1.416, que dice que «la mujer no puede obligar

los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido», y en el aspecto real, el problema relativo a la adquisición de bienes con dinero ganancial.

Dado lo dispuesto en ese artículo 1.412 del Código civil parece evidente que la mujer no puede adquirir por sí sola bienes inmuebles por medio de dinero ganancial, pues tal adquisición representa un acto de administración, cual es la inversión de dinero procedente del caudal común en bienes inmuebles, y para ello se necesita el consentimiento del marido, que, como administrador de los gananciales, es quien debe decidir de qué modo se deben realizar las inversiones.

Pero esta aparente claridad queda oscurecida por el problema de la determinación de cuándo es ganancial el dinero, en relación con las declaraciones y pruebas aportadas por los cónyuges.

Es necesario por ello estudiar con separación diferentes supuestos.

II. ADQUISICION POR LA MUJER SIN INTERVENCION DEL MARIDO CON DECLARACION EXPRESA DE AQUELLA DE SER GANANCIAL LA ADQUISICION

Dejamos a un lado aquellos casos en que la mujer, bien sea por pacto o legalmente, tiene la administración de la sociedad de gananciales, así como aquellos otros en que actúa por poder o con autorización del marido, pues en tales supuestos es perfectamente posible la inscripción de la adquisición realizada por la mujer, practicándose la inscripción a nombre de ambos cónyuges, conforme a la regla 1.^a del artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

Nos vamos a referir dentro de este grupo a las dos hipótesis siguientes, prácticamente similares:

a) Adquisición por mujer casada que no tiene facultades de administración sobre bienes gananciales, a pesar de lo cual interviene ella sola en la escritura declarando que el dinero invertido en la adquisición procede del caudal común de gananciales.

b) Adquisición realizada en esas mismas circunstancias por la mujer sin declarar nada sobre la procedencia del dinero, pero haciendo constar que compra el inmueble «para su sociedad conyugal» o como «bien ganancial».

Ambos casos son similares, pues da igual que se diga expresamente que el dinero invertido procede del caudal común, que decir que el bien

adquirido es ganancial, ya que ha de presumirse que tendrá este último carácter por ser ganancial el dinero.

Estas hipótesis no son frecuentes, pero se dan alguna vez en la práctica, cuando el marido no ha podido acudir a la Notaría para formalizar la adquisición y ésta se estima urgente.

En tales casos, la inscripción no puede practicarse dado lo dispuesto en el artículo 1.412, que excluye a la mujer de las facultades de administración respecto al dinero ganancial. Tampoco creemos sea factible la inscripción supeditando su eficacia a la posterior ratificación del marido, dejando constancia en el asiento de la posibilidad de impugnación por parte de éste o de sus herederos. Sabemos que el Tribunal Supremo ha pretendido que se aplique la idea del artículo 94 del Reglamento Hipotecario a las enajenaciones de bienes gananciales por el marido sin consentimiento de la mujer (1). Por esta vía podría llegarse también, en forma desmedida, a facilitar la inscripción del acto adquisitivo de la mujer sin el consentimiento del marido. Pero una y otra tentativa carecen de fundamento, pues aparte de estar ya derogado el artículo 94 del Reglamento, según veremos después, se confunde la licencia marital con el régimen de consentimientos, cuya diferencia ha patentizado el preámbulo de la Ley de Reforma del Código, según vimos antes. Por ello suscribimos los razonamientos de la resolución de 15 de marzo de 1972 (2) respecto a la enajenación del marido sin el consentimiento de la mujer, y los extendemos también al caso que estamos estudiando de adquisición por mujer casada no administradora de los bienes gananciales.

(1) En este sentido, véase la Sentencia de 7 de junio de 1972.

(2) Esta resolución dice: «cualesquiera que sean las analogías que puedan establecerse entre el acto dispositivo realizado por una mujer casada sin licencia marital, sobre bienes parafernales, y el que efectúa el marido sin consentimiento de la mujer, sobre bienes gananciales, no puede desconocerse que en el primer supuesto los bienes de que se trata son de propiedad exclusiva de aquélla, que figura como titular registral única de los mismos, en tanto que en el segundo caso los bienes son comunes de ambos cónyuges y, por tanto, su titularidad, tanto civil como registral, es compartida, por lo que, al menos, a efectos registrales, el acto dispositivo resultará incompleto al no constar el consentimiento de uno de sus titulares, razón por la cual, sin duda, el Decreto de 17 de marzo de 1959, que modificó, entre otros, los artículos 94, 95 y 96 del Reglamento Hipotecario, permitió expresamente la inscripción de los actos y contratos celebrados por la mujer sin licencia marital y nada dijo en cuanto a la inscripción de los realizados en contravención del artículo 1.413 del Código civil, a pesar de ser el referido Decreto aplicación y desarrollo de la Ley de 24 de abril de 1958, que reformó parcialmente el Código civil». Seguidamente completa el argumento con la idea de que no se debe permitir el ingreso al Registro de actos y contratos que no son totalmente perfectos, salvo en supuestos excepcionales, dada la finalidad primordial del Registro de proporcionar seguridad a las relaciones jurídicas inmobiliarias y publicar situaciones firmes y claras. Véase el comentario a esta resolución de TIRSO CARRETERO en *R. C. D. I.*, núm. 491, pág. 868.

Por tanto, la inscripción de la adquisición no se puede practicar hasta que se obtenga la ratificación o confirmación del marido, como cónyuge administrador de la sociedad. Se trata de un defecto subsanable, y la nota resultante de la calificación registral podría ser más o menos del siguiente modo:

«SUSPENDIDA la inscripción del precedente documento por tratarse de una adquisición con dinero ganancial (o de una adquisición ganancial) sin constar el consentimiento o ratificación del marido, como administrador de la sociedad de gananciales, conforme al artículo 1.412 del Código civil...»

B. CAMY tampoco admite la inscripción en este caso, basando su opinión, acertadamente, en los artículos 59, 1.412 y 1.416 del Código civil, precepto este último—dice—cuya exégesis es casi unánime «por la jurisprudencia y la doctrina, en el sentido de que impide cualquier actuación de la mujer respecto a los bienes de la sociedad de gananciales, salvo la ligera excepción prevista en ese mismo precepto». A continuación rechaza también la pretendida aplicación analógica del artículo 94 del Reglamento Hipotecario (3).

III. ADQUISICION POR LA MUJER SIN INTERVENCION DEL MARIDO NO EXPRESANDO EL CARACTER DEL DINERO INVERTIDO EN LA COMPRA NI EL CARACTER DE LA ADQUISICION

Se trata del caso en que la escritura de compra guarda silencio sobre el carácter del dinero invertido y también sobre el carácter del bien adquirido.

Aquí cabría seguir dos criterios distintos:

a) O bien asimilar totalmente el caso al que antes hemos examinado de adquisición por la mujer declarando ser ganancial el dinero o la adquisición, interpretando que en este caso el dinero es también ganancial, aunque lo sea presuntivamente, y suspendiendo, en consecuencia, la inscripción con la misma nota que en dicho supuesto.

b) O bien matizar el caso diferenciándolo de algún modo del anterior, entendiendo que, a diferencia de aquél, en que la mujer no puede ir contra sus propios actos, en este otro puede darse una nueva oportunidad a la mujer para que llene el silencio de la escritura declarando con posterioridad si el dinero invertido era privativo o ganancial.

(3) B. CAMY, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, 1.^a ed., vol. II, páginas 580 y 581.

Nos inclinamos por este último criterio, pudiéndose dar con posterioridad diferentes supuestos, entre ellos: que en la nueva escritura de determinación del carácter del dinero comparezca también el marido aseverando, en su caso, la parafernalidad del dinero invertido (en contra, ROCA SASTRE, según veremos después); que se confirme el carácter presumiblemente ganancial del dinero prestando el marido su consentimiento a la adquisición realizada por la mujer, expresando ambos que fue ganancial; que la mujer comparezca y declare que el dinero es parafernial sin acreditarlo, o que comparezca aportando pruebas concluyentes de la parafernalidad del mismo.

Todo este haz de posibilidades viene a demostrar que el caso que exponemos tiene distinto matiz que el anterior, por lo menos en potencia, como consecuencia de haber quedado en blanco la declaración sobre el carácter del dinero.

Por lo demás, mientras no se produzca una ulterior declaración en uno u otro sentido en escritura pública, no habrá más remedio que suspender la inscripción, por la misma razón que en el supuesto anterior, consistente en no figurar el consentimiento o autorización del marido. Pero la especialidad del presente caso se debe poner de manifiesto en la nota calificadora de suspensión de la inscripción, matizándola del siguiente modo:

«SUSPENDIDA la inscripción del precedente documento porque *al no expresarse la naturaleza ganancial o privativa del dinero, se presume ganancial, conforme al artículo 1.407 del Código civil, mientras no se exprese otra cosa*, con la consecuencia de ser necesario, en principio, el consentimiento o autorización del marido, como administrador de la sociedad de gananciales, según lo dispuesto en el artículo 1.412 del mismo Código...»

Con esta frase subrayada queda abierta la puerta para una posible declaración ulterior acerca del carácter del dinero invertido, con lo que el supuesto podría hacer tránsito a otros distintos. No obstante; la propia nota también permite la subsanación directa mediante la presentación de la escritura de ratificación del marido, como administrador de la sociedad de gananciales.

IV. ADQUISICION POR LA MUJER SIN INTERVENCION DEL MARIDO DECLARANDO AQUELLA QUE EL DINERO INVERTIDO EN LA COMPRA ES PARAFERNAL SIN JUSTIFICARLO DE NINGUN MODO O BIEN APORTANDO UNA PRUEBA INSUFICIENTE

La Compilación de Cataluña establece en su artículo 23 la llamada «presunción Muciana»; de origen romano, según la cual «los bienes

adquiridos por la mujer constante matrimonio cuya procedencia no pueda justificar, se presumirán procedentes de donación del marido. Si la mujer justifica tal adquisición, pero no la del precio con que se hubiese verificado, se presumirá que éste le ha sido donado por el marido».

En cambio, en el régimen de gananciales del Código civil, que es el que estamos estudiando, no existe esa presunción, sino la del artículo 1.407, en los siguientes términos: «Se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen al marido o a la mujer.»

A efectos de inscripción, el problema que se planteará el Registrador es si debe entender que el artículo 1.407 impide el acceso al Registro de las adquisiciones realizadas con dinero que la mujer no puede justificar que le pertenece, presumiendo que es ganancial, por lo que lo debe invertir o administrar el marido, o si, por el contrario, debe considerar que tal artículo no impide la inscripción, sino que sólo se modalizará o configurará en un determinado sentido la práctica del asiento y la fórmula del acta de inscripción.

Cabe, por tanto, plantear concretamente dos problemas:

A) Si es posible la inscripción de tales adquisiciones.

B) En caso afirmativo, a nombre de quién y de qué modo se debe practicar la inscripción.

A) PRIMER PROBLEMA: ¿PUEDE PRACTICARSE LA INSCRIPCIÓN DE TALES ADQUISICIONES?

En pura hipótesis podrían mantenerse dos soluciones:

a) *Solución estricta o rígida.*—El Registrador debe suspender la inscripción, igual que en el caso en que la mujer declara que el dinero es ganancial, pues la presunción del artículo 1.407 del Código civil determina la equiparación de ambos supuestos.

Según esta solución, como el artículo 1.407 no ha sido reformado por la Ley de 2 de mayo de 1975, debe interpretarse tal como resulta de su letra, presumiéndose ganancial el dinero cuya procedencia no se justifica, con la consecuencia de que quien debe administrarlo e invertirlo es el marido, según el artículo 1.412, por lo que al no intervenir éste procederá suspender la inscripción mientras no preste su consentimiento, autorización o ratificación, o mientras no asevere el carácter parafernial del dinero invertido por la mujer.

Desde un punto de vista estrictamente teórico, esta solución tiene el fuerte fundamento que le proporcionan los artículos 1.407 y 1.412. Pero

creemos que merece la pena esforzarse en encontrar otra solución que no coarte la libre actuación de la mujer. En nuestra opinión, el Registrador debe ser realista y ponerse en línea con el espíritu de la reciente reforma del Código. Además, debe procurar que quede fomentada la inscripción siempre que, al mismo tiempo, queden salvaguardados todos los intereses en juego. Es evidente que la inscripción puede producir múltiples beneficios, y resulta muy fuerte, después de la reforma del Código, cerrar el Registro a las adquisiciones realizadas por la mujer con dinero que ella dice ser suyo, sobre todo cuando no va a ser fácil que el marido dé su autorización, consentimiento o aseveración al acto adquisitivo. Pongamos el clásico ejemplo de mujer separada de hecho que quiere invertir su dinero en inmuebles: si se suspende la inscripción puede producirse un caso de doble venta a favor de tercero, en perjuicio de la mujer, o bien la constitución de gravámenes o afecciones. Aparte de que mientras no obtuviera esa autorización, quizá imposible, y por qué no, quizá también improcedente, no podría contar con las ventajas del sistema registral.

Por todo ello, nos parece más realista la solución que permite el acceso al Registro de tales adquisiciones, tal como exponemos a continuación.

b) *Solución flexible y realista.*—Procede inscribir las adquisiciones realizadas por mujer casada sin intervención del marido cuando en la escritura declara que el dinero invertido es parafernalia. En este sentido se pronuncia BUENAVENTURA CAMY y también la comunicación informativa del Colegio Nacional de Registradores de fecha 8 de octubre de 1975. De una y otra postura nos ocuparemos al tratar de la fórmula registral a aplicar. Ahora expondremos los argumentos que se nos ocurren en favor de esta solución, aparte de las razones prácticas antes apuntadas.

1. Interpretación conjunta de los artículos 62 y 1.407 del Código

El nuevo artículo 62 es decisivo: «El matrimonio—señala—no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges.»

Ciertamente, esta declaración de principio no supone ninguna modificación de los artículos 1.412 y 1.416, ya que existe una perfecta delimitación de ambos grupos de preceptos por razón de la naturaleza de los bienes, lo cual les hace totalmente compatibles: los artículos 1.412 y 1.416 se refieren a los bienes gananciales y, en cambio, la fórmula general del artículo 62 se refiere a la capacidad de obrar respecto a bienes privativos de cada cónyuge. Así resulta del preámbulo de la Ley de Reforma: «Corolario obligado (del art. 62) es también que cada uno de los consortes puede realizar los actos jurídicos y ejercitar los derechos

que le corresponden *con carácter privativo o exclusivo*.» Además, ya hemos visto que la reforma «no ha albergado el propósito de alterar el régimen de las comunidades conyugales», por lo que los citados artículos 1.412 y 1.416, al ser normas del régimen de gananciales, son teóricamente compatibles con el nuevo artículo 62, que se refiere a la capacidad de obrar sobre bienes privativos.

Pero esa clara delimitación teórica de ambos grupos de preceptos puede quedar oscurecida por la imprecisión de la distinción entre lo privativo y ganancial. Y si tal imprecisión se resuelve por la vía de la presunción de ganancialidad del artículo 1.407, se acapara el ámbito del artículo 62 por los artículos 1.412 y 1.416, con lo que podría quedar en letra muerta la letra y el espíritu del nuevo artículo sobre la capacidad de obrar de los cónyuges respecto a bienes propios. De nada valdría declarar ese principio general si luego, maquiavélicamente, aparece la presunción de ganancialidad del artículo 1.407, que impide a la mujer invertir un dinero que ella declara ser parafernál, aunque no lo pueda probar.

Por todo ello hay que procurar aplicar la interpretación sistemática para el entendimiento de los artículos 62 y 1.407. Aunque la Ley de Reforma haya mantenido este último artículo, como el ordenamiento constituye un conjunto orgánico y armónico, no hay más remedio que interpretar que la introducción del artículo 62 tiene que limitar de algún modo la presunción del artículo 1.407, pues en otro caso el que queda muy limitado es el nuevo precepto, en contra del espíritu de la reforma (4).

Desde esta perspectiva, el artículo 1.407 carecerá de aplicación cuando esté en juego la capacidad de obrar de la mujer en la esfera extrajudicial (notarial y registral) respecto a un dinero que ella declara ser suyo. Dicho artículo sigue vigente, pero no podrá afectar *a priori* a la actuación de la mujer en la esfera civil; podrá ser traído a colación *a posteriori* para anular, en su caso, los actos realizados por la mujer, pero no para coartar su libertad y plena capacidad de obrar desde el punto de vista civil.

(4) Dice ALBALADEJO que «el Derecho es un todo sistemático, ordenado, cuyas diversas partes coordinan y armonizan entre sí, y, por ello, para la averiguación del sentido de las diversas normas singulares que lo componen, debe seguirse la pauta que marque su relación con los demás» (*Derecho Civil*, I. *Introducción y Parte General*, 3.ª ed., 1975, pág. 144). Y en el número 1 del artículo 3 del nuevo Título Preliminar del Código civil se lee: «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas». Desde esta perspectiva no hay inconveniente en recortar el ámbito del artículo 1.407 en todo aquello que pugne con el nuevo artículo 62 respecto a la capacidad de obrar de la mujer casada.

En definitiva, la declaración de la mujer sobre la procedencia del dinero debe tener la suficiente fuerza como para destruir la presunción del artículo 1.407, a los exclusivos efectos de permitir una actuación de la misma derivada de su capacidad de obrar, sin perjuicio de que pueda ser anulada por el marido o sus herederos la adquisición fundándose en el artículo citado y en las pruebas pertinentes.

2. *Referencia a la presunción de buena fe en relación con las inversiones del cónyuge no administrador*

La interpretación que acabamos de dar de los artículos 62 y 1.407 tiene también apoyo en el principio general de buena fe, sobre todo en relación con el cónyuge no administrador, que no tiene normalmente a su disposición dos clases de dinero, el ganancial y el propio, pues no administra la sociedad de gananciales. Obsérvese que cuando se trata de adquisición por el cónyuge administrador declarando que el dinero es privativo de él, cabría dudar de la veracidad de tal declaración y pensar en la posibilidad de defraudar los intereses del otro cónyuge, al tener a su disposición dinero propio y ganancial (4 bis). En cambio, la declaración del cónyuge no administrador es más inofensiva, ya que el dinero que podría emplearse para la adquisición de una finca no se encuentra en casa, sino en un Banco o establecimiento adecuado a disposición del cónyuge administrador. Y si éste tuviera temores, le es facilísimo evitar cualquier inferencia dando a los Bancos las órdenes oportunas para que el dinero no sea sacado sin su autorización.

En definitiva, si la mujer declara que el dinero que invierte es parafrenal hay base para entender que la presunción de buena fe confirma tal declaración y hace que ésta llegue a tener un valor indiciario importante, por lo menos a efectos de que pueda ejercitar plenamente su capacidad de obrar.

(4 bis) Con esta comparación incidental no pretendemos que deba darse un trato diferente, a efectos de inscripción, a las adquisiciones realizadas por el marido con dinero que él declara ser suyo, sin acreditarlo, ya que la argumentación debe ser idéntica, dada la equiparación de capacidad de uno y otro cónyuge. Tratamos simplemente de recalcar, a propósito de la adquisición de la mujer, que es la que estamos estudiando, que la presunción de buena fe es más consistente, pues se aleja toda sospecha de fraude. Pero, en cualquier caso, a efectos de inscripción, la fórmula registral que señalaremos cubre posibles perjuicios, incluso cuando la adquisición ha sido realizada por el marido declarando que el dinero le pertenece.

3. *La distinción entre el consentimiento fijo y el eventual a efectos de inscripción*

En la teoría general del acto y del negocio jurídico debería profundizarse acerca de la distinción de dos tipos de consentimientos o asentimientos que pueden darse en la práctica:

a) El consentimiento FIJO, cuando se trata de supuestos de hecho muy precisos, en que no existe ninguna duda respecto a la aplicación del consentimiento, que exige de modo necesario el precepto en cuestión.

b) El consentimiento que, si se nos permite, podríamos llamar EVENTUAL, que es el que se presta en la práctica «por si acaso», «por si fuere necesario para la plena eficacia del acto». Se trata de casos en que el supuesto de hecho se plantea de forma algo imprecisa, no sabiéndose exactamente si estamos en presencia del supuesto en que la ley exige prestar un determinado consentimiento. Ante esta imprecisión, el consentimiento se prestaría eventualmente para cubrir todos los posibles eventos.

Pues bien, ¿cómo debe reaccionar el Registrador ante la falta de estos consentimientos? ¿Debe valorar de igual modo la falta de uno y otro? Y dentro ya del consentimiento eventual, ¿debe valorar de la misma forma la falta de ese consentimiento en todos los casos?

La importancia de la calificación registral y su dificultad se pone a prueba en estas cuestiones. El Registrador no es un autómata, sino que debe graduar y apreciar la importancia que tiene el requisito omitido.

En principio, no puede valorar de igual modo la ausencia del consentimiento eventual que la falta del consentimiento fijo. Cuando el supuesto de hecho está perfectamente deslindado en la práctica y la ley exige la prestación de un consentimiento para el acto jurídico en cuestión, se debe suspender la inscripción si no consta tal consentimiento. De este modo favorece el cumplimiento de la ley y evita que en el Registro figuren actos nulos, anulables o incompletos. Ejemplos de consentimiento fijo: en el supuesto de venta de menor emancipado, suspenderá la inscripción si no consta el consentimiento del artículo 317 del Código civil; cuando se trata de enajenación de bienes gananciales por el marido, suspenderá la inscripción si no consta el consentimiento de la mujer, previsto en el artículo 1.413, etc.

En cambio, tratándose de la omisión de un consentimiento eventual, el Registrador deberá diferenciar casos y aplicar unas veces la misma rigurosidad que cuando falta el consentimiento fijo y otras permitir la inscripción. Para cumplir esta difícil tarea diferenciadora deberá tener

en cuenta la ausencia de perjuicios inmediatos para interesados y terceros, y la garantía que para todos puede representar practicar la inscripción del acto en que falta el consentimiento eventual en un determinado sentido.

A título de orientación, y para mejor encuadrar el supuesto específico que estamos analizando, examinaremos brevemente tres casos distintos de «consentimiento eventual» y la diferente actuación del Registrador en cada uno de ellos:

1.º Enajenaciones por mujer casada de bienes que consten inscritos a su nombre, conforme a la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, es decir, sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial. En estos supuestos, el artículo 96 del Reglamento Hipotecario exige que el marido preste su consentimiento. Este consentimiento es EVENTUAL, pues el artículo 1.413 sólo exige la intervención de ambos cónyuges para la enajenación de bienes gananciales, y en el presente caso no se prejuzga si el bien es privativo o ganancial, puesto que el marido ya aseveró que el dinero invertido por la mujer era privativo. Pero precisamente por no prejuzgarse el carácter privativo ni ganancial es necesario exigir ese consentimiento eventual del marido, para el supuesto de que en el futuro se demostrase que el bien era ganancial y se tratase de anular la enajenación.

Por tanto, en estos casos el Registrador debe valorar la falta del consentimiento eventual con la misma rigidez que si faltase el consentimiento fijo. En primer lugar, porque el artículo 96 del Reglamento exige de modo terminante que se tenga en cuenta ese consentimiento. Y, en todo caso, porque tal consentimiento representa la posibilidad de una plena actuación de la fe pública registral en beneficio del adquirente. Efectivamente: en principio, la inscripción no prejuzga la naturaleza privativa o ganancial de la adquisición de la mujer, por lo que es un tanto imprecisa para permitir la adquisición en firme por parte de un tercero cuando sólo interviene aquélla; en cambio, si presta su consentimiento el marido, el tercero adquiere en firme, pues se cubren todas las posibilidades y se cumplen tanto los requisitos de enajenación de bienes parafernales (intervención de la mujer), como los de los bienes gananciales (intervención de ambos cónyuges). Por ello, el consentimiento eventual permite subsanar la imprecisión de la inscripción a efectos del principio de fe pública registral.

2.º Enajenación por uno de los cónyuges, sin intervención del otro, de finca no inmatriculada que se afirma ser privativa del vendedor, pero sin acreditarse. En la práctica notarial y registral no se exige en este caso

el consentimiento eventual del otro cónyuge y se acepta la declaración del cónyuge vendedor.

Creemos que esta práctica es acertada y debe mantenerse. Si el Registrador exigiera que el marido, por ejemplo, compareciera ante Notario a dar su consentimiento a la mujer para la venta de una finca que ésta manifiesta ser parafernál, estaría exigiendo un consentimiento meramente «eventual», pues lo prestaría no como administrador y cotitular de bienes gananciales, sino en relación con un bien parafernál «por si acaso fuera necesario» y «para el supuesto de que se entendiera que el bien se presume ganancial». También en el caso anterior se trataba de un consentimiento eventual y hemos visto que el Registrador debe exigirlo. ¿Por qué no en este caso? Sencillamente, porque se trata de una hipótesis muy diferente. Estamos ante el ingreso de una finca en el Registro, es decir, ante un procedimiento inmatriculador. La legislación hipotecaria no exige actualmente una prueba más o menos «diabólica» para demostrar la adquisición de la finca, pues bastan ciertos indicios, quizá teniendo en cuenta que el procedimiento inmatriculador ofrece una serie de garantías previas y posteriores que permiten prescindir de aquella prueba completa. Pues bien, parece que el problema de si el bien es ganancial o privativo va incluido en estos casos de inmatriculación dentro de la cuestión de la prueba de la propiedad de la finca.

En este sentido, el procedimiento inmatriculador cumple una función purificadora y garantizadora de la adquisición, supliendo todo el cualquier deficiencia de la prueba sobre la misma. Por tanto, en este supuesto, el Registrador atenderá, en principio, a la declaración de la mujer, completada por el documento de fecha fehaciente, por la certificación catastral a su nombre o por el transcurso de un año desde la fecha de la escritura; después de practicar la inscripción expedirá el edicto reglamentario, que se publicará en el tablón del Ayuntamiento durante treinta días, pudiendo enterarse el público, en general, y el marido, en concreto, de la venta de la mujer; en la propia inscripción hará constar que no surte efectos respecto a tercero hasta transcurridos dos años, con lo cual no se produce el mismo problema que en el caso anterior en relación con la fe pública, pues aquí el transcurso de dos años y las garantías del procedimiento inmatriculador cubren todas las eventualidades, de modo que el adquirente no goza de la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria por faltar la previa inscripción, y el sucesivo adquirente sólo adquirirá en firme si han transcurrido dos años desde la fecha de la primera inscripción. Con este mecanismo no se necesita para nada del consentimiento eventual del marido, a diferencia del supuesto anterior.

3.º Adquisiciones por la mujer con dinero que ella dice ser parafernál sin acreditarlo. Llegamos así al supuesto que estamos estudiando.

Aquí tampoco procede exigir el consentimiento eventual del marido. Se trataría igualmente de un consentimiento eventual, pues no se sabe con certeza si el dinero es privativo o ganancial, y si el marido lo presta no sería como administrador de un dinero ganancial, sino que lo prestaría eventualmente, por si fuere necesario para inscribir la adquisición realizada por la mujer. En tales circunstancias, creemos que el Registrador no debe exigir ese consentimiento, aunque no existan en este caso los trámites de la inmatriculación y prescindiendo de si la finca estaba o no previamente inscrita a nombre del vendedor. En primer lugar, observaremos que la adquisición es un acto de administración y no de disposición, como el primeramente analizado. Al calificar la enajenación debe procederse con más cautela que cuando se trata de actos de administración. Si a esto se une que no se puede producir ningún perjuicio para nadie con la inscripción que se practique, ¿por qué exigir ese consentimiento meramente eventual? Luego veremos que existe una fórmula registral que evita cualquier perjuicio para nadie. Por último, no debe olvidarse que se trata sólo de inscribir la adquisición, no los ulteriores actos de disposición, por lo cual el acto adquisitivo queda ahí cristalizado en el Registro sin posibilidad de que se perpetúe indefinidamente en la historia registral a través de sucesivas enajenaciones. Es decir, que no se puede producir un arrastre en cadena de un acto eventual o impreciso, pues para la enajenación se necesitará el consentimiento del marido. En conclusión, ¿por qué excederse en exigir un consentimiento eventual cuando existe un fuerte porcentaje de que no va a ser necesario, ni se van a producir perjuicios para nadie, ni se van a perpetuar indefinidamente confusiones o eventualidades en los libros registrales?

4. *La distinción entre acto incompleto ab initio y acto en interrogante*

A efectos de inscripción consideramos igualmente importante referirnos a esta distinción, que viene a tener el mismo fundamento que la anterior, sólo que ahora se contempla el problema desde distinta perspectiva.

Siempre se ha dicho, y lo ha reiterado una vez más la resolución de 15 de marzo de 1972, que el Registro de la Propiedad debe cerrar sus puertas a los actos nulos, anulables o incompletos. Como indica dicha resolución, «sólo excepcionalmente se ha podido permitir el ingreso de actos y contratos no totalmente perfectos, como en el supuesto del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, antes señalado, y no parece aconsejable ampliar este criterio a otros supuestos, pues ello implicaría

que los libros hipotecarios mostrasen situaciones ambiguas que inducirían a confusión, lo que a toda costa hay que tratar de evitar».

Ahora bien, hay actos, como la adquisición que ahora nos ocupa, que no se sabe *ab initio* si son anulables o incompletos, pues están en interrogante. No es sólo que no se sepa si serán o no anulados, ya que este dilema existe también cuando se trata de actos anulables desde el principio, y, sin embargo, a éstos se les impide el acceso al Registro. En el caso que examinamos está también en interrogante si el acto en sí debe considerarse *ab initio* anulable o incompleto. Cuando el acto es anulable o incompleto, el Registrador debe suspender la inscripción, aunque no sepa si será efectivamente anulado o confirmado, pues lo que sabe ya de antemano, y esto le basta, es que ha habido un vicio en la adquisición y una infracción a un precepto, que no son interrogantes, sino hechos ciertos y claros, aunque el acto todavía no haya sido anulado. En cambio, en el presente caso, no puede calificar que se trata de un acto anulable o incompleto; lo más que podrá decir es que no sabe si el acto es incompleto o anulable.

En esta situación de interrogante, el Registrador debe preguntarse si por el hecho de practicar la inscripción pueden producirse perjuicios para el marido o terceros. Si no ve tal posibilidad de perjuicio, no tiene por qué presumir que un acto en interrogante es ya incompleto. Si viera posibles perjuicios o confusiones (ejemplo, enajenaciones sin consentimiento eventual) deberá suspender la inscripción.

Como argumentos en favor de la inscripción de estos actos en interrogante, cuando no se ve posibilidad de perjuicio para nadie, señalamos los siguientes:

1.º La norma general interpretativa del artículo 1.284 del Código civil, que, al menos, debe considerarse indiciaria en pro de la solución que exponemos, pues si los contratos deben interpretarse de la forma más adecuada para que produzcan efecto, se debe permitir la inscripción, ya que ésta puede producir múltiples efectos y beneficios (ejemplo: Viviendas de Protección Oficial, evitar dobles ventas en perjuicio de la mujer, etc.).

2.º La analogía con las situaciones jurídicas de pendencia y los actos condicionales. En esos supuestos existe también una interrogante y, sin embargo, se pueden inscribir haciendo constar en el Registro el evento del que dependen. Ciertamente que no conviene hacer una aplicación desmesurada de esta analogía, pues hay que evitar que queden emborronados los libros registrales; pero aquí se trata de una aplicación analógica medida, pues hemos dicho que sólo patentamos la idea de inscribir las adquisiciones, no las enajenaciones. Por otro lado, la citada resolución

de 15 de marzo de 1972, cuando advierte sobre la necesidad de evitar situaciones ambiguas y confusas en el Registro, se está refiriendo al caso de enajenación por el marido de un bien ganancial sin consentimiento de la mujer (acto incompleto desde el principio), no al supuesto de adquisición por la mujer en las condiciones expuestas (acto en interrogante).

5. *Improcedencia de aplicar la analogía del derogado artículo 94 del Reglamento Hipotecario*

Lo que no se debe hacer, aunque ello favorecería la tesis que estamos defendiendo, es aplicar la analogía del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, al objeto de facilitar la inscripción de la adquisición de la mujer casada sin consentimiento del marido. En contra de cualquier intento de aplicación analógica exponemos las razones siguientes:

1.^a A efectos de inscripción, no hay analogía entre licencia y consentimiento, como destaca el preámbulo de la Ley de Reforma del Código, y, por tanto, tampoco hay parecido entre la licencia marital y el consentimiento eventual del marido. La repetida resolución de 15 de marzo de 1972 se pronuncia claramente en contra de la analogía entre ellos, a efectos del artículo 94 del Reglamento Hipotecario.

2.^a En el supuesto del artículo 94 del Reglamento Hipotecario se permitía la inscripción de un acto anulable, adelantándose a la reforma del Código civil en cuanto a la inscripción de bienes parafernales adquiridos o vendidos por mujer casada sin licencia marital. En cambio, hemos dicho que la adquisición que ahora examinamos no es un acto anulable ni incompleto, sino un acto en interrogante.

3.^a En cualquier caso, el artículo 94 carece actualmente de vigencia, por haber sido derogado tácitamente por la reforma del Código civil, al suprimir la licencia marital, y si queda derogado el supuesto básico de dicho artículo, no cabe intentar resucitar el precepto sólo para hipotéticos y discutibles casos analógicos. En nuestra opinión, ya ni siquiera procede aplicar el artículo 94 a los actos anteriores a la reforma del Código, pues al ser la licencia algo vejatorio para la mujer e impropio de países adelantados, su supresión debe tener amplio efecto retroactivo por razones de orden público, pues no es lógico seguir considerando a la mujer como una menor de edad ni siquiera a efectos transitorios (4 ter).

(4 ter) Consecuencias prácticas de esta postura serían: 1.º En la inscripción de una escritura anterior a la reforma se prescindirá de aludir a la falta de licencia marital en su caso; 2.º No se arrastrará la limitación referente a la falta de licencia existente en inscripciones anteriores, en la nueva inscripción que vaya a practicarse; 3.º Procede aplicar el artículo 355 R. H. respecto a la cancelación de las alusiones a la falta de licencia existentes en las inscripciones.

B) SEGUNDO PROBLEMA: ¿CÓMO DEBE PRACTICARSE LA INSCRIPCIÓN DE LA ADQUISICIÓN DE LA MUJER EN ESTOS CASOS?

Una vez resuelto en sentido afirmativo el problema de si es posible la inscripción, nos ocuparemos del problema de la fórmula registral a emplear.

La cuestión se plantea porque ninguna de las reglas del artículo 95 contempla directamente el caso de adquisición por uno solo de los cónyuges con dinero que se declara privativo sin justificarse. Efectivamente: la regla 1.^a se refiere al caso de que no exista declaración sobre la procedencia del dinero; la regla 2.^a, al supuesto de declaración de ser privativo el dinero aseverándolo el otro cónyuge, y la regla 3.^a, al caso en que se acredita el carácter privativo del dinero empleado.

Ante este silencio hay que procurar la aplicación analógica de una u otra regla. Descartamos desde el principio la regla 3.^a, ya que se refiere a un supuesto en que está probada la procedencia del dinero, y una cosa es la prueba y otra la mera declaración; aparte de ello, si la inscripción se practicara conforme a esa regla 3.^a, se permitirían ulteriores enajenaciones realizadas exclusivamente por la mujer y se obstaculizarían las anotaciones de embargo a favor de acreedores de la sociedad conyugal, con el consiguiente perjuicio para el marido y los acreedores.

Se pueden seguir dos soluciones, según se aplique la analogía de las reglas 1.^a ó 2.^a del artículo 95:

a) *Primera SOLUCION: La inscripción se debe practicar a nombre de ambos cónyuges, conforme a la regla 1.^a del artículo 95.*

Esta es la tesis que vienen defendiendo muchos autores respecto a la inscripción de las adquisiciones de uno u otro cónyuge en general, sin plantearse en concreto el problema de la adquisición por la mujer casada.

Así, LA RICA se pregunta: «¿Y si la aseveración es tan sólo del propio cónyuge adquirente?» Y contesta: «Si no va seguida de la justificación cumplida carecerá de todo valor jurídico en el Registro, y creemos que la inscripción habrá de practicarse a favor de ambos cónyuges, como cuando no se hace manifestación alguna sobre la procedencia del precio o contraprestación» (5).

LACRUZ dice que «a *fortiori* se inscribirán en igual forma (como la regla 1.^a), aunque no lo dice el artículo 95, las adquisiciones por un cónyuge a su propio nombre, y en las que hace él mismo declaración sobre la procedencia del precio, pero no intenta o no consigue demostrarla» (6).

(5) LA RICA Y ARENAL, *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*. Madrid, 1959, pág. 98.

(6) LACRUZ, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, pág. 464

SANZ FERNÁNDEZ advierte, en relación con el número 1.º del artículo 95, que «es aplicable a las adquisiciones en que no se acredite el carácter privativo ni se afirme por el cónyuge no adquirente» (7).

ROCA SASTRE piensa también que la fórmula de la regla 1.ª «está pensada más bien en la ausencia de la aseveración de privatividad, objeto del artículo 95, 2.ª, del propio Reglamento» (8), de donde parece desprenderse que si no hay aseveración de privatividad del otro cónyuge, la regla general aplicable sería la 1.ª del artículo 95.

En el mismo sentido, pero planteándose ya en concreto el tema de la *adquisición por mujer casada*, B. CAMY estima aplicable la regla 1.ª de dicho precepto. O con palabras del propio autor:

«Evidentemente que si la mujer, sin licencia del marido (hay que advertir que B. CAMY está hablando antes de la reforma del Código), adquiriese a título oneroso una finca alegando circunstancias que, a su juicio, justificaban que el dinero o la contraprestación tenían el carácter de parafernial, si el Registrador no estimase justificada esa adquisición e inscribiese la finca como presuntivamente ganancial, conforme al número 1.º del artículo 95 del Reglamento, por conformarse la adquirente con que se denegase ese pacto, la inscripción será posible por aplicación de lo dispuesto en el artículo 94 del Reglamento. En esta adquisición, la mujer está actuando, a su juicio, sobre bienes parafernales, actuación para la que requiere la licencia marital (según lo estima la jurisprudencia y la doctrina, aunque, a nuestro juicio—continúa diciendo CAMY—, ello sea muy dudoso). Son, pues, las normas de los parafernales, incluso las registrales, las que debemos aplicar. El carácter de ganancialidad sólo se lo da de oficio el Registrador al inscribir, por imperativo legal fundado en la presunción del artículo 1.407 del Código civil, pero que sólo tiene un carácter de *juris tantum*, siendo susceptible de prueba posterior en contrario. Igual debemos proceder en todos los supuestos en que el carácter de ganancial no resulte probado de los elementos que se tengan a la vista para la calificación ni declaración al efecto por el adquirente» (9).

A nosotros no nos convence la aplicación del artículo 95, regla 1.ª, por lo cual consideramos improcedente que la inscripción se practique a nombre de ambos cónyuges. En primer lugar, creemos que el Registrador podría caer en un contrasentido, que sería decir blanco para una cosa y negro para otra, siendo idéntico en ambas cuestiones el problema de fondo. Por este camino, el Registrador no aplica la presunción del

(7) SANZ FERNÁNDEZ, *Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad*, en el Centenario de la Ley del Notariado. Madrid. 1964, pág. 282.

(8) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., vol. IV-1.º, pág. 39.

(9) CAMY, obra y volumen citados; pág. 580.

artículo 1.407 respecto a la actuación de la mujer, entendiendo que debe aplicarse a la inversión del dinero la normativa de los bienes parafernales, y, sin embargo, seguidamente aplica la citada presunción de ganancialidad del dinero invertido, al practicar la inscripción a nombre de ambos cónyuges conjuntamente, sin atribución de cuotas y para su sociedad conyugal. Aparte de ello, pensamos que la fórmula de inscripción conjunta a favor de ambos cónyuges puede plantear problemas respecto a la constancia posterior de la aseveración realizada por el marido en cuanto a la adquisición anterior de la mujer, así como al pretender aplicar por analogía lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 434 del Reglamento, según tendremos ocasión de comprobar después.

b) *Segunda SOLUCION*: Es la que ofrece la comunicación del COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES de fecha 8 de octubre de 1975, aplicando al supuesto la regla 2.ª del artículo 95, al decir: «La adquisición es inscribible a nombre de la mujer, debiendo hacerse la salvedad en la cláusula de inscripción y en la nota al pie del título de que el asiento no prejuzga la naturaleza ganancial o privativa de los bienes (artículos 62 del Código civil y 95 del Reglamento Hipotecario).»

*Puntualizaciones respecto a la aplicación de la regla 2.ª
del artículo 95 del Reglamento Hipotecario*

En principio, nos parece muy bien esta fórmula patrocinada por el Colegio de Registradores, pues, según señalaremos ahora, tiene importantes argumentos a su favor, por lo que esperamos que se siga en la práctica.

Pero, en nuestra opinión, se deben hacer dos puntualizaciones:

— En primer lugar, hemos de observar que como el supuesto que analizamos es algo diferente al de la regla 2.ª, será necesario diferenciarlo de algún modo del mismo, haciendo constar en la inscripción la circunstancia de que no consta la aseveración del marido. Cabría también la solución de guardar silencio sobre esa cuestión (a diferencia de la regla 2.ª, en que se exige que conste dicha circunstancia), pero dado que se está aplicando por analogía una regla que no prevé directamente el supuesto es preferible dejar constancia en el propio asiento, de un modo abierto, de la falta de aseveración marital para que no quepa ninguna confusión ni pueda creerse que en la inscripción hubo omisión respecto a la aseveración del marido. En cualquier caso, y esto nos parece decisivo, ésta inscripción, que se practica a nombre de la mujer, tiene ciertos visos de eventualidad no sólo porque «no prejuzga el carácter privativo o ganancial», sino porque (a diferencia del caso de la regla 2.ª) siempre

cabría imaginar que el marido o sus herederos pueden anular la propia adquisición demostrando que fue una inversión de dinero ganancial, no privativo. Y si hemos aludido antes a cierta analogía con los actos condicionales y situaciones jurídicas de pendencia, parece lógico recoger en la inscripción la eventual ineficacia de la misma, cosa que queda bien reflejada haciendo constar que la adquisición se realizó sin constar la aseveración del marido.

Por ello proponemos que el acta de inscripción sea más o menos así: «En su virtud, doña... inscribe su título de compraventa sobre el pleno dominio de esta finca, sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial y sin constar la aseveración del marido sobre la procedencia del dinero invertido.»

— Otra puntualización que debemos hacer es que cuando la mujer ha solicitado la inscripción de la finca como parafernál, habiendo aportado algunas pruebas sobre la procedencia del dinero calificadas de insuficientes, no bastará reflejar en la *nota al pie del título* que el asiento no prejuzga la naturaleza ganancial o privativa de los bienes. Creemos que previamente a la inscripción debe consultarse al presentante, conforme a lo dispuesto en el artículo 434, y si éste o los interesados lo solicitan, habría que extender la correspondiente nota de denegación de la solicitud de inscripción de la finca como probadamente parafernál, en los siguientes términos:

«Inscrito el precedente documento en..., habiéndose practicado la inscripción a nombre de doña..., sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial, según la regla 2.^a del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, con la conformidad del presentante, a que se refiere el párrafo 3.º del artículo 434 del Reglamento Hipotecario», añadiéndose lo siguiente en ese caso en que se solicite para plantear un recurso: «Habiéndose denegado la inscripción de la finca como probadamente parafernál, por estimarse insuficientes las pruebas aportadas, por lo siguiente...» (se especificarán aquí los argumentos del Registrador en contra de la suficiencia de las pruebas aportadas).

De la posible aplicación de este artículo 434 nos ocuparemos más adelante.

Argumentos en pro de la analogía de la regla 2.^a del artículo 95 del Reglamento Hipotecario

Exponemos nuestros argumentos en favor de la fórmula patrocinada por el Colegio de Registradores una vez hechas esas puntualizaciones:

Primer argumento.—A pesar de la diferencia existe evidente analogía entre el supuesto de adquisición por mujer casada con aseveración

del marido de ser parafernial el dinero invertido, y el supuesto que nos ocupa de adquisición por mujer casada con declaración de tal parafernialidad sin aseveración del marido.

En el supuesto de la regla 2.^a no se prejuzga el carácter privativo o ganancial, a pesar de las declaraciones de uno y otro cónyuge. Para ellos y sus herederos tales declaraciones deben ser decisivas, pues no pueden ir contra sus propios actos. En cambio, para los legitimarios, acreedores y terceros no se prejuzga el carácter privativo o ganancial, de modo que, según los casos, podrán seguir acudiendo a la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 (sobre la que el asiento no prejuzga nada ni la suspende) o bien podrán tener en cuenta las declaraciones de ambos cónyuges sobre la parafernialidad del dinero, también recogidas en la inscripción.

Ahora comprobemos las analogías y diferencias de ese supuesto con el que estamos estudiando:

Analogías:

— No se prejuzga el carácter privativo o ganancial para legitimarios, acreedores y terceros, en ambos casos.

— La mujer, en ambos casos, declara que el dinero es suyo y no puede ir, en principio, contra sus propios actos.

Diferencias:

— En el caso de la regla 2.^a, el marido queda vinculado por su aseveración; en cambio, en la adquisición de la mujer sin aseveración marital, el marido y sus herederos no legitimarios quedan incluidos en el grupo de legitimarios, acreedores y terceros, respecto a los que no queda prejuzgado el carácter privativo o ganancial.

— En el caso de la regla 2.^a, el marido no puede impugnar la adquisición de la mujer a pretexto de que el dinero invertido era ganancial y que le correspondía administrarlo, pues para él la aseveración de ser parafernial el dinero es decisiva; por el contrario, en el caso de adquisición sin aseveración marital queda en el aire la posibilidad de que el marido o sus herederos puedan impugnar la adquisición por entender que no era parafernial el dinero.

Pues bien, sopesando estas analogías y diferencias, comprobaremos que no hay ningún obstáculo para aplicar la analogía de la regla 2.^a, pero haciendo constar la diferencia. Es la mejor manera de resolver el supuesto. Con la puntualización que antes hemos hecho se cumple esa doble idea de reflejar en el asiento la analogía y la diferenciación de casos.

Segundo argumento.—Con la fórmula patrocinada ya no existe ese contrasentido de la cuestión anterior. Hemos dicho que si se practicase la inscripción conforme a la regla 1.^a (como bien ganancial), el Registrador no sería muy consecuente, pues para calificar la capacidad de la mujer tendría en cuenta que el dinero es parafernial, y para inscribir tendría en cuenta que el dinero se presume ganancial. Es un salto en el vacío que con esta otra fórmula es más fácil salvar, pues la calificación registral sobre la capacidad y actuación de la mujer guarda más concordancia con el acta de inscripción. Así, al calificar la capacidad de la mujer, el Registrador parte, en principio, de la declaración de ser privativo el dinero, pero tiene también en cuenta que es un acto en interrogante, y al inscribir, lo hace a nombre de la mujer, pero dejando a salvo los intereses de otras personas haciendo presente que no consta la aseveración del marido y que no se prejuzga el carácter privativo o ganancial.

Tercer argumento.—Es la fórmula registral que mejor salvaguarda los intereses en juego:

— El de la mujer, pues ésta lo que solicita es que la inscripción se practique a su nombre. Además, con tal fórmula tendrá la seguridad de que el marido no podrá enajenar la finca sin consentimiento de ella, ni siquiera acudiendo a la autoridad judicial, pues la autorización judicial sólo es supletoria del consentimiento *uxoris* del artículo 1.413, no de la intervención de la mujer en la enajenación de bienes parafernales, y la fórmula de la regla 2.^a cubre ambas posibilidades de ser parafernial o ganancial la adquisición.

— El interés del marido, pues, queda a cubierto de ulteriores enajenaciones que pretendiera hacer la mujer por sí sola, ya que para inscribirlas se necesitaría el consentimiento de aquél, según lo dispuesto en el artículo 96. En cuanto a los embargos, la demanda tendría que dirigirse contra la mujer y contra él, por lo que podría alegar lo pertinente en el procedimiento correspondiente. Tampoco cabe olvidar, desde el punto de vista de la rogación del procedimiento registral, que si se practicara la inscripción conforme a la regla 1.^a, se inscribiría una adquisición ganancial a nombre de ambos cónyuges sin haber contado para nada con la voluntad del marido, que, como administrador de la sociedad de gananciales, podría tener inconvenientes en tal inscripción, a diferencia del caso de la regla 2.^a, en que el marido no aparece en el acta de inscripción ni se presume ganancial la adquisición. En fin, al expresarse en la inscripción que no consta la aseveración marital, el marido tiene vía libre para intentar la anulación de la inversión realizada por la mujer si cree que afecta al dinero ganancial.

— Los intereses de legitimarios, acreedores o terceros quedan a salvo, pues la inscripción no prejuzga el carácter privativo o ganancial.

— En cuanto a los acreedores de la mujer por deudas privativas de ella, si se sigue la tesis de aquellos autores (como SANZ FERNÁNDEZ) que admiten la anotación de embargo por deudas privativas, en el caso de la regla 2.^a del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, también se admitiría en este supuesto tal anotación, cosa que no cabría de ningún modo si se practicase la inscripción, conforme a la regla 1.^a, como bien ganancial. Sabemos que ROCA SASTRE no admite tal anotación por deudas privativas ni siquiera en el caso de la regla 2.^a, pero de esto nos ocuparemos después. Ahora baste señalar que el interés de estos acreedores por deudas privativas de la mujer queda mejor salvaguardado con la fórmula de la regla 2.^a

Cuarto argumento.—La fórmula de la regla 2.^a permite la constancia registral de la ulterior aseveración del marido, cuestión más discutible si la inscripción se hubiera practicado al amparo de la regla 1.^a

Quinto argumento.—Como hemos apuntado antes, aplicando la regla 2.^a se consigue un acta de inscripción que admite perfectamente la aplicación del párrafo 3.º del artículo 434 del Reglamento Hipotecario.

De estas dos últimas posibilidades nos ocupamos a continuación por separado, como problemas específicos del tema.

Posibilidad de inscribir la aseveración posterior del marido

En nuestra opinión, la aseveración posterior del marido acerca del carácter privativo del dinero invertido por su mujer en la adquisición es perfectamente posible y debe permitirse su constancia en el Registro, háyase o no inscrito la adquisición con anterioridad.

Sabemos que dos importantes autores no son de esta opinión, pero sus razonamientos no nos convencen, pues no se muestran muy realistas en esta ocasión. Nos referimos a las opiniones de ROCA SASTRE y SANZ FERNÁNDEZ.

ROCA SASTRE dice que «será oportuno el aseveramiento del cónyuge que no aparezca como adquirente cuando se produzca en la adquisición por parte del otro cónyuge, mas no lo será cuando tenga lugar antes o después». Y argumenta de este modo: «El artículo 95, 2.^a, del Reglamento Hipotecario habla de cuando *en la adquisición* por cualquiera de los cónyuges asevere el otro, lo que significa que esta aseveración ha de ser sincrónica al acto adquisitivo. Por tal acto adquisitivo entendemos—con-

tinúa diciendo—el que acude al Registro a través de la correspondiente copia notarial, testimonio judicial o certificación administrativa» (10).

No podemos estar de acuerdo con ROCA SASTRE, pues no nos parece realista su postura, sino, al contrario, muy formalista. Si el marido está ausente o enfermo y la adquisición es urgente, no vemos por qué no se va a permitir la aseveración posterior del marido. ROCA utiliza un argumento meramente literal, que se puede rebatir con otro argumento también literal, diciendo que está partiendo de la univocidad de la expresión «en la adquisición», como si ésta tuviera un sentido necesariamente temporal (en el momento de la adquisición), y se puede pensar que esa expresión equivale a decir: «en los casos de adquisición» o «en relación con la adquisición» (sentido de relación), sin prejuzgar si se trata del momento mismo o de otro ulterior al acto adquisitivo. Pero vamos a suponer que no convence este sentido de relación de tal expresión y que se entiende que literalmente se refiere sólo a las aseveraciones en el momento de la adquisición; aun así, nos queda el decisivo argumento de que para algo está la analogía, para dar la misma solución a las aseveraciones anteriores, simultáneas o posteriores a la adquisición, pues donde la razón es la misma, idéntica debe ser la consecuencia. Por tanto, si la inscripción de la adquisición todavía no se ha practicado, la misma se practicará, conforme a la regla 2.^a, acompañando la escritura posterior en que conste la aseveración del marido, y si la inscripción de la adquisición se practicó ya a nombre de la mujer, sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial y sin constar la aseveración del marido, también cabrá aplicar la analogía del último párrafo del artículo 95, haciendo constar tal aseveración posterior por nota marginal, cosa que está pidiendo a voces la propia inscripción si en ésta se expresa que no consta todavía la aseveración, según la tesis anteriormente expuesta.

SANZ FERNÁNDEZ, a diferencia de ROCA SASTRE, cree que la aseveración «puede hacerse en el mismo título adquisitivo o después de él». Pero añade que «en este segundo supuesto, para que tenga eficacia registral, habrá de hacerse antes de la inscripción, ya que de otro modo habría un cambio de titularidad no justificado y una verdadera transmisión entre cónyuges. Deriva así—continúa diciendo—del propio artículo 95, que en su párrafo final admite la justificación del carácter privativo de la adquisición después de la inscripción, pero no la aseveración o reconocimiento» (11).

Tampoco podemos estar de acuerdo con SANZ, pues este autor parte, al parecer, de que la adquisición se encuentra inscrita conforme a la regla 1.^a del artículo 95, ya que dice que la constancia de la aseveración

(10) ROCA, *ob. cit.*, pág. 53.

(11) SANZ, *ob. cit.*, pág. 286.

implicaría un cambio de titularidad registral. Ahora bien, como nosotros hemos seguido la solución de practicar la inscripción, conforme a la regla 2.^a, a nombre de la mujer, la constancia posterior de la aseveración marital no cambia la titularidad registral, ya que la inscripción sigue figurando a nombre de ella y continúa publicando que no se prejuzga el carácter privativo o ganancial. Lo único que se hace es consignar la aseveración del marido por nota marginal, llenando ese vacío que la propia inscripción estaba pidiendo que se ocupase. Desde esta perspectiva no cabe imaginar tampoco el fantasma de la donación entre cónyuges, discutible aun en el supuesto de que la inscripción se hubiere practicado conforme a la regla 1.^a; con la solución que hemos seguido desaparece cualquier sombra de tal supuesta donación. Y en cuanto al argumento de SANZ de que el artículo 95 no prevé esa nota marginal, ya hemos dicho que no hay ningún problema respecto a la aplicación analógica del último párrafo, y tampoco nos parece bien la tesis del *numerus clausus* de notas marginales, que no resulta de ningún precepto y que no tiene ninguna razón de ser (12). Incluso cabe la analogía de la nota marginal del artículo 23 de la Ley Hipotecaria o 56 del Reglamento Hipotecario, interpretando que la inscripción de la adquisición de la mujer sin intervención del marido se practicó teniendo en cuenta cierta analogía con las situaciones de pendencia o con los actos condicionales, como hemos visto. En último término, si SANZ admite que puede otorgarse *con posterioridad a la adquisición* la escritura de aseveración del marido, lo lógico será buscar una fórmula adecuada para dar publicidad registral a esa escritura que es válido otorgar, en lugar de cerrarse en banda, pues se debe procurar la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral.

En conclusión, entendemos que cabe la aseveración posterior del marido y que su constancia registral es perfectamente posible en una u otra forma, tanto si la inscripción de la adquisición ha tenido lugar como si no se ha efectuado todavía. Con esta tesis se confirman las ventajas de seguir la fórmula registral de la regla 2.^a del artículo 95, que es la que mejor permite hacer constar la aseveración posterior del marido.

(12) En contra, LACRUZ-SANCHO patrocinan la teoría del *numerus clausus* de notas marginales, diciendo: «Hay un *numerus clausus* de notas: no se pueden practicar sino las expresamente previstas por la ley, la cual no da regla general alguna, y ordena la extensión de notas marginales en casos particulares y específicos» (*Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 282). Pero esta opinión no nos parece convincente, pues no se ve por qué no puede aplicarse la analogía para admitir, con prudencia, otras notas marginales similares a las previstas específicamente.

Posibilidad de aplicar la idea del artículo 434 del Reglamento Hipotecaria (12 bis)

Los párrafos 2.º y 3.º del artículo 434 tratan de solucionar una posible fricción entre los principios de rogación y calificación.

Si se practica la inscripción de la totalidad del documento, como consecuencia de una calificación favorable, existe plena concordancia entre ambos principios, pues la inscripción se practica tal como se había solicitado. Pero si la calificación registral llega al resultado de que pro-

(12 bis) Estando en pruebas de imprenta el presente estudio, ha llegado a nuestras manos la Resolución de la D. G. R. N. de 19 de junio de 1975, que se ocupa de dos cuestiones que estudiamos en el texto 1.º Necesidad de aplicar el artículo 434 R. H., exigiendo la aquiescencia del presentante, respecto a la inscripción a favor de la mujer en forma distinta a la prevista en la escritura. Enfoca esta necesidad sobre la base del principio de rogación, lo cual es acertado. Pero se excede un poco cuando advierte que el Registrador «debería hacer constar esta circunstancia (la aquiescencia del presentante) en el escrito correspondiente». Parece que se refiere al asiento de inscripción, pues el de presentación se supone ya practicado y firmado. Pues bien, nosotros creemos que basta expresar la aquiescencia por nota al margen del asiento de presentación, que incluso puede firmar el presentante, sin necesidad de recoger una cuestión del principio de rogación en el asiento de inscripción. Los aspectos de la rogación son presupuesto del asiento, pero no circunstancias a recoger en el mismo. El propio artículo 434 R. H. no quiere que se diga nada de la denegación ni de la parcialidad de contenido de la inscripción respecto al título, de donde se desprende que sobra también la referencia a la conformidad del presentante sobre ese extremo. 2.º Posibilidad de recurso gubernativo, aunque la inscripción se haya practicado con variantes respecto a lo primitivamente solicitado. De esto también nos ocupamos en el texto, pero mientras nosotros seguimos pensando que no cabe recurso contra el resultado positivo de la calificación registral (inscripción) y fundamos el recurso en la distinción entre la parte inscrita y la parte denegada, la resolución prescinde de ese principio reiteradamente seguido en otras resoluciones, y justifica la excepción por razones de economía procesal (podría llegarse al recurso mediante la solicitud de nota marginal del párrafo último del artículo 95 R. H., dice la Dirección). Creemos que no hay necesidad de desertar de ese reiterado principio, ni siquiera por economía procesal, pues si la inscripción se hubiera extendido a favor de ambos cónyuges, conforme a la regla 1.ª del artículo 95 R. H. (como defienden los autores que hemos citado), no cabría recurso, pues el marido es también titular registral y está bajo la salvaguarda de los Tribunales su titularidad. Por tanto, no es sólo problema de economía procesal, sino de distinción entre parte inscrita y parte denegada, admitiendo el recurso sólo contra esta última.

Aparte de esto, la resolución se ocupa del importante problema referente a la calificación registral de la prueba del carácter privativo del dinero invertido en la adquisición. No obstante, según decimos al final de este trabajo, de ese tema nos ocuparemos en otro lugar por ser común a ambos cónyuges y por no resultar directamente afectado por la reforma del Código. No obstante, adelantaremos que no nos convence esa especie de «camisa de fuerza» que el penúltimo Considerando pone a la función calificador, y creemos mucho más progresiva y moderna la doctrina de la antigua Resolución de 13 de noviembre de 1926, que no está ni mucho menos superada, sino que ofrece mejor futuro para la calificación registral en un campo inexplorado por otros funcionarios: el de la prueba del carácter privativo del dinero.

cede denegar algunos pactos del documento, ya no se inscribe la totalidad de éste. Y en ese caso queda la duda de si tal inscripción parcial ha sido o no solicitada por el presentante. Para dilucidarla nada mejor que preguntarle y pedirle su conformidad en que la inscripción se practique de ese modo, aunque se deniegue parcialmente respecto a alguna estipulación. Obsérvese que no se le pregunta al presentante si está o no conforme con la calificación registral, sino si desea que la inscripción se practique de momento parcialmente. Es una conformidad relacionada más bien con el principio de rogación que con el de calificación registral.

Esta es nuestra interpretación de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 434, que dicen así:

«Cuando el documento comprenda alguna estipulación o pacto que no deba tener acceso al Registro o que legalmente haya de tenerse por no puesto, podrá inscribirse el título y denegarse la inscripción de tal estipulación o pacto, del que no se consignará referencia alguna en el asiento que se practique, si bien se hará constar la denegación en las notas que se extiendan al pie del documento y al margen del asiento de presentación.»

«En los supuestos del párrafo anterior, el Registrador se abstendrá de practicar el asiento solicitado en tanto que el presentante no manifieste su conformidad con que la inscripción sea extendida denegando la de dicho pacto o estipulación.»

Partiendo de la explicación antes dada, no cabe mantener que esa conformidad del presentante implica la renuncia al recurso contra la calificación registral. Por varias razones:

1.^a El párrafo 3.º se refiere a una conformidad «con que la inscripción sea extendida denegando la de dicho pacto o estipulación», no a una conformidad expresa y directa con la denegación misma. Esa redacción confirma la tesis de que la conformidad a que se refiere dicho párrafo alude a la solicitud de inscripción y al principio de rogación más que al de calificación.

2.^a El citado párrafo se refiere al «presentante». El artículo 39 del Reglamento considera como representante del transmitente, del adquirente o de los interesados al que presente los documentos, pero es sólo a efectos de solicitar la inscripción. En cambio, el recurso gubernativo la puede interponer el interesado o «quien ostente notoriamente o acredite en forma auténtica la representación legal o voluntaria», según el artículo 112, y no puede considerarse como tal al simple presentante que no acredite su representación. Por tanto, como el artículo 434, 3.º, se refiere al «presentante» sin más, no al interesado o a quien tenga su

representación de modo notorio o auténtico, eso significa que se está queriendo referir a un problema de «solicitud de inscripción» (art. 39 del Reglamento Hipotecario) y no a la renuncia al recurso gubernativo (artículo 112 del Reglamento Hipotecario).

3.^a El recurso gubernativo lo puede interponer también el Notario autorizante y quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de la inscripción, y sería absurdo que la conformidad del presentante impidiera el recurso gubernativo sin contar con las personas legitimadas para ello.

4.^a En la práctica resulta francamente violento decirle al presentante e incluso al interesado que esa conformidad del artículo 434 implica la renuncia al recurso. Y no es justo tampoco; la inscripción en muchos casos no puede esperar, y ante esa urgencia, el interesado no piensa en el recurso, pues lo que desea es inscribir para presentar la correspondiente escritura (de hipoteca, por ejemplo) al que le va a prestar el dinero. Después quizá resulte que el Banco Hipotecario o la Caja de Ahorros no le dan el dinero si advierten que se ha denegado parcialmente la inscripción del documento. ¿Por qué no permitir entonces el recurso? Aunque la conformidad la hubiera prestado el mismo interesado, no iría contra sus propios actos, pues su conformidad lo fue con relación a la práctica de una inscripción parcial, no con la totalidad de la calificación registral. En último término, siempre le cabría volver a presentar el documento, conforme al artículo 108 del Reglamento Hipotecario, para obtener una nueva calificación e instar el recurso correspondiente. Y si puede utilizar ese procedimiento indirecto, no se ve por qué no permitirle el ejercicio directo del recurso.

Hemos querido dar estas ideas generales sobre los párrafos 2.º y 3.º del artículo 434 del Reglamento Hipotecario porque creemos que pueden tener aplicación en el supuesto que estamos examinando. Pero el problema se plantea de modo distinto, según se siga la fórmula de la regla 1.^a o de la 2.^a del artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

a) *El artículo 434 en la teoría de la regla 1.^a del artículo 95.*—Para aquellos autores, como B. CAMY, que entienden que debe practicarse la inscripción a nombre de ambos cónyuges, aunque la adquisición la haya efectuado la mujer con dinero que ella dice ser suyo, incluso solicitando la inscripción de la finca como parafernial, es evidente que se produce aquí otro salto en el vacío entre los principios de rogación y de calificación y resulta totalmente necesario recurrir a la analogía del artículo 434, párrafos 2.º y 3.º

Veamos lo que opina CAMY: «En todos los casos contemplados se solicitará del Registrador no ya la inscripción de la adquisición, sino que

ésta se realice cualificándola de parafernál o bien propio. Por ello, si el Registrador estimase válida la adquisición, pero no así que ésta tenga carácter de bien parafernál o propio del marido, tal estipulación o pacto, que, según él, no debe tener acceso al Registro, impide (párrafos 2.º y 3.º del art. 434 del Reglamento Hipotecario) que pueda realizar la inscripción denegando el pacto o estipulación o, lo que es lo mismo, impide inscribir la adquisición como ganancial y no como parafernál o bien propio, según se solicitaba, salvo que consienta en ello el interesado, pues si no consintiese le quedará expedita su acción para recurrir contra la calificación registral en la parte relativa a que lo adquirido no tiene el carácter de parafernál o de bien propio del marido» (13). Y en otro lugar insiste en la misma idea, cuando prevé que la inscripción se pueda practicar según la regla 1.ª del artículo 95 del Reglamento, «por conformarse la adquirente con que se denegase ese pacto» (14).

Nos parece completamente lógico que B. CAMY quiera dar entrada en el caso al artículo 434 del Reglamento, precisamente para evitar ese salto en el vacío entre los principios de rogación y calificación. Pero con esta tesis de la aplicación de la regla 1.ª del artículo 95, el artículo 434 del Reglamento no cuadra del todo con el caso por lo siguiente:

— El artículo 434 se refiere a la inscripción de una parte del documento con denegación de otra; en cambio, al aplicar la regla 1.ª, no se produce ese supuesto, sino algo más grave: la inscripción de *todo* el documento de una forma *distinta* (no ya parcial) de la que resulta del título.

— El artículo 434 se refiere a la conformidad del presentante, no a la de la adquirente o interesada; en cambio, al aplicar la regla 1.ª, CAMY no tiene más remedio que referirse a la mujer adquirente, lo cual, dada la gravedad del asunto, es acertado; pero lo que queremos demostrar es que ya no estamos en el supuesto del párrafo 3.º del artículo 434.

— La conformidad del artículo 434 hemos visto que no excluye el recurso contra la calificación, pues tal recurso no va contra una inscripción ya practicada (contra ella no cabe recurso gubernativo, al estar bajo la salvaguardia de los Tribunales), sino contra el aspecto negativo de la calificación, contra la denegación de inscripción; en cambio, en la tesis que estamos examinando no puede hacerse esa separación entre lo inscrito y lo denegado a efectos de recurso, ya que si se recurre contra la denegación de la inscripción como parafernál, se va al mismo tiempo contra la inscripción ganancial (que es el reverso de la moneda), y no

(13) B. CAMY, *ob. cit.*, pág. 562.

(14) B. CAMY, *ob. cit.*, pág. 580.

resulta posible rectificar una inscripción practicada a nombre de ambos cónyuges a través del recurso gubernativo. El propio B. CAMY advierte que si la interesada «no consintiese, le quedará expedita su acción para recurrir contra la calificación registral». ¿Y si consintiese en que la inscripción se practicara conforme a la regla 1.^a? Entonces lo lógico es que no pueda ya recurrir para obtener una inscripción conforme a la regla 2.^a

Todas estas observaciones demuestran que los párrafos 2.º y 3.º del artículo 434 no encajan perfectamente en la tesis de la aplicación de la regla 1.^a, lo cual, aunque no sea decisivo, es un indicio más de las dificultades de seguir esa tesis.

b) *El artículo 434 en la teoría de la regla 2.^a del artículo 95 del Reglamento Hipotecario.*—Estas dificultades de adaptación del artículo 434 al caso planteado no existen o no son tan fuertes si se sigue la teoría de practicar la inscripción a nombre de la mujer «sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial» de la adquisición.

En nuestra opinión, deben distinguirse dos supuestos dentro de esta teoría:

1.º Si la mujer no solicita en la escritura que se practique la inscripción en un determinado sentido ni aporta pruebas relativas a la parafernalidad del dinero invertido, entonces no se produce ninguna fricción entre los principios de rogación y calificación, ya que la inscripción se practica a nombre de la mujer y las precisiones que se hacen en el asiento derivan de la aplicación analógica del artículo 95, regla 2.^a, y no se oponen a las declaraciones de ésta. No obstante, es conveniente consignar en la nota al pie del título la forma en que se ha practicado la inscripción, conforme aconseja la referida comunicación del Colegio Nacional de Registradores.

2.º Si la mujer solicitó expresamente en la escritura que la inscripción se hiciese a su nombre como adquisición parafernial en base a una serie de pruebas que aportó, si luego el Registrador no considera suficientes estas pruebas y estima aplicable la regla 2.^a del artículo 95, creemos necesario aplicar los párrafos 2.º y 3.º del artículo 434 del Reglamento antes de extender la inscripción, exigiendo que el presentante firme una instancia dando su conformidad respecto a la práctica de la inscripción según la regla 2.^a del artículo 95, aunque se deniegue lo relativo a la declaración o prueba de ser parafernial la adquisición y a la solitud de inscripción de la finca como probadamente parafernial. Nos parece más fácil adaptar a este caso lo dispuesto en el citado artículo 434, pues, por un lado, se practica la inscripción a nombre de la mujer, tal como ella había solicitado, aunque se añada lo de que no se prejuzga el

carácter privativo o ganancial, y, por otro, se deniega la solicitud de inscripción como probadamente parafernial. Para esto basta la conformidad del presentante, quedando a salvo el recurso gubernativo contra la denegación de inscripción por parte de las personas señaladas en el artículo 112 del Reglamento, y, fundamentalmente, en este caso, por la mujer adquirente.

Ya hemos dicho antes que en caso de recurso será necesario completar la nota al pie del título, para que ésta refleje de un modo claro la denegación parcial de inscripción por estimarse insuficientes las pruebas aportadas. El recurso se plantearía exclusivamente contra la denegación de inscribir las pruebas de ser parafernial el dinero, no contra la inscripción ya practicada. Si la Dirección revocara la nota denegatoria del Registrador sería perfectamente posible cumplir el mandato de aquélla sin más que aplicar el último párrafo del artículo 95, extendiendo la correspondiente nota marginal de atribución del bien inscrito, pues es el supuesto previsto en dicho párrafo, ya que se ha justificado con posterioridad a la inscripción (en el recurso gubernativo) el carácter privativo del precio.

Consecuencias prácticas de extender la inscripción conforme a la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario

A diferencia del caso normal previsto en la regla 2.ª (aseveración del marido), en este otro caso cabe que el marido o sus herederos impugnen la inscripción y el título de adquisición dentro del plazo de cuatro años a contar desde la disolución del matrimonio o desde que hubieren tenido conocimiento de la adquisición.

Cabe que el marido pretenda únicamente rectificar la inscripción manteniendo el título adquisitivo, pero entendiendo que la finca adquirida es ganancial. En este caso es posible la rectificación extrajudicial otorgándose la correspondiente escritura por el marido y la mujer, pues aunque ésta no puede ir contra sus propios actos, aquí se movería a instancia del cónyuge administrador de los gananciales. Si la mujer no consiente, al marido o a los herederos les queda la vía judicial, aportando las pruebas pertinentes acerca de que el dinero era ganancial en lugar de parafernial, y solicitando la rectificación de la inscripción para que ésta se haga conforme a la regla 1.ª Servirá de título para esta rectificación el testimonio de la sentencia firme.

Peró puede suceder que el marido o sus herederos pretendan impugnar no sólo la inscripción, sino el negocio adquisitivo mismo, por entender que el dinero era ganancial y que la inversión del mismo no fue acertada y se hizo por persona no legitimada para administrarlo. En tal caso,

la demanda no sólo la debe dirigir contra la esposa, sino contra el vendedor, pues aunque ya no es titular registral, es parte del negocio jurídico que se pretende anular.

Aparte de estas posibilidades de impugnación, poco probables por las razones dichas, las vicisitudes normales de la inscripción practicada a nombre de la mujer se regulan conforme a la analogía del supuesto de la regla 2.^a del artículo 95 del Reglamento Hipotecario. Estudiaremos por separado los actos de enajenación, la modificación de entidades hipotecarias, excesos y defectos de cabida, declaración de obra nueva y constitución de propiedad horizontal y, por último, las anotaciones de embargo. Todo ello con brevedad y a modo de esquema, pues ya decimos que se deben aplicar las reglas generales del supuesto previsto en la regla 2.^a, ampliamente estudiado por la doctrina (15).

a) *Actos de enajenación.*—Para ellos es necesaria la intervención del marido, conforme a lo dispuesto en el artículo 96 del Reglamento Hipotecario.

Desde el punto de vista notarial hay que distinguir dos casos, a efectos de encontrar la fórmula más correcta:

— Si el marido comparece y admite que la finca es parafernál, asevera ahora lo que no tuvo ocasión de hacer antes, por lo que la fórmula correcta será la de que enajena la mujer con consentimiento del marido. Se trata de un consentimiento eventual, según vimos.

— Si el marido no acepta la adquisición parafernál, habrá que expresar en el apartado expositivo del título que la mujer fue quien adquirió la finca con dinero que ella manifestó ser suyo; pero no hay ningún inconveniente, si ambos cónyuges están de acuerdo, en afirmar en la propia exposición que, a pesar de todo, la finca se estima ganancial, y luego en las cláusulas, que la vende el marido con consentimiento de la mujer.

Desde el punto de vista registral, lo importante es la intervención de ambos cónyuges en el acto de enajenación, sea cual fuere la fórmula empleada, de modo que creemos que, en principio, es lo mismo que venda la mujer con consentimiento del marido o que lo haga éste con el de la mujer. Lo que no cabe es que el consentimiento de ésta sea sustituido por la autorización judicial, por lo ya dicho antes (16). En lo que

(15) Pueden verse las obras y estudios citados: LACRUZ, pág. 446 (*Derecho de Familia*); SANZ FERNÁNDEZ, págs. 284 y sigs.; ROCA SASTRE, págs. 49 y sigs.; B. CAMY, págs. 562 y sigs.

(16) Dice acertadamente LACRUZ, con referencia a la regla 2.^a del artículo 95 R. H., que «las formalidades exigidas por el artículo 96 R. H. para la enajenación de los bienes privativos confesados supone la acumulación de los requisitos precisos para disponer de los bienes propios y de los comunes y, en su caso, un

se debe fijar el Registrador, más que en la fórmula notarial de los consentimientos, es en la forma en que se ha reflejado en la escritura el título adquisitivo, pues si éste se expresa con error u omisión importante, cabe la duda de si el consentimiento que presta la mujer lo habría prestado si se hubiera expresado con corrección el título adquisitivo. Quere-mos decir que no puede aceptarse que se cometa el error de decir que la finca la adquirieron ambos cónyuges en escritura de fecha tal o que la adquirió el marido, siendo que la había adquirido la mujer. Piénsese que la mujer ha podido olvidar o caer en un error respecto a que fue ella quien adquirió la finca con dinero propio, no ganancial, y que si lo hubiera sabido o recordado no habría prestado el consentimiento, que en la escritura se dice que presta. Para subsanar ese error o imprecisión en la exposición del título adquisitivo creemos que bastaría una instancia suscrita por ambos cónyuges (art. 110 del Reglamento Hipotecario), en que aclararan que en realidad la adquisición fue realizada por la mujer, a pesar de lo cual queda sin alterar la escritura de venta, estando conformes con que la misma se inscriba. No parece necesario otorgar una nueva escritura, pues en tal caso no se modifican las cláusulas o apartado dispositivo de la escritura, sino sólo el apartado expositivo.

En cuanto a la constitución de hipotecas y otros derechos reales, se necesitará igualmente la intervención del marido. No obstante, si el derecho se constituye en el mismo negocio adquisitivo, por ejemplo, una hipoteca en garantía del precio aplazado, no vemos inconveniente en admitir la inscripción aunque no intervenga el marido, pues se trata de un negocio complejo, en que lo accesorio es la hipoteca, y lo principal, la adquisición, y si hemos admitido la inscripción de lo principal, debemos admitir la inscripción del negocio en conjunto por ser mixto o complejo (17). Claro que si la hipoteca llegara a ejecutarse habría que contar

cambio en el grado de intensidad de la intervención de cada cónyuge (que no lo es en el terreno psicológico, el verdaderamente importante). La diferencia con el régimen del artículo 1.413 consiste en que si bien el consentimiento de la mujer puede allí suplirse mediante la autorización judicial, no así en cuanto a los «para-fernales confesados»: es decir, que el marido no podrá pedir al juez que le autorice para enajenar los bienes que él mismo ha reconocido ser propios de su mujer» (*Derecho de Familia*, pág. 466). Creemos que la misma idea hay que aplicar al supuesto análogo que estamos examinando.

(17) En este sentido, la Resolución de 13 de mayo de 1968, comentada favorablemente por CÁNOVAS COUTIÑO (*R. C. D. I.*, núm. 467, pág. 1081), y la Resolución de 4 de noviembre de 1968, comentada también positivamente por M. AMORÓS GUARDIOLA. Ambas resoluciones se refieren al caso de adquisición por el marido con constitución simultánea de hipoteca en garantía del precio aplazado, y señalan que no es necesario el consentimiento de la mujer para la constitución de tal hipoteca. Según dice la última resolución, el negocio concluido es un negocio complejo, de naturaleza unitaria, porque entre los elementos heterogéneos que lo constituyen hay una íntima soldadura al aparecer fundidas en una síntesis las diversas declaraciones emitidas (adquisición e hipoteca) que confluyen en un único negocio,

con el marido, pues es necesario su consentimiento para la correspondiente escritura de enajenación (art. 96 del Reglamento Hipotecario).

b) *Modificación de entidades hipotecarias.*—Las operaciones de agrupación, segregación, agregación y división de fincas inscritas a nombre de la mujer sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial y sin constar la aseveración del marido, pueden otorgarse e inscribirse a nombre de ésta en igual forma y partiendo del mismo fundamento que ha servido para admitir la inscripción de la adquisición. Naturalmente, en el asiento correspondiente habrá que arrastrar la cláusula de inscripción recogida en las fincas matrices, a saber, que la inscripción se practica a nombre de la mujer sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial y sin constar la aseveración del marido respecto al dinero empleado en la adquisición de la finca matriz.

Se plantea el problema de si cabe agrupar fincas inscritas a nombre de la mujer conforme a la regla 3.^a del artículo 95, con otras inscritas conforme a la regla 2.^a No nos parece adecuado, pues se produce un posible confusiónismo por las distintas vicisitudes de las fincas de procedencia. Lo que nos parece más factible es agrupar fincas inscritas a nombre de la mujer conforme a la regla 2.^a con aseveración del marido, y fincas inscritas a nombre de la misma sin tal aseveración, sin perjuicio de hacer constar en la inscripción resultante la especialidad de cada una de las fincas matrices.

Otro problema que se plantea es el de las divisiones o segregaciones que se realizan por la mujer con infracción de las normas sobre unidades mínimas de cultivo y que pueden dar lugar al retracto especial de colindantes. Creemos que la mujer no necesita la intervención del marido, a no ser que se trate de otorgar la correspondiente escritura de transmisión al colindante, en cuyo caso se precisará el consentimiento de aquél, conforme al artículo 96 del Reglamento Hipotecario.

c) *Excesos y defectos de cabida.*—En cuanto a los excesos de cabida, como se trata de simples rectificaciones de la medida superficial, puede declararlos por sí sola la mujer, pero únicamente a través del título declarativo y en los casos previstos en los apartados A), B) y D) del número 5.º del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, pues para el caso del apartado C) se requiere título traslativo de la finca, y para otorgar éste será necesario el consentimiento eventual del marido.

que es el resultado de las variadas causas que en él concurren, lo que trae como consecuencia que no pueda escindirse en los dos negocios que lo forman y aplicar a cada uno las normas propias del contrato tipo, sino que, por el contrario, la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de uno de ellos, que es la compraventa. En el mismo sentido que estas resoluciones, ROCA SASTRE (*ob cit*, pág. 80).

En cuanto a los defectos de cabida (disminuciones de la medida superficial), también puede declararlos por sí sola la mujer, siempre que no se altere la identidad de la finca, caso éste que podría perjudicar eventualmente al marido, pero que el Registrador calificará denegando la inscripción de la solicitud de disminución de cabida cuando por su cuantía u otras causas hay base para pensar que se pretende una desfiguración de la finca.

d) *Declaraciones de obra nueva y constitución de propiedad horizontal.*—Las declaraciones de obra nueva sobre fincas inscritas a nombre de la mujer sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial puede otorgarlas ésta por sí misma, pues aquí tampoco se produce ningún perjuicio para el marido ni para terceros, por lo que el fundamento de su inscripción es el mismo que el de la inscripción del solar.

Respecto a la forma de practicar la inscripción de la obra nueva hay que extenderla igualmente a nombre de la mujer, sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial de la edificación. El artículo 1.404, párrafo 2.º, del Código civil no representa ningún obstáculo, pues dicho precepto considera gananciales las edificaciones con dinero procedente del caudal común, y en este caso la mujer declara que el dinero invertido en la construcción es parafernial, aunque no lo acredite. Esto no quiere decir que en el futuro no pueda ser aplicado el artículo 1.404, pero de momento es mejor prescindir del mismo, de acuerdo con las ideas anteriormente expuestas.

La especialidad de la inscripción de obra nueva consiste en que no se trata de arrastrar simplemente la cláusula de inscripción que figuraba en el asiento del solar, sino que habrá que extender una nueva acta de inscripción independiente de la anterior, sin perjuicio de hacer referencia también al acta de inscripción de la adquisición del solar. Por tanto, el acta de inscripción de la obra nueva contendrá la cláusula de que la inscripción es «sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial del edificio, por no prejuzgarse el carácter del dinero empleado en la construcción, no constando tampoco la aseveración del marido sobre el carácter del dinero». Con anterioridad, en el fondo de la inscripción de obra nueva, se habrá aludido a la inscripción anterior de adquisición del solar, que tampoco prejuzga su carácter privativo o ganancial.

Esta duplicidad de actas de inscripción, referida una al solar y otra al edificio, determinará que si el marido quiere en el futuro aseverar el carácter privativo de las inscripciones, tendrá que aseverar no sólo que el dinero invertido en la adquisición del solar es parafernial, sino también que el dinero invertido en la construcción tiene el mismo origen. Claro que también cabe que asevere sólo lo relativo a la adquisición del

solar o simplemente la procedencia parafernial del dinero invertido en el edificio. Si la aseveración se refiere al dinero del solar y al del edificio, se pondrán dos notas marginales, una al margen de la inscripción del primero y otra en el de la del edificio. Si la aseveración se refiere sólo al solar o únicamente al edificio, la nota se pondrá al margen de la inscripción de uno u otro. La consecuencia práctica puede ser importante, pues si la nota de la aseveración sólo figura al margen de la inscripción del solar cabe perfectamente que al practicar la liquidación de la sociedad conyugal el marido o sus herederos, sin ir contra la teoría de los propios actos, puedan alegar que la finca es ganancial, por aplicación del párrafo 2.º del artículo 1.404 del Código civil, manifestando que consideran ganancial dicha finca por no constar la procedencia del dinero invertido en la construcción, sin perjuicio de adeudar al otro cónyuge o a sus herederos el importe del solar.

En cuanto a la constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal tampoco hay obstáculos para que la realice por sí sola la mujer, debiendo arrastrarse las respectivas actas de inscripción que figuran en la del solar y en la del edificio en los términos indicados.

e) *Anotaciones de embargo.*—Cuando se trata de deudas contraídas por el marido o por la mujer a cargo de la sociedad de gananciales, será requisito necesario para que pueda practicarse la anotación que la demanda se haya dirigido contra el cónyuge administrador, así como también contra la mujer (art. 144 del Reglamento Hipotecario). A esta última se la demanda a efectos registrales, por figurar como titular registral y dado lo dispuesto en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario. Como es sabido, la jurisprudencia hipotecaria ha admitido que la demanda se dirija exclusivamente contra el marido, siempre que se notifique el procedimiento a la mujer. Con todas estas garantías procesales huelga que el Registrador se plantee el problema del artículo 1.416 del Código civil cuando se trata de deudas contraídas por la mujer, pues como la demanda se dirigirá también contra el marido, éste es quien tiene que alegar lo pertinente en el juicio respecto a la falta de su consentimiento.

En cuanto a las deudas contraídas privativamente por la mujer con cargo a sus bienes parafernales, es discutible si puede practicarse anotación de embargo sobre estos bienes, cuyo carácter privativo o ganancial no se prejuzga por la inscripción. ROCA SASTRE, al estudiar la regla 2.ª del artículo 95, no admite tal anotación partiendo de que en «modo alguno cabe equiparlos a los privativos del cónyuge registral, y el artículo 144, 1, del Reglamento Hipotecario, los considera sujetos al régimen de la sociedad de gananciales, es decir, no es que no distinga, sino

que los contempla» (18). Nosotros creemos que este argumento de ROCA SASTRE no es concluyente, pues el artículo 144 prevé efectivamente la anotación de embargo por deudas gananciales sobre bienes inscritos de ese modo, pero no dice nada sobre si cabe la anotación de embargo por deudas privativas, es decir, guarda silencio en ese punto, y no cabe argumentar a través de la equiparación con los bienes gananciales, pues el supuesto de la regla 2.^a no prejuzga el carácter privativo o ganancial.

Consideramos más fundada la opinión de SANZ FERNÁNDEZ, que admite la anotación de embargo por deudas privativas de la mujer partiendo de que «respecto de los acreedores del cónyuge titular no existe fundamento alguno para negar eficacia a la confesión. Al contrario, la confesión o reconocimiento del cónyuge no adquirente bien puede equivaler a un consentimiento tácito o presunto de sujetar tales bienes a las responsabilidades privativas del titular, sin perjuicio de los derechos preferentes de los acreedores por deudas a cargo de la sociedad de gananciales» (19). En tal caso, la demanda se dirigirá contra la mujer como deudora, y en cuanto al marido—continúa diciendo SANZ—, la demanda contra él no puede dirigirse a la reclamación de la obligación: «En este caso es indudable que habrá de aplicarse íntegramente el criterio de CÁMARA, de que solamente puede dirigirse contra el no deudor al efecto de conseguir el embargo y en su día la subsiguiente enajenación derivada del procedimiento» (20).

Por nuestra parte, ya habíamos seguido incidentalmente la opinión de SANZ, al comentar la sentencia de 30 de abril de 1970 en esta REVISTA, que si bien se refería a una anotación por deudas gananciales, dejó bien claro que las inscripciones de la regla 2.^a del artículo 95 del Reglamento son «de contenido abierto», y esta caracterización nos permitió decir, entre otras cosas, lo siguiente: «Este carácter de inscripciones en blanco explica también que permitan posteriores anotaciones preventivas de embargo sobre la finca, considerándola unas veces como privativa (embargo por deudas del cónyuge a cuyo nombre está inscrita la finca) y otras como si fuera ganancial, en principio (embargo por deudas de la sociedad conyugal). Ante esta doble posibilidad de anotaciones se producirán numerosos pleitos, como el presente, provocados por la parte perjudicada, y resultará que el Registro de la Propiedad se ve impotente para tratar de evitarlos, a pesar de que esa función preventiva constituye una de sus misiones más importantes. Pero en este caso no tiene la culpa la imprecisión del Registro con esa inscripción en blanco, sino la impre-

(18) ROCA, *ob. cit.*, pág. 92.

(19) SANZ, *ob. cit.*, pág. 364.

(20) SANZ, *ob. cit.*, pág. 377.

cisión del carácter privativo o ganancial de los bienes por aplicación de las normas sustantivas del Código civil» (21).

Ahora podemos añadir que todo lo dicho sobre la regla 2.^a del artículo 95 cabe trasladarlo a este supuesto de inscripción de adquisiciones de la mujer sin aseveración del marido. Además, hay que advertir que esas anotaciones de embargo por deudas privativas de la mujer no plantean especiales problemas respecto al marido, pues la demanda ha tenido que dirigirse también contra él a efectos hipotecarios o bien se le notificará el procedimiento y ya alegará en el juicio lo que tenga por conveniente. Y en cuanto a los acreedores por deudas gananciales, esa anotación por deudas privativas no les afecta si obtienen su respectiva anotación por deudas gananciales y en el juicio correspondiente se demuestra el carácter ganancial de los bienes, pues el contenido abierto de la inscripción hace imposible que sea decisivo en esta cuestión el principio de prioridad registral.

V. CONCLUSION

Con esto damos por terminadas nuestras consideraciones acerca de si es o no necesaria la intervención del marido, como administrador de la sociedad conyugal, para la inscripción de las adquisiciones realizadas por la mujer. En definitiva, hemos defendido que si la mujer declara que el dinero es ganancial, la inscripción no puede practicarse; si no dice nada sobre la procedencia del dinero, pero afirma que adquiere la finca para su sociedad conyugal o como bien ganancial, tampoco es posible la inscripción si no interviene el marido; caso de que la mujer adquirente no diga nada sobre la procedencia del precio ni el carácter de la adquisición hay que suspender también la inscripción, pero dejando a salvo que la mujer pueda con posterioridad hacer las declaraciones oportunas, y, por último, si la mujer declara que el dinero invertido en la adquisición es parafernalia sin acreditarlo, la inscripción podrá practicarse en la forma que hemos visto, pues se dejan a salvo los intereses de todas las personas en juego.

Nos quedan muchas cosas por estudiar: el problema de la prueba de la procedencia privativa del dinero, la inscripción de las adquisiciones realizadas conjuntamente por marido y mujer en *pro indiviso*, el análisis profundo de la regla 2.^a del artículo 95 del Reglamento Hipotecario

(21) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 490, págs. 620 y sigs.

y, en fin, los términos que debería tener la futura reforma del Reglamento Hipotecario en toda esta materia. De momento nos hemos limitado a los supuestos señalados dentro de las fórmulas recogidas en el Reglamento Hipotecario vigente. Pero no descartamos ampliar este estudio en otra ocasión.

Priego de Córdoba, 23 de octubre de 1975.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad

Las empresas mutualísticas y el Derecho mercantil en el Ordenamiento español

1. EL DIVORCIO ENTRE EL DERECHO MERCANTIL Y LAS EMPRESAS ASOCIATIVAS MUTUALISTICAS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

La tipología legal de las agrupaciones voluntarias de personas en nuestro ordenamiento parte de la dicotomía entre las «asociaciones de interés público» y las «asociaciones de interés particular». Estas se regulan por el régimen de las sociedades (arts. 35 y 36 del Código civil). Aquéllas por el régimen especial, contenido hoy principalmente en la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964 o en el Decreto-ley de 21 de diciembre de 1974 (*BOE* del 23) sobre el estatuto jurídico del derecho de asociación política.

Las asociaciones, equiparadas por el artículo 36 del Código civil a las sociedades, tienen por objeto una actividad económica y aparecen definidas de manera restrictiva en los artículos 1.665 del Código civil y 116 del Código de Comercio en base a su causa y a su estructura, o sea, a la finalidad de obtener una ganancia o lucro repartible entre sus socios y a la puesta en común de aportaciones, tanto si se origina una personalidad jurídica nueva como si no.

Por el contrario, las asociaciones, en sentido estricto, a pesar de que la Ley de 1964 sólo exige expresamente que sus fines sean «lícitos y determinados», parece que han de seguir persiguiendo «fines públicos», o sea, no económicos, tales como culturales, deportivos, humanitarios, religiosos o políticos (en la medida permitida por el régimen político

español, y especialmente por el citado Decreto-ley de 21 de diciembre de 1974).

El sistema dualista es reflejo fiel de postulados políticos que se remontan a principios del siglo XIX: el principio de libre constitución de las sociedades—por ser «privadas»—y el sometimiento al control público de las asociaciones «públicas» o de fines no estrictamente económicos. En consecuencia, no son admisibles, a nuestro entender, ni la doctrina que ve en la Ley de 1964 un concepto amplio de asociación, omnicomprensivo de todas las agrupaciones voluntarias de personas, ni tampoco la doctrina orientada en sentido opuesto, que, siguiendo a la legislación y doctrina alemanas, formula también un «concepto amplio» de sociedad, equivalente a un negocio jurídico de unión o agrupación de personas (1).

Pero a pesar de este sistema dualista, entre ambos tipos aparecen

(1) Esta interpretación de la Ley de asociaciones de 1964 fue defendida por el Profesor DUQUE, J. F., «Société, association et entreprise en droit espagnol», en *Evolution et perspectives du droit des sociétés à la lumière des différentes expériences nationales*, obra colectiva publicada bajo la dirección de P. VERRUCOLI, Milán, 1968, tomo I, pág. 72 (donde afirma que la Ley de asociaciones de 1964 «coordina y sistematiza toda esta materia»), págs. 75 y sigs.

En realidad, el artículo 2.º de esta Ley no sólo excluye de su aplicación a las sociedades, sino también a otras asociaciones dotadas de estatuto especial.

El concepto amplio de sociedad en nuestra doctrina ha sido defendido especialmente por el Profesor GIRÓN TENA, J., «Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho», *RDP.*, 1954, págs. 369 y sigs., y en sus *Estudios de Derecho mercantil*, Madrid, 1953, págs. 203 y sigs.; en «Los conceptos y tipos de sociedades de los Códigos Civil y de Comercio y sus relaciones», en *Estudios del Centenario de la Ley del Notariado*, tomo IV, Madrid, 1963, págs. 1 y sigs.

Este concepto amplio de sociedad no tiene aún apoyo legislativo en nuestro ordenamiento. Los artículos 1.665 del Código Civil y 116 del Código de Comercio exigen la finalidad de obtener beneficios como nota diferenciadora entre la sociedad, entidad de interés «particular», y la asociación, entidad con fines «públicos». Tampoco las leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada han derogado el requisito de la causa de la sociedad, limitándose a consagrar el principio de mercantilidad por la forma (sobre el tema, ver más adelante nota 28); y mucho menos la Ley de 28 de diciembre de 1963 sobre asociaciones y uniones de empresas que, al regular la sociedad anónima de empresas, no dice que ésta tenga que prescindir de realizar un beneficio social repartible. La Ley se limita a dejar este posible beneficio social desprovisto de exención tributaria (aunque sí se prevé para la distribución de dividendos la bonificación del 99 por 100), lo que sin duda fuerza en la práctica a que la SAE. funcione como mero órgano de unión de empresas. Con respecto a la Agrupación Temporal de Empresas, la parca regulación de la Ley tampoco permite sentar una afirmación en la materia (ver VICENT, *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, 1971, páginas 469 y sigs. y 455 y sigs.), aunque puede pensarse que esta forma de agrupación debe reconducirse a la Sociedad colectiva.

Por el contrario, en Derecho francés, el concepto estricto de sociedad ha sido expresamente modificado por algunas disposiciones especiales, como la Ley de 28 de junio de 1938 sobre sociedades de construcción de inmuebles en copropiedad, la Ley de 10 de septiembre de 1947 sobre las denominadas «sociedades cooperativas» y la Ordonnance de 25 de septiembre de 1967 sobre los «groupements d'intérêt économique» que, concebidos como órganos de unión de empresas, pueden constituirse sin necesidad de realizar un beneficio repartible.

agrupaciones voluntarias de personas que teniendo por objeto la explotación de una empresa común (prescindiendo ahora de otras agrupaciones en las que no hay empresa común), no responden a la definición positiva o legal de sociedad. En efecto, tanto las cooperativas como las mutuas de seguros—como puso de relieve el profesor ASCARELLI en Italia—presentan caracteres propios distintos a la sociedad. En primer lugar, en principio, no persiguen la obtención de un beneficio social repartible, sino sólo atender a las necesidades comunes de sus miembros sustituyendo al intermediario. De ahí que estén llamadas a integrar a miembros de un determinado grupo o categoría social (los trabajadores o empresarios de una determinada actividad, los consumidores, etc.) y que su régimen afecte vitalmente a la estructura sociopolítica del país, lo cual puede justificar un control público sobre ellas, que no existe para las sociedades.

Esta característica se recoge positivamente en el artículo 9 de la nueva Ley de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974, que reconoce un derecho subjetivo a ingresar en la cooperativa a toda persona interesada en los servicios de aquélla, derecho que sólo puede quedar excluido por «causas objetivas» previstas en los Estatutos (y aprobadas al constituirse la cooperativa por el Ministerio de Trabajo).

La misma ley, después de un largo y no siempre fructífero debate en el seno de la Comisión de Trabajo de las Cortes, al que luego nos referiremos (apartado 2.2), define muy genéricamente la cooperativa como «aquella sociedad que... realiza *cualquier* actividad *economicosocial* lícita, para la mutua y equitativa ayuda entre sus miembros, al servicio de sus socios y *de la comunidad*».

Esta amplia definición, por sí misma, sitúa ya a la cooperativa a medio camino entre la sociedad, en sentido estricto, y la asociación, en sentido estricto. El Ministerio de Trabajo no ostenta, ciertamente, como en la legislación anterior, la facultad de disolver la cooperativa (al haberse suprimido por la Comisión de Trabajo de las Cortes esta facultad, prevista en el artículo 42, 1, *h*), del Proyecto). Pero puede decidir la «descalificación» de la cooperativa (art. 59), con lo cual, aun sin perder su personalidad jurídica, quedaría sometida al régimen de las sociedades civiles o mercantiles (caso indubitado de aplicación del art. 124 del Código de Comercio). De este modo volvemos ahora al mismo régimen de control administrativo de la pureza cooperativa establecido en la Ley de 1931 (Decreto-ley de 4 de julio de 1931 y su Reglamento, aprobado por Decreto de 2 de octubre del mismo año).

Por último, como veremos más extensamente, se reconoce que una parte del patrimonio de la cooperativa es irrepartible entre los socios e inembargable por terceros (ver art. 17 y sigs. de la ley).

Las peculiaridades de la cooperativa frente a las sociedades propiamente dichas aparecen también con carácter más o menos acentuado en la legislación comparada. Debemos advertir, sin embargo, que este trabajo está orientado fundamentalmente hacia nuestro Derecho positivo (2).

(2) La evolución legislativa en materia de cooperativas puede verse en VERRUCOLI, P., *La società cooperativa*, Milano, 1958, págs. 3 y sigs., y «Per una riforma della società cooperativa», *Riv. Dir. Com.*, núms. 1-2, 1974, págs. 1 y sigs.; la legislación italiana, en págs. 21 y sigs., y sobre el Derecho cooperativo en los países del M. C., UHLICH, H., *Die Genossenschaft in Gesellschaftsrecht der europäischen Gemeinschaft*, Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen (Z. g. Gen. W.), 1973, págs. 233 y sigs.

Sobre la legislación italiana, una breve exposición en NOCCHI, M., «L'evoluzione della legislazione italiana in materia cooperativa», en la revista *Cooperazione e società*, núm. 1/1971, págs. 10 y sigs., que inserta además otros trabajos sobre el tema candente de la reforma legislativa.

Sobre las recientes reformas en Alemania, BOTTERI, E., «Modifiche alla legge sulle cooperative della Repubblica Federale Tedesca», *Riv. delle Società*, fasc. 1-2, 1974, págs. 309 y sigs., y SCHNORR VON CAROLSFELD, L., *Kritische Bemerkungen zum Genossenschaftsrecht am Hand der geplanten Novelle von 1971*, Z. g. Gen. W., 1973, 1, págs. 365 y sigs.

Sobre la reforma en Italia: BUONOCORE, V., «Prospettive di riforma della legislazione in tema di società cooperative», en *Dir. dell'Economia*, 2/1970, págs. 251 y siguientes; CAVAZZUTTI, F., «Legislazione speciale e cooperative: una tendenza che si rafforza», *Riv. delle società*, 1972, págs. 489 y sigs.; diversos trabajos en la revista *Cooperazione e società*, núm. 1, 1971, y VERRUCOLI, P., *Per una riforma*, cit. Respecto a las características de la cooperativa en Francia: SAINT-ALLARY, R., «Elements distinctifs de la société cooperative», en *Revue trim. dr. comm.*, 1952, págs. 485 y siguientes; RIPERT, G., *Traité élémentaire de droit commercial*, 6.ª ed. por R. Roblot, París, 1968, tomo I, págs. 806 y sigs., y LEMEUNIER, F., *Pourquoi et comment constituer une société coopérative*, París, 1969, sobre sus características, págs. A-1 y siguientes. En Holanda: «Cooperation et Association cooperative aux Pays-Bas», en *Quo vadis jus societatum?*, Liber amicorum Pieter Sanders, 1972, págs. 165 y siguientes. En Yugoslavia: SAUER-NORDENFORD, H., *Reform des Rechts der gewerblichen Genossenschaften in Jugoslawien*, Z. g. Gen. W., 1965, págs. 365 y sigs. En Argentina: CRACOGNA, D., «Nueva Ley argentina de cooperativas», *Rev. Coop. Int.*, volumen 7, núm. 1, 1973, págs. 21 y sigs. En Bélgica, ver FREDERIQ, L., *Traité de Droit Commercial Belge*, tomo IV, pág. 188, y V, págs. 945 y sigs., y VAN RYN y HEENEN, J., *Principes de Droit Commercial*, Bruxelles, tomo I, pág. 304. En Alemania ver, por todos, LANG-WEIDMUELLER, *Genossenschaftsgesetz*, 28.ª ed., Berlín, 1965. En Suecia: ROHDE, K., «La loi suédoise du 1.º juin 1951 sur les sociétés coopératives», *Rev. trim. Droit Com.*, 1953, págs. 535 y sigs.

Sobre la naturaleza jurídica de la cooperativa, ver en especial la abundante y polémica doctrina italiana; en especial, además de los Tratados y Manuales: ASCARELLI, T., «Cooperativa e società. Concettualismo giuridico e magia delle parole», *Riv. delle società*, 1957, I, págs. 397 y sigs.; «Transformazione di società in cooperativa e viceversa. Deliberazione a maggioranza e deliberazione all'unanimità nel sistema delle società», *Foro it.*, 1956, I, págs. 777 y sigs.

COLOMBO, G. E., «Osservazioni sulla natura giuridica delle cooperative», *Riv. Dir. Com.*, 1959, I, págs. 142 y sigs.

CUNCZ, E., «Sui principi essenziali della società cooperativa», *Riv. Dir. Com.*, 1939, I, págs. 285 y sigs.

FERRI, G., «Trasformabilità delle società cooperative», *Riv. Dir. Com.*, 1951, I, páginas 97 y sigs., y «La cooperativa come società», en *Riv. delle società*, 1957, I, páginas 249 y sigs., y en *Studi in onore di F. Messineo*, Milano, 1959, tomo II.

FRANCIA, A., «Ancora sul problema della trasformazione della società cooperativa in società ordinaria», *Riv. Dir. Com.*, 1967, págs. 323 y sigs.

Las peculiaridades de la mutua de seguros con respecto a la sociedad propiamente dicha aparecen también en su escasa regulación sustantiva contenida en la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 16 de diciembre de 1954 y en el Reglamento de 2 de febrero de 1912, de aplicación de la Ley de Seguros de 1908, aplicable supletoriamente en lo no derogado por aquélla, en virtud de la Disposición Transitoria 10 de dicha ley.

Estas peculiaridades son las siguientes: En primer lugar, según el artículo 12, apartado 3.º, es condición de la mutua «no ser la operación de seguro objeto de industria para dicha colectividad aseguradora». Esto quiere decir que la causa o fin de esta agrupación no es la obtención de un beneficio social repartible, sino la prestación de un servicio (la actividad aseguradora) en la forma más ventajosa posible. La *causa* o fin típico de la institución—al igual que en la cooperativa—coincide y se realiza con la simple explotación del *objeto*.

En segundo lugar, el artículo 12, apartado 5.º, de la misma ley establece que han de ser «únicamente asegurados o contratantes con dicha personalidad colectiva aseguradora las personas que mediante la *aceptación simultánea de una póliza y de los Estatutos y Reglamento* adquieren, a su vez, carácter de *aseguradoras*». O dicho de otro modo, que es indispensable la doble cualidad de socio y usuario (aquí asegurado), al igual que en la cooperativa, de modo que la prestación a que tiene derecho cada socio en caso de siniestro (indemnización), y que debe satisfacer

GRAZIANI, A., «Società cooperativa e scopo mutualistico», *Riv. Dir. Com.*, 1950, I, págs. 276 y sigs.

GRISOLI, A., «Un diritto del nuovo socio all'ingresso in una cooperativa?», *Riv. Dir. Com.*, 1958, I, págs. 293 y sigs.

GUERRA, P., «In tema di legittimità della fusione di cooperativa con società ordinaria (Nota a la Sent. Trib. Roma 20 ott. 1949)», *Foro it.*, 1950, I, págs. 258 y siguientes.

LEO, E. M., «La legge sulle casse rurali e artigiane e l'essenza della cooperativa», *Riv. delle società*, 1966, págs. 552 y sigs.

RAGUGNO, G., «Spunti critici sulla natura giuridica delle società cooperative alla luce dell'art. 26, let. c), del DL. CPS. 14 dicembre 1947, núm. 177», *Riv. delle società*, 1971, núms. 3-4, págs. 590 y sigs.

SIMONETTO, E., «Il lucro dell'impresa cooperativa: utile e risparmio di spesa», en *Riv. delle società*, 1970, págs. 257 y sigs.

«La cooperativa e lo scopo mutualistico», *Riv. delle società*, 1971, núm. 2, páginas 245 y sigs.

SCORDINO, F., *La società cooperativa*, Napoli, 1970, págs.

VERRUCOLI, P., *La società cooperativa*, cit., págs. 45 a 205; «Sulla trasformabilità della società cooperativa in società ordinaria», *Riv. Dir. Com.*, 1959, II, págs. 287 y sigs.; «La trasformabilità di società cooperative in società ordinarie: urgenza di una disciplina legislativa», *Riv. Dir. Com.*, 1963, I, págs. 383 y sigs., y sobre todo su reciente trabajo «Per una riforma della società cooperativa», *Riv. Dir. Com.*, cit., págs. 1 y sigs.

Y la importante monografía de síntesis de PAOLUCCI, L. F., *La mutualità nelle cooperative*, Milano, 1974, que agota el tratamiento del tema y recoge toda la bibliografía.

la mutua, en tanto que es persona jurídica, se garantiza con la responsabilidad de todos los socios. Responsabilidad que puede ser limitada a la cuota o contribución social o bien ilimitada. En este último caso, los patrimonios de los socios se garantizan recíprocamente hasta el límite de la suma asegurada (cfr. art. 13, apartado e). En este sentido no resulta disparatado decir, como hace la ley, que, en cualquier caso, limitada o ilimitadamente, los mutualistas asegurados son al propio tiempo, limitada o ilimitadamente, «aseguradores» de los demás socios. Nada tenemos, pues, que reprochar a la terminología esencialmente descriptiva o «económica» de la ley, que no estaba obligada a someterse al «dogma»—en ocasiones inútil o pernicioso en la práctica—de la personalidad jurídica. Estos preceptos recogen las notas características de la mutua en Derecho comparado (3).

(3) Respecto del Derecho y doctrina comparados en materia de mutuas de seguros, bástenos destacar:

En *Derecho italiano*, las empresas aseguradoras han de adoptar la forma de institución de Derecho público, de sociedad por acciones o de sociedad mutua (artículos 1.883 y 1.884 del Codice civile), aunque también existen algunas—escasas—cooperativas de seguros en la medida en que la cooperativa adopta la «forma» de sociedad por acciones según el mismo Código. Por su parte, la mutua de seguros queda sometida a las normas sobre cooperativas de responsabilidad limitada y sobre contrato de seguro, además de las específicas dictadas para las mutuas en el Codice civile y en leyes especiales (art. 2.547 del mismo).

En cuanto a la doctrina italiana debemos destacar: en relación con el Código de Comercio de 1882, COCITO, F., *Le assicurazioni terrestri. Danni e vita*, Torino, 1904, págs. 10 y sigs.; VIVANTE, C., *Trattato di diritto commerciale*, 5.ª ed., 1928, tomo II, págs. 408 y sigs.; RAMELLA, *Trattato delle assicurazioni private e sociali*, 1934, 2.º vol., págs. 26 y sigs.; PIPIA, U., *Trattato delle assicurazioni terrestri*, Roma, 1905, págs. 104 y sigs. Entre los estudios monográficos, especialmente ARCAN- GELI, A., «Natura giuridica del contratto di partecipazione ad una società di mutua assicurazione», en *Scritti di diritto commerciale ed agrario*, vol. II, pág. 327; VALERI, G., «Il fallimento di una mutua assicuratrice sulla vita e i diritti dei soci», en *Riv. Dir. Com.*, 1910, II, págs. 798 y sigs., y 1913, II, págs. 768 y sigs.; SOPRANO, E., «Natura giuridica dell'assicurazione mutua», en *Studi in onore di Cesare Vivante*, 1931, vol. II, págs. 547 y sigs.; VIVANTE, C., *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1885, vol. I, págs. 88 y sigs.

Tras la promulgación del Codice civile, ver, sobre todo, en Manuales: SALANDRA, *Manuale di diritto commerciale*, 3.ª ed., Bologna, 1949, vol. I, págs. 435 y sigs.; VALERI, G., *Manuale di diritto commerciale*, Firenze, 1952, vol. I, pág. 241; FERRY, G., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1952, págs. 270 y sigs.; FERRARA, F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1962, págs. 500 y sigs.; GRAZIANI, G., *Diritto delle società*, Napoli, 1963, págs. 5000 y sigs., y GRAZIANI, G., y MINERVINI, G., *Manuale di diritto commerciale*, Napoli, 1972, págs. 155-156.

Entre las monografías, de extraordinario interés doctrinal en la materia de mutuas de seguros, podemos destacar: CASTELLANO, G., *Le assicurazioni private*, Torino, 1970, págs. 63 y sigs.; DONATI, A., *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Milano, 1952, vol. I, págs. 199 y sigs., y *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, Milano, 1961, págs. 41 y sigs.; FANELLI, G., *L'assicurazione mutua nella nuova legislazione*, Roma, 1943, y en *Riv. Dir. Com.*, 1942, I, págs. 226 y sigs., y ahora en sus *Saggi di diritto delle assicurazioni*, Milano, 1971, págs. 121 y sigs., y «Sui caratteri delle mutue a ripartizione», en la revista *Assicurazione*, 1948, II, páginas 149 y sigs., y ahora en *Saggi*, cit., págs. 223 y sigs.; GASPERONI, N., voz

En definitiva, parece clara la existencia de unas entidades o instituciones jurídicas que constituyen un *tertium genus* en la clasificación de las agrupaciones de personas en nuestro ordenamiento. No se las puede calificar como sociedades ni como asociaciones. Por ello hemos optado

«Mutue assicuratrici», en *Enciclopedia Forense*, tomo IV, Milano, 1959, págs. 1175 y sigs., incluido también en sus *Assicurazioni private (scritti giuridici)*, Padova, 1970, págs. 13 y sigs., y «Le assicurazioni», en *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, vol. V, fasc. 11.º, Milano, 1966, págs. 35 y sigs.; GENOVESE, A., «L'essenza dell'assicurazione mutua», en *Riv. delle società*, 1960, páginas 1067 y sigs., que es de sobresaliente interés en el tema tratado; SCALFI, «L'inadempimento del socio nella mutua assicuratrice», *Riv. delle società*, 1956, páginas 242 y sigs., y «Rassegna di giurisprudenza in tema di società mutue di assicurazione», en *Riv. delle società*, 1958, págs. 1270 y sigs.

En *Derecho francés* se distingue entre sociedades mutuas y sociedades con forma mutua. Las primeras integran a asegurados pertenecientes a una misma categoría o grupo social. En las segundas la colectividad de asociados es heterogénea y sólo coincide en sentir la misma necesidad de asegurarse. Ambas modalidades son entidades civiles, si bien la Ley de 13 de julio de 1967 extiende la quiebra y el «réglement judiciaire» a todas las personas jurídicas y, entre ellas, a las mutuas de seguros.

En doctrina sobre el Derecho anterior a la Ley de 30 de diciembre de 1938, vigente sustancialmente en la materia, junto a la de 8 de julio de 1971, es de destacar HÉMARD, J., *Théorie et pratique des assurances terrestres*, París, 1924, vol. II, páginas 16 y sigs.

Con posterioridad a la Ley de 1938, ver en especial PICARD, M., y BESSON, A., *Les assurances terrestres en droit français*, 3.ª ed., París, 1972, tomo II, págs. 35 y sigs.; SUMIEN, P., *Traité des assurances terrestres et des opérations à long terme*, 7.ª ed., París, 1957, págs. 248 y sigs., y MARGEAT, H., y FAVRE-ROCHEX, A., *Précis de la loi sur le contrat d'assurance et commentaire sur la réglementation de l'assurance automobile obligatoire*, París, 1971. en muy diversos lugares, en los que tratan las especialidades de las mutuas de seguros y sociedades de seguros en forma mutua respecto del régimen general. Así, en materia de competencia judicial (págs. 29-30) y póliza (pág. 81), etc., ver tabla de materiales en pág. 553 con todas las remisiones en este punto.

En *Derecho alemán* las grandes mutuas de seguros («größere Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit») se regulan en su constitución y funcionamiento, órganos, contabilidad, etc., según el modelo de la sociedad por acciones y están sometidas al estatuto del empresario mercantil (ver Ley de control de las empresas privadas de seguros, arts. 35 y sigs.). De ellas se distinguen las mutuas de seguros «pequeñas», no sometidas al estatuto de comerciante. Pero, a diferencia de las sociedades por acciones, rige el principio de doble cualidad, al que los Estatutos pueden hacer alguna excepción de asegurar a no socios, y el de igualdad de voto.

En doctrina debemos destacar, entre los Manuales, MUELLER-ERZBACH, *Handelsrecht*, reimpresión de la 3.ª edición de Tübingen de 1928, 1969, págs.

GIERKE, J., *Derecho comercial y de la navegación*, trad. esp., Buenos Aires, 1957, tomo II, págs. 17 y sigs.

Entre los estudios monográficos debemos destacar: EHRENZWEIG, A., *Versicherungsvertragsrecht*, Wien-Leipzig, 1955, tomo I, págs. 56 y sigs.; HERMANNSDORFER, F., *Seguros privados*, trad. esp. con notas, Ed. Labor, Madrid, 1933, págs. 30 y sigs.; EHRENBURG, *Versicherungsrecht*, Leipzig, 1893, tomo I, págs. 103 y sigs.; BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, Berlín, 1930, págs. 88 y sigs.; HAGEN, «Das Versicherungsrecht», en *Ehrenberg's Handbuch*, tomo VIII, vol. I, Leipzig, 1922, páginas 101 y sigs.; GIERKE, J., *Die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit*, Stuttgart, 1942, y *Die Versicherungsrecht*, Stuttgart, 1942, tomo II, págs. 21 y sigs.; KISCH, *Das Recht des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit*, Berlín, 1951;

por una terminología neutra, la de «empresas mutualísticas», que destaca debidamente sus características: a saber, ser una forma de organización de empresa colectiva y estar basada en el principio mutualístico o de doble cualidad de socio y usuario.

No obstante todas estas diferencias, las exigencias de organización de la empresa común han hecho que en ocasiones la doctrina y algunas legislaciones las califiquen y regulen como sociedades, y generalmente como sociedades mercantiles (3 bis).

1.1. EL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

En contra de sus antecedentes prelegislativos, el artículo 124 del Código de Comercio determinó la exclusión de las cooperativas y de las mutuas de seguros del campo del Derecho mercantil. El precepto dice así:

«Las compañías mutuas de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida para auxilios a la vejez y de cualquier otra clase, y las cooperativas de producción, de crédito o de consumo, sólo se considerarán mercantiles y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o se convirtieren en sociedades a prima fija.»

O sea, que sólo aquellas cooperativas y mutuas que desnaturalicen su función, prestando la actividad objeto de la ayuda mutua a los terceros (es decir, sólo las *falsas* cooperativas y mutuas), deberían quedar sometidas al Derecho mercantil.

El problema de la regulación de las asociaciones mutualistas había sido afrontado de manera realista por el Decreto sobre Bases para la redacción del Código de Comercio, de 20 de septiembre de 1869 (*Gaceta* del 24). Aun admitiendo que sus características las alejaban del «espí-

FREY, E., «Organisationsformen der Versicherungsunternehmen», en *Die Versicherung, Versicherungswirtschaftliche Studienwerk*, Wiesbaden, 1962-1964, tomo I, B-1, páginas 651 y sigs.

En *Derecho suizo* las mutuas de seguros se constituyen en forma de cooperativa, de modo que sólo existen dos formas de empresa de seguros: la sociedad por acciones y la cooperativa de seguros. Ver KOENIG, W., *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3.^a ed., Bern, 1967, págs. 47 y sigs., y AEBERHARD, R., *Notions générales en matière d'assurance*, trad. francesa, Lausanne, 1943, págs. 46-47.

Con respecto al *Derecho belga*, ver VANDEPUTTE, R., *Manuel des assurances et du droit des assurances*, trad. francesa, Anvers-Bruxelles, 1962, págs. 14-15.

(3 bis) La explicación de este fenómeno legislativo respecto de las cooperativas puede verse en nuestro trabajo «Análisis crítico del nuevo Reglamento de cooperación», *RDM.*, Madrid, 1972, págs. 452 y sigs., al que haremos frecuentes referencias.

ritu de nuestra legislación mercantil», el Decreto, en su parte dispositiva y obligatoria, Base quinta, establecía:

«En lo que se refiere a los contratos de comercio en general, a sus formas y efectos, habrán de ampliarse los de las compañías mercantiles no sólo a los ya conocidos y en práctica en Europa y que no se hallan en el Código, como Bancos de emisión y descuento..., cooperativas mixtas de socios contribuyentes por acto benéfico sin retribución y socios partícipes de resultados y beneficios, etc., sino que se establecerán en lo posible reglas generales que puedan comprender todas las demás no conocidas hoy.»

Siguiendo el mismo criterio, la Ley de 19 de octubre de 1869, sobre libertad de creación de Bancos y compañías mercantiles, disponía que «las cooperativas en las que ni el capital ni el número de socios es determinado y constante podrán adoptar la forma de una sociedad mercantil sometiéndose a su régimen legal».

El Código se apartó de aquella orientación por considerar que el Derecho mercantil era el propio de los actos de comercio o especulativos y que las asociaciones mutualísticas quedaban al margen de ellos. Así lo decía la Exposición de Motivos con las siguientes transparentes palabras:

«... comprende el Proyecto adjunto todas las sociedades que bien por su naturaleza, bien por la índole de sus operaciones, se consideran como mercantiles, no habiendo atribuido este carácter a las asociaciones mutuas porque falta en ellas el espíritu de especulación, que es incompatible con estas sociedades; ni las cooperativas, porque obedecen, ante todo, a la tendencia manifestada en las poblaciones fabriles de nuestro país, y principalmente en las de Alemania, Inglaterra y Francia, de asociarse los obreros con el único fin de mejorar la condición de cada uno, facilitándoles los medios de trabajar, de dar salida a sus productos o de obtener con baratura los artículos necesarios para su subsistencia. Y como no es el afán de lucro el que impulsa lo que se ha dado en llamar movimiento cooperativo, no pueden reputarse como mercantiles estas sociedades mientras no resulte claramente de sus Estatutos o del ejercicio habitual de algunos actos de comercio que merecen aquella denominación.

Por eso no se ha ocupado el Proyecto del ordenamiento de estas manifestaciones de la asociación, considerando que, en todo caso, quedarán amparadas por la legislación general sobre sociedades, la cual no puede ser más amplia, pues dentro de ella

caben y son posibles cuantas formas exija el progreso comercial de los tiempos modernos.»

El artículo 124, así explicado, es la prueba más evidente de que *para el legislador de 1885 el Derecho mercantil es el Derecho de los actos, actividades e instituciones especulativas o capitalistas* (4). De éste deben quedar alejadas las actividades artesanales y agrarias y la reventa para uso o consumo del comprador (todo ello en base al art. 326 del Código), pero también las asociaciones económicas de la clase obrera, o sea, de las «poblaciones fabriles» a que se refiere la Exposición de Motivos.

En definitiva, el Código de Comercio implícitamente consideraba materia mercantil (o «actos de comercio») *sólo la actividad industrial y comercial*. Y excluía lo que no fuera «industria» no sólo en el sentido de transformación mecánica, y no manual, de los bienes, sino también en el de «actividad especulativa». En la segunda acepción, como hemos visto, aparece aún prohibido que las mutuas de seguros hagan de su actividad una «industria», en el artículo 12 de la Ley de Seguro Privado de 16 de diciembre de 1954.

Esperar que el legislador de 1885 reflexionase sobre las razones históricas y económicas de por qué en otros Códigos de Comercio extranjeros se habían incluido y regulado ya estas asociaciones, hubiese sido poner en entredicho la identificación del Derecho mercantil con el lucro de la intermediación capitalista. Su concepción ideológica, como sabemos, estaba centrada en el paso de un Derecho mercantil exclusivo de los comerciantes a un Derecho mercantil aplicable a todos los sujetos que realicen actividades especulativas. Y respondía justamente al triunfo —muy tardío en España— de la ideología burguesa, la cual quería un Derecho de los negocios más racional y seguro y utilizable por todos los ciudadanos (que tuviesen, es claro, suficientes recursos para ello).

Aunque no fueran conscientes de ello, el resultado es que los redac-

(4) A esta afirmación no creemos que sea obstáculo el hecho destacado por nuestra mejor doctrina (RUBIO, J., *Introducción al Derecho mercantil*, Barcelona, 1969, págs. 37 y sigs.) de que en la regulación de algunos contratos mercantiles el Código no presume el carácter lucrativo o retribuido, sino que exija estipularlo así expresamente. Por ejemplo, en relación con el préstamo, en que el artículo 314 exige hacer constar el interés pactado por escrito; o en relación con la fianza mercantil, que según el artículo 441 será gratuita, salvo pacto en contrario. Estos ejemplos no constituyen más que extrañas excepciones de la presunción del carácter lucrativo que se establece en otros contratos (comisión, art. 277; depósito, artículo 304; transporte, art. 350-5.º; seguro, art. 380; contrato y letra de cambio, artículos 481-1.º, 526 y 527; fletamento, art. 652-8.º, etc.). Igualmente, el fin lucrativo se desprende de los conceptos de «industria» y «comercio» del artículo 1.º y está presente en la definición de la compraventa mercantil (arts. 325 y 326). Las excepciones del préstamo y la fianza se comprenden quizá dentro de la noción clásica de actos de comercio auxiliares o dependientes de otros principales, no requiriendo por sí mismos, necesariamente, una finalidad lucrativa.

tores del Código dejaban a las cooperativas desprovistas de unos mecanismos jurídicos que si innecesarios para la organización de una pequeña tienda o de un taller comunes, habían de ser indispensables para el desarrollo del cooperativismo y del mutualismo, en competencia con las empresas capitalistas. Más inconscientemente aún—y ahora empleamos la palabra con otro significado semántico—, los cooperativistas hasta hace poco—y aún hoy un importante sector, como veremos en los debates de las Cortes sobre la nueva ley—han rechazado la aplicación de la legislación mercantil a las cooperativas por su connotación capitalista. Con lo cual, en un ordenamiento como el nuestro, en que el Derecho privado se halla aún dividido en dos ramas, civil y mercantil, es tanto como dejar a las cooperativas desprovistas de la adecuada organización jurídica. Ello redundaría en perjuicio propio y de los terceros que forzosamente se han de relacionar con ellas, en un estadio histórico en que el sector cooperativo—al menos por ahora—no posee autonomía respecto del sector público y capitalista.

Un importante sector de la propia doctrina mercantil destacó los motivos de censura al artículo 124, en especial DÍAZ DOMÍNGUEZ, GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI, BENITO Y ENDARA Y ESPEJO DE HINOJOSA (5). Por el

(5) Especialmente DÍAZ DOMÍNGUEZ, *Tratado elemental de Derecho mercantil*, II, Granada, 1908, pág. 371,—quien después de ilustrarnos mínimamente sobre la legislación comparada, dice: «El nuestro de Comercio, silenciando toda doctrina sobre el particular, se limita a indicar en su artículo 124 que estas compañías en sus tres variedades (producción, crédito y consumo), así como las mutuas de seguros contra incendios y las tontinas de toda clase, sólo se considerarán mercantiles y quedarán sujetas a las disposiciones del mismo cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o se convirtieren en sociedades a prima fija, lo cual, además de constituir una desatención a materia tan importante por parte del legislador, implica un discurrir harto peregrino que no nos dejará bien parados en el extranjero.

GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI, J. M.^a, *Comentarios al Código de Comercio*, 2.^a ed., II, páginas 131 y sigs. y 210 y sigs., además de insistir en que la cooperativa como cualquier sociedad ha de obtener beneficio social, censura abiertamente el precepto porque entiende que la remisión a la legislación general sobre sociedades conduce a la aplicación del régimen de las asociaciones, poco adecuado, y porque, textualmente, «difícilmente se hallará hoy en España una cooperativa y aun muchas mutualidades que no estén comprendidas en esa locución «ejercicio habitual de actos de comercio». Las cooperativas que compran al por mayor y venden al por menor, con un margen de ganancia; las de crédito que a diario funcionan en operaciones de dicha clase, ¿qué otra cosa son sino ejercitantes habituales de actos de comercio?» (pág. 214).

Con mayor profundidad trató la materia el Profesor BENITO Y ENDARA, L., *Manual de Derecho mercantil*, 1.^a ed., tomo I, págs. 434-435, núm. 329, donde considera a las cooperativas y mutuas «sociedades mercantiles no ordinarias», y sobre todo págs. 455 y sigs., núms. 363 y sigs., donde afirma que «nuestro Código de Comercio ha debido incluirlas entre las sociedades que no han sido objeto de la atención del legislador español para otra cosa que para disponer que sus estatutos y escrituras de constitución se inserten gratis en los periódicos oficiales» (Orden de 26 de junio de 1870) (pág. 465), y en el tomo III, págs. 567 y sigs., donde dice

contrario, otros autores parecen aceptar el criterio del legislador, limitándose a hacer la exégesis del precepto (6).

De esta manera quedaba consumado el divorcio legal entre cooperativas y mutuas y Derecho mercantil en nuestro ordenamiento. Divorcio que se acentuaría más aún respecto de las cooperativas cuando la especialidad del fenómeno cooperativo justificase la creación y regulación de una forma especial de «sociedad cooperativa», separada de las sociedades mercantiles y de la regulación de la sociedad en el Código civil.

Las consecuencias prácticas de este divorcio han sido graves. Mucho más graves quizá para las cooperativas que para las mutuas, las cuales, además de realizar una actividad de mera previsión y no relacionarse con el público acudiendo al crédito de terceros, desde la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 1954 están sometidas a un riguroso control administrativo en su gestión técnica, que hace menos indispensable un régimen sustantivo privado más perfecto.

El artículo 124 debe considerarse, pues, vigente (al menos, sin ninguna duda, hasta la promulgación de la nueva Ley de Cooperativas), tanto para las cooperativas como para las mutuas. La legislación especial de unas y otras no lo ha derogado, al menos plenamente, ni expresa ni tácitamente, sino que lo toman como punto sistemático de partida.

que «no es ciertamente recomendable por su desdichada redacción gramatical», y añade a pie de página: «Nuestro ilustre colega GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI... tiene razón sobrada al hacer resaltar la contradicción flagrante que hay entre las explicaciones de la E. de M. del Proyecto del Código y la realidad de lo que son las cooperativas. Semejante contradicción no existiría si... nuestro Código de Comercio las hubiera declarado mercantiles. La contradicción la salva el artículo 124 (cosa que no advirtió el autor de la citada E. de M.) diciendo que los actos de comercio han de ser extraños a la mutualidad, por ejemplo, cuando una cooperativa de consumo vende a los que no son socios» (pág. 368). Sobre la posición de ESPEJO DE HINOJOSA, ver nota siguiente.

(6) ALVAREZ DEL MANZANO, BONILLA SAN MARTÍN y MIÑANA y VILLAGRASA. *Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, tomo II, 1916, página 619, donde infieren del artículo 124 que «las compañías que no tienen fin comercial no son mercantiles»: ESTASEN, P., *Instituciones de Derecho mercantil*, tomo III, Madrid, 1892, n.º 50; ESPEJO DE HINOJOSA, R., *Tratado teórico y práctico de Derecho mercantil* 4.ª ed., Valencia, 1922, págs. 227 y 228.

También ESPEJO DE HINOJOSA, R., en *Crítica y reformas que deben introducirse en el vigente Código de Comercio español de 22 de agosto de 1885* Granada, s. a., páginas 43 y sigs., donde concluye diciendo: «somos de opinión se repule de un modo más detallado y preciso la vida de las sociedades cooperativas, señalando su constitución y funcionamiento como cualquier otra sociedad, para los casos en que haya de asignárseles el carácter de mercantiles», y GAY DE MONTELLÁ R., *Código de Comercio español comentado*, Bosch, Barcelona, II, pág. 117, donde censura la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1904, que, al parecer (habría que leerla), admitió la mercantilidad de una cooperativa.

1.2. EL CÓDIGO DE COMERCIO Y LAS COOPERATIVAS

En relación con las cooperativas, en efecto, como puso de relieve el profesor ANTONIO POLO (7), la Ley republicana de 1931 hacía de la admisión de cooperativas mercantiles un verdadero imposible legal. Según dicha ley, si la cooperativa realizaba operaciones con terceros, saliéndose de los fines propios de la cooperación, el Ministerio de Trabajo debía decretar su descalificación, de modo que entre tanto tan sólo e indebidamente ostentaba el nombre de cooperativa. La Ley de 2 de enero de 1942 no previó la descalificación de la cooperativa entre las posibles sanciones ni tampoco el Reglamento de 11 de noviembre de 1943 y el más reciente de 13 de agosto de 1971.

Este último (que está vigente en lo no derogado por la Ley de 16 de diciembre de 1974) sigue considerando ilícita la violación del principio de mutualidad, que debe ser sancionada por el Ministerio de Trabajo (artículo 92, 1), aunque, dentro de una política de fomento del cooperativismo, establece taxativamente determinadas excepciones legales a la mutualidad (arts. 22, 3, y 50, 3), bien para todas las cooperativas o bien para las de consumo con respecto a sus «aspirantes», respectivamente (8). Tras su promulgación seguía, y sigue, pues, en nuestra opinión, siendo incorrecto desde un punto de vista jurídico plantearse si una cooperativa podía ser calificada como sociedad mercantil por el ejercicio habitual de actos de comercio con terceros no socios. Tan incorrecto como si nos preguntáramos si puede un sujeto adquirir la condición de comerciante mediante el ejercicio habitual del contrabando o la trata de blancas.

Era, pues, inadmisibles, *hasta la reciente Ley*, la calificación de las cooperativas o, como algunos pretendían, determinadas clases de ellas (las de crédito o las industriales) como sociedades mercantiles. En este sentido es de citar, como ejemplo ilustrativo, la peregrina construcción de BAYÓN MARINÉ y SERRANO ALTIMIRAS, quienes, en un libro de excelente edición, recurrían a la aplicación *por analogía* de las normas de la Ley de Sociedades Anónimas a las cooperativas y de los principios del Registro Mercantil al Registro Central de Cooperativas, que, como se sabe, *hasta ahora* era de naturaleza meramente administrativa (9).

(7) POLO DÍEZ, A., *Misión y sentido de la nueva Ley de Cooperación*, Editorial RDP., Madrid, 1942, págs. 16-17.

(8) Ver *Análisis crítico del nuevo Reglamento de cooperación*, pág. 524.

(9) BAYÓN MARINÉ, I., y SERRANO ALTIMIRAS, R., *Régimen jurídico de las Cooperativas. Estudio especial de las Cooperativas de Crédito*, Ed. Anaya, 1970, página 88, nota 155, y pág. 70, donde afirman que la Junta Rectora tiene el mismo ámbito legal de representación típico e inderogable que ostenta el Consejo de Administración de la sociedad anónima.

Hace algún tiempo, los profesores OLIVENCIA RUIZ y SÁNCHEZ CALERO establecían un parangón entre el régimen de las cooperativas y el de las sociedades mercantiles, postulando *de lege ferenda* el sometimiento de aquéllas al estatuto del empresario mercantil (10).

Más recientemente, y ya desde una perspectiva *de lege lata*, el profesor SÁNCHEZ CALERO defendía la calificación mercantil de las cooperativas con una argumentación que por su interés transcribimos:

«Una interpretación progresiva de nuestro Derecho debería consentir la calificación de la sociedad cooperativa como empresario. Tal nos parece que sucede si la sociedad es inscrita en el Registro Mercantil. Estimamos que el Reglamento vigente no se opone al acceso de la cooperativa al Registro Mercantil si se constituye la sociedad de acuerdo con la propia Ley de Cooperación (ver párrafo 1.º del art. 84 del Reglamento, que habla de sociedades que se constituyen con arreglo a «formas del Código de Comercio o a leyes especiales...»). Esta posibilidad se admite expresamente en la Disposición Final de la Ley de Asociaciones y Uniones de Empresas de 1963. Una manifestación de esta orientación hacia un régimen uniforme se produce en el caso de las cooperativas de crédito y de seguros (ver también número 5 del art. 16 del Código de Comercio)» (11).

En otros pasajes de su exposición el profesor SÁNCHEZ CALERO induce a pensar en una sumisión de las cooperativas al Derecho mercantil. Así, cuando dice que los títulos de cooperador «en la práctica alguna vez reciben la denominación de acciones», y cuando dice que «están sometidas—como las sociedades mercantiles—a la obligación de llevar una contabilidad», para luego destacar la sujeción a las normas del Código de Comercio de las cooperativas de crédito.

En nuestra opinión, la tesis del profesor SÁNCHEZ CALERO era infundada. El artículo 84 del Reglamento del Registro Mercantil sólo se puede referir a «leyes especiales» *mercantiles* y no puede derogar el artículo 124 del Código de Comercio. Por otro lado, el artículo 16. 5.º, del Código de Comercio, en su nueva redacción dada por la Ley de 21 de julio de 1973, no transforma en mercantiles a las entidades civiles que se inscriban en el Registro Mercantil para dar acceso a él a sus actos. Tal como ya

(10) SÁNCHEZ CALERO, F. y OLIVENCIA RUIZ, M., «Relaciones del régimen jurídico de las sociedades mercantiles y de las cooperativas», en *El cooperativismo en la coyuntura económica actual*, Centro de Estudios de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, Madrid, 1964, págs. 135 y sigs.

(11) SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, 4.ª ed., Valladolid, 1974, pág. 132.

ocurría antes con los agricultores y artesanos que formaban parte de sociedades de empresas (Ley de 28 de diciembre de 1963 sobre asociaciones y uniones de empresas) y con las personas jurídicas que emitían obligaciones en base a la Ley de 24 de diciembre de 1964, sin por ello quedar sometidos al estatuto de empresario mercantil o «comerciante».

Por último, la profesora MERCEDES VERGEZ (12) defendía también, en base a la anterior legalidad, la calificación mercantil de la cooperativa con argumentos poco consistentes, en especial el de que el Reglamento de 1971 había modificado el concepto de ánimo de lucro, limitándolo al que supone «un beneficio exclusivo de la intermediación». Cuando lo bien cierto es que esta precisión o definición del ánimo de lucro fue introducida ya en el artículo 1, 2.º inciso, del Reglamento de 11 de noviembre de 1945.

En segundo lugar, la imputación de que «la Exposición de Motivos del Código de Comercio (en relación con su art. 124) adolece de una serie de apreciaciones incorrectas» es infundada. Una vez más se atribuye «incorrección» a una determinada concepción legislativa, de la que es resultado el Código vigente. En tal sentido insistimos en que el ánimo especulativo o de lucro es noción central de nuestro Código de Comercio y que éste no ha querido regular el ejercicio de «toda actividad económica».

Tampoco resulta aceptable decir que la cooperativa cabe dentro de un concepto doctrinal amplio de sociedad (el propuesto por el profesor GIRÓN TENA) en el que no es elemento indispensable la finalidad lucrativa, pues este concepto no es el legal o positivo de los artículos 1.665 del Código civil y 116 del Código de Comercio. Y téngase en cuenta que la referencia a la doctrina italiana en la materia es peligrosa, pues el Código civil italiano admite la distribución entre los socios de beneficios sociales, aunque en los Estatutos de la cooperativa deberá figurar el porcentaje máximo de beneficios repartible (art. 2.518), o sea, que legislativamente tiende a «desnaturalizar» la esencia de la cooperación, incluyendo, en cierta medida, a la cooperativa «entre las instituciones de la economía capitalista», en contra, al parecer, de lo previsto en el artículo 45 de la propia actual Constitución italiana (13). En tanto que, al menos hasta la confusa Ley de Cooperativas de 1974, en este punto la legislación sustantiva española no admitía la «participación en beneficios» del socio, sino el «retorno».

(12) VERGEZ SÁNCHEZ, M., *El Derecho de las cooperativas y su reforma*, Madrid, 1973, págs. 73 y sigs.

(13) Ver GALGANO, F., *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna, 1974, páginas 168 v sigs., y antes en *La società per azioni, le altre società di capitali, le cooperative*, Bologna, 1973, págs. 253 y sigs.; v también VERRUCOLI, P., «Per una riforma della società cooperativa», *Riv. Dir. commerciale*, 1974, I, págs. 11 y sigs.

Por otro lado, en cuestiones de delimitación de normas aplicables no puede jugarse con la ambigüedad de las expresiones: así, cuando la profesora VERGEZ decía que «al desarrollar la sociedad cooperativa su actividad económica en el mercado de bienes y servicios *está haciéndose acreedora (sic)* al estatuto del comerciante, de tal forma que sólo una visión estrictamente capitalista del Derecho mercantil sería capaz de negárselo»; en definitiva, pues, nos debemos atener a la «visión» del legislador al promulgar el Código. Y cuando decía «*prevista* la calificación de la sociedad», lo que parecía indicar que no se afirmaba rotunda y claramente la tesis de la mercantilidad.

Por último, invocar, como hace esta autora, el criterio de mercantilidad por la forma, establecido en leyes especiales exclusivamente para las sociedades anónimas y limitadas, con el fin de calificar la cooperativa como sociedad mercantil, nos parece realmente sorprendente.

Ello no obstante, en algún caso se ha declarado por los Tribunales la suspensión de pagos o la quiebra de una cooperativa. Así ocurrió, por ejemplo, con la Cooperativa Comarcal Frutícola «San Isidro», de Calatorao (Zaragoza) (14). En nuestra opinión, ello constituye una aplicación incorrecta o patológica del Derecho o, si se prefiere, un empleo indirecto de las instituciones jurídicas para lograr fines insuficientemente atendidos por el ordenamiento jurídico.

En efecto, la cualidad de comerciante o empresario mercantil es un presupuesto material para la declaración de suspensión de pagos—o de la quiebra—, que debe investigar el Juez de oficio sin necesidad de que se plantee por las partes por vía de excepción. Naturalmente, si el Juez no toma esta iniciativa puede ocurrir que tanto a los acreedores como al deudor solicitante de la suspensión de pagos les interese la continuación del expediente, en lugar de acudir a los mecanismos civiles de «quita y espera» y «concurso de acreedores».

Ello constituye una buena advertencia al legislador, que, en efecto, parece haber sido atendida por la nueva Ley de Cooperativas, en su artículo 46, párrafo 6.º, que prevé la declaración de quiebra o suspensión de pagos de la cooperativa, «en su caso», y precisamente en el artículo dedicado al régimen de su liquidación. Pero ya veremos el posible significado de tal precepto en la segunda parte de este trabajo (apartado 2.4).

(14) Ver noticia de la Agencia «Logos» en el diario *Las Provincias*, de Valencia, del día 16 de enero de 1974.

1.3. CONSECUENCIAS DEL DIVORCIO ENTRE LAS COOPERATIVAS Y EL DERECHO MERCANTIL

El divorcio legal entre las cooperativas y el Derecho mercantil ha perjudicado en gran medida a éstas y a todos los interesados relacionados con ellas (socios, terceros contratantes y la colectividad en general).

En primer lugar, originó cierta inseguridad en la calificación de las formas jurídicas concretas, delimitando entre las «verdaderas» y «falsas» cooperativas. El sistema del artículo 124 implicaba, en efecto, como decía DÍAZ DOMÍNGUEZ, «un discurrir harto peregrino». Según POLO, pronto «comenzaron a multiplicarse los casos de auténticas cooperativas con existencia real, que no eran admitidas en el Registro de Asociaciones por la duda de que tras los preceptos de sus Estatutos se encubriera alguna combinación lucrativa, ni conseguían tampoco su inscripción en el Registro Mercantil por la índole cooperativa que las caracterizaba» (15).

El Tribunal Supremo, en numerosas sentencias (que no dan, probablemente, más que una remota idea de la entidad del problema en la práctica) ha tenido que afrontar la calificación de las cooperativas, inclinándose en todos los casos vistos por excluir la mercantilidad basándose en la ausencia de ánimo de lucro (16).

En segundo lugar, el apartamiento de las cooperativas de la evolución general del régimen de las sociedades mercantiles (régimen éste no sólo legal, sino creado también doctrinal y jurisprudencialmente) ha desprovisto a aquéllas de la adecuada normativa para proteger los importantes intereses en presencia, como organización de personas (sociedad en masa) y organización de empresa. Esto se comprende teniendo en cuenta que el conjunto normativo que hoy denominamos Derecho mercantil es un acarreo histórico de respuestas normativas a las exigencias de la actividad empresarial y de la organización de la empresa, *aunque históricamente se hayan producido con ocasión de la realización de una actividad empresarial lucrativa o capitalista*.

Este es el significado propio del conjunto de derechos y obligaciones que se denomina estatuto de empresario mercantil, que comprende: un régimen especial para su contabilidad, un régimen especial de publicidad legal a través del Registro Mercantil, un régimen concursal distinto del civil integrado por las instituciones de la quiebra y la suspensión de pagos y ciertas especialidades en el régimen de la representación mercantil.

Otras instituciones que algunos autores señalan como integrantes del estatuto del empresario mercantil no lo son en realidad, pues protegen la

(15) POLO DÍEZ, A., *ob. cit.*, pág. 14.

(16) Ver *Análisis crítico* ..., pág. 432, nota 5.

actividad empresarial en general, sea mercantil o no, y tienen como destinatarios a todos los empresarios, cualquiera que sea su estatuto. Así ocurre con el régimen de defensa de la libertad de competencia, con la prohibición de la competencia desleal, con el régimen de la propiedad industrial y con otras instituciones (17).

También tiene el mismo significado, de normas dirigidas a la organización de una empresa en sus relaciones internas y, en parte, externas, el régimen especial de las sociedades mercantiles, sobre todo el recogido en las leyes especiales de sociedades anónimas (18).

Por ello no es de extrañar que los legisladores, al abordar la regulación de las cooperativas, hayan tomado como modelo el régimen de las sociedades mercantiles, y en especial de la sociedad anónima. Unos Estados, como Francia, permiten a las cooperativas adoptar cualquiera de los tipos de sociedad mercantil, salvo en relación con las Cooperativas Obreras de Producción, en que es preceptiva la forma de sociedad anónima. Otros, como Bélgica y Suiza, regulan la cooperativa como una sociedad mercantil más. Otros, como Italia, las someten al régimen de la sociedad anónima, salvo en algunos puntos, en que se establecen normas especiales. Por último, desde el siglo pasado Alemania y Austria poseen leyes especiales de cooperativas, que regulan una institución jurídica especial (*Genossenschaft*) frente a las sociedades propiamente dichas (*Gesellschaften*); leyes que durante casi un siglo han ido adaptándose a las nuevas exigencias de la empresa cooperativa, con un llamativo paralelismo respecto a la legislación sobre sociedades mercantiles por acciones (19).

Como sabemos (19 bis), la legislación cooperativa española sigue esta

(17) Esta concepción excesivamente amplia del estatuto del empresario mercantil aparece en BROSETA, *Manual*, 2.ª ed., 1974, pág. 84. De algún modo responde, sin embargo, a la consciente delimitación del contenido de un «concepto sustancial» del Derecho mercantil, en el que se prevén incluidos todos los empresarios de ciertas dimensiones.

(18) Seguimos en este sentido las tesis de PAILLUSSEAU, J., *La société anonyme. Technique, d'organisation de l'entreprise*. París, Sirey, 1963, tesis compartidas ya por un amplio sector doctrinal y que hemos defendido en anteriores trabajos.

(19) Ver *Análisis crítico* . . , págs. 433-434 y notas 6 a 9.

(19 bis) *Análisis crítico* . . cit., págs. 464 y sigs. La construcción hecha allí sobre la base de la anterior legislación es aplicable a la nueva Ley de 19 de diciembre de 1974. En efecto, no creemos pueda afirmarse la naturaleza de sociedad teniendo en cuenta que en la cooperativa no se produce verdadero beneficio social repartible; que las participaciones sociales no determinan la intensidad del derecho a participar en la distribución del «excedente de ejercicio», ni del derecho de voto; que en la cooperativa existe un derecho reconocido a cualquier interesado en sus servicios o ingresar en la misma, derecho que sólo puede denegarse por razones objetivas (ver art. 9.º de la nueva Ley); y que una parte de su patrimonio es irrepartible (los Fondos legales de Reserva y de Educación y Obras Sociales) e inembargable (el citado Fondo de Educación y Obras Sociales, destinado a fines que trascienden a la empresa cooperativa).

última orientación, regulando una especial forma de organización jurídica, si bien con un considerable retraso histórico.

Las cooperativas quedaron sometidas durante mucho tiempo a la legislación de asociaciones, en cuanto a su constitución y control público, a partir de la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887 y, con carácter especial para cada clase de cooperativas, de diversas disposiciones promulgadas a partir de la Ley sobre Sindicatos Agrícolas de 23 de enero de 1906, con pura finalidad de fomento a través de ventajas tributarias, crediticias y de otro tipo.

En el aspecto jurídico-privado, tal como indicaba la Exposición de Motivos del Código de Comercio, antes transcrita, las cooperativas se regulaban por las normas del Código civil en materia de contrato de sociedad. Pero la normativa del Código civil no satisface las exigencias de una sociedad, que más que un contrato constituye la forma de organización de una empresa.

Esta es la razón de que desde el primer momento la realidad jurídica española haya conocido extrañas cooperativas constituidas en forma de sociedad anónima, las cuales, estableciendo en sus Estatutos las normas protectoras de los principios cooperativos (igualdad de voto, doble cualidad de accionista y usuario de la actividad social, intransmisibilidad de las acciones, etc.), se revestían del carácter formal de sociedades anónimas para lograr una mejor organización. Verdaderos centauros jurídicos, con cabeza y alma de cooperativas y cuerpo o estructura de sociedades anónimas. Los problemas planteados por estas entidades habían de ser difíciles de resolver, como se demuestra por una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, que hemos estudiado en otro lugar y que ahora parece innecesario reproducir (20).

Sólo con la Ley republicana del Estado Central (Decreto-ley de 4 de julio de 1931 y Reglamento aprobado por Decreto de 2 de octubre), seguida por la Ley de Bases de Cataluña sobre cooperativas y mutuas de seguros de 1934 (21) y las cuatro leyes especiales que la desarrollaron (de Cooperativas, de Mutualidades de Seguros, de Sindicatos Agrícolas y de Cajas de Crédito y Cooperación), se llega en España al reconocimien-

(20) *Análisis crítico.*, pág. 434.

(21) Sobre la legislación de Cataluña en materia de cooperativas en la II República, ver PÉREZ BARÓ, A., *Cooperació i cooperativisme*, Barcelona, 1966; RAVEN-TÓS CARNER, M., *Historia del cooperativismo español*, Barcelona, 1960; BRICALL, J. M., *Política económica de la Generalitat (1936-1939)*, Barcelona, 1970, págs. 216 y sigs., y LLUIS y NAVAS, J., *Derecho de cooperativas*, Barcelona, 1972, tomo I, páginas 243 y sigs., donde muestra evidente hostilidad a la legislación de Cataluña y desconocimiento del propio idioma (así en pág. 244 traduce «Conselleria» por «Conserjería»).

to y regulación de una institución específica cooperativa: la denominada, más o menos fundadamente, «sociedad cooperativa» (22).

Esta institución o modelo legal de lo que debe ser la organización cooperativa real ha sufrido—y nunca mejor empleada la palabra—una accidentada evolución, a remolque de los sucesivos cambios que se han ido produciendo en el Estado.

Refiriéndose a los últimos años, a la Ley de 1942 (que dentro del modelo fascista de legislación cooperativa confió casi exclusivamente en los controles públicos administrativos y nacionalsindicalistas), el Reglamento de 13 de agosto de 1971 intentó incorporar una regulación más minuciosa—más institucionalizadora—del régimen jurídico privado, tratando al propio tiempo de modificar las normas de connotación más ideológicas del anterior Reglamento y de la propia Ley (23).

Por último, la Ley vigente de 19 de diciembre de 1974 (BOE del 21) constituye la consolidación de una legislación cooperativa, que responde a las siguientes características: 1) regula la cooperativa como una institución *sui generis* distinta de las sociedades propiamente dichas, aunque continúe denominándola «sociedad cooperativa»; 2) constituye una «gran ley» o código, que contiene la regulación básica pública y privada del cooperativismo, aunque se haya abandonado la denominación de «Ley de Cooperación», sustituyéndola por la más «yusprivatista» de «Ley de Cooperativas»; 3) incorpora ampliamente la regulación sustantiva consolidada históricamente en la sociedad anónima, como agrupación de personas y organización de empresa; 4) por último, y he aquí el tema central de este trabajo, *parece* que somete a la cooperativa al estatuto del empresario mercantil introduciendo, de la manera un tanto confusa y subrepticia que veremos (apartado 2.4), un cambio muy importante en la legislación española, que podría separar en este punto, desde hoy, a las cooperativas de las mutuas de seguros.

Como veremos, la conclusión de nuestro trabajo sobre este punto va a ser pesimista. En nuestra opinión, a pesar de algunas normas que podrían hacer pensar que la cooperativa, definitivamente, es una entidad

(22) Nuestra tesis, siguiendo a ASCARELLI (ver cita bibliográfica sobre el tema en la nota 2), de que la cooperativa no es una verdadera sociedad, en *Análisis crítico...*, págs. 445 y sigs. Y antes en *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, 1971, págs. 245 (fusión de sociedades) y 562 y sigs.

Ello no obstante, la nueva Ley de cooperativas deja al intérprete perplejo en cuanto a la calificación de la cooperativa, pues no resulta claro si los beneficios y las pérdidas son sociales, o si se producen directamente en el patrimonio de los socios (presupuesto dogmático del régimen de los «retornos cooperativos»). Sobre el tema, ver nuestro trabajo «El régimen económico de la cooperativa en la nueva Ley de cooperativas de 16 de diciembre de 1974», en la revista *Estudios Cooperativos*, número colectivo, dedicado a la Ley.

(23) *Análisis crítico...*, págs. 467 y sigs. y 500 y sigs.

mercantil, aunque sin espíritu capitalista, con la nueva ley, la cooperativa sigue siendo, en general, una persona jurídica civil. El artículo 124 del Código de Comercio sigue, pues, vigente e inalterado. Lo único que puede afirmarse, y con ciertas reservas, es la «extensión» del régimen concursal y de la publicidad jurídico-privada mercantil a las cooperativas.

1.3. EL DIVORCIO ENTRE EL DERECHO MERCANTIL Y LAS MUTUAS DE SEGUROS

Al igual que ocurre con las cooperativas, a falta de una norma con rango de ley que haya venido a derogar el artículo 124 del Código de Comercio, creemos que las asociaciones mutuas de seguros continúan excluidas del estatuto del empresario mercantil (24). Con ello nos apar-

(24) La exclusión del carácter mercantil de las mutuas se mantiene también en Derecho francés en la Ley de 8 de julio de 1971, que contrapone las sociedades de seguros de forma mutua y las sociedades mutuas de seguros a las no mercantiles, a las sociedades de seguros por acciones. Ver PICARD-BESSON, *ob. cit.*, páginas 43 y sigs., quienes advierten, sin embargo, la sumisión a la quiebra y «réglement judiciaire» en virtud de la Ley de 13 de julio de 1967, y ciertas «atenuaciones» al principio de su calificación civil, que ciertamente parecen poco convincentes. En especial en lo que se refiere al argumento de que si estipulan «actos de comercio» definidos objetivamente en el Código—como los seguros marítimos—se convertirán en mercantiles en base al artículo 1.º del Código de Comercio francés, que califica como comerciante a quien realiza habitualmente actos de comercio. Pero esta calificación no puede prosperar contra la expresa exclusión de la misma respecto de las mutuas. Más evidente es el tratamiento fiscal de las mutuas en Derecho francés, que grava un presunto «beneficio social» (impuesto de renta de sociedades) y su distribución como «dividendo» (impuesto sobre rentas del capital), y les exige el pago de «patente» o licencia industrial, como a las demás empresas aseguradoras.

Por el contrario, en Derecho italiano los Códigos de Comercio de 1865 y de 1882 ya calificaron como mercantiles («actos de comercio») los contratos de seguros mutuos de navegación y terrestres (Código de 1882, art. 3.º, párrafos 19 y 20). También en ambos Códigos las «asociaciones mutuas» se incluían en el mismo capítulo que las «asociaciones en participación», en base a que en ambas figuras no se producía una relación con terceros. Aunque el artículo 395 del Código de 1882 les reconoció personalidad jurídica, incurriendo en clara incoherencia con su colocación sistemática. Respecto de su régimen jurídico, su artículo 242 les aplicaba las normas de la sociedad por acciones sobre responsabilidad de los administradores, inscripción de la escritura de constitución y de sus estatutos, así como de las modificaciones de ambos, sobre balances y sus respectivas sanciones. El artículo 243 imponía a los socios responsabilidad limitada en el aspecto interno, a su respectiva contribución; pero frente a terceros (a diferencia del anterior Código) respondían hasta el valor de la cosa objeto del seguro, en una especie de responsabilidad suplementada. Ver VIDARI, E., *Il nuovo Codice di commercio*, 2.ª ed., 1884, páginas 8 y 209 y sigs., y bibliografía citada en nota 3 de nuestro trabajo.

En el Código civil italiano de 1942, hoy vigente, desaparece la contraposición entre formas sociales civiles y mercantiles, y los preceptos que regulan las mutuas se remiten en gran parte de su régimen al de las cooperativas de responsabilidad limitada (cooperativas por acciones). En efecto, los artículos 2.546-2.548 establecen las características esenciales de la mutua; el 2.547 remite a las disposiciones sobre

tamos de la interpretación que la doctrina mercantilista más reciente, de modo unánime, hace de la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 16 de diciembre de 1954 en cuanto a la regulación de las mutuas.

1.3.1. *La legislación española sobre mutuas*

La legislación sobre mutuas de seguros ha seguido una evolución paralela a la de cooperativas. La disposición legal quizá más remota sobre ambas figuras, la Real Orden de 26 de junio de 1870, les concedía la inserción gratuita de sus anuncios y documentos en la *Gaceta de Madrid* y *Boletines Oficiales*. Después, el artículo 124 del Código de Comercio excluye a ambas del Derecho mercantil. Posteriormente, la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887 somete a sus normas tanto a las cooperativas como a las mutuas (25).

Naturalmente, la Ley de Asociaciones no podía atender suficientemente a las exigencias de regulación de estas «empresas», pues se limitaba a reconocer el derecho de asociación y a establecer un sistema de control gubernativo para su ejercicio. Con respecto a su régimen jurídico, pues, las lagunas de esta ley tenían que cubrirse con los Estatutos de cada entidad.

Quizá se pudiera defender que aun careciendo del ánimo de obtener un beneficio social y distribuirlo entre los socios, elemento esencial para poderlas calificar como sociedades, pudiera aplicárseles el régimen de la

ejercicio de la actividad aseguradora y al régimen de la sociedad cooperativa de responsabilidad limitada «en cuanto compatibles con su naturaleza» al propio tiempo; el artículo 1.884 establece que se regulan por las normas del contrato de seguro «en cuanto compatibles con la especialidad de la relación». La actividad aseguradora, cualquiera que sea la entidad aseguradora, aparece mencionada en el artículo 2.195, apartado 4.º, como uno de los empresarios sometidos a inscripción registral.

En *Derecho alemán* (como indicamos en nota 3), las «grössere Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit» son también empresarios mercantiles.

(25) En efecto, el artículo 1.º de la Ley de asociaciones de 30 de junio de 1887 establecía:

«Artículo 1.º El derecho de asociación que reconoce el artículo 13 de la Constitución podrá ejercitarse libremente, conforme a lo que preceptúa esta Ley. En su consecuencia, quedan sometidas a las disposiciones de la misma las asociaciones para fines religiosos, políticos, científicos, artísticos, benéficos y de recreo o cualesquiera otros lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia.

Se regirán también por esta Ley los gremios, las sociedades de socorros mutuos, de previsión, de patronato y las cooperativas de producción de crédito o de consumo.»

La doctrina mercantilista consideró sometidas las mutuas de seguros a la Ley de asociaciones de 1887: BENITO Y ENDARA, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1.º ed., 1929, tomo III, pág. 428, nota 1; BENÍTEZ DE LUGO REYMUÑO, L., *Tratado de seguros*, vol. 1.º, pág. 186; GAY DE MONTELLÁ, R., *Comentarios al Código de Comercio*, tomo II, pág. 124.

sociedad civil. Pero con ello tampoco se obtenía una solución perfecta, por lo que hemos dicho respecto de las cooperativas, porque el Código civil no contiene una regulación satisfactoria de la sociedad, en tanto que forma o técnica de organización de una empresa.

Partiendo de su verdadera naturaleza jurídica podía pensarse, como decía aún BENÍTEZ DE LUGO en 1955, que «la personalidad jurídica de las sociedades de seguros mutuos se forma por la cooperación y, por tanto, los preceptos que regulan las asociaciones cooperativas deben regir para aquellas sociedades». Añadiendo que, en efecto, «la historia de la legislación española sobre asociaciones corrobora esta opinión» (26). No estamos de acuerdo con la tesis de una aplicación directa de la legislación de cooperativas (que en 1955 sería la Ley de 1942). Pero, ciertamente, la doctrina de BENÍTEZ DE LUGO sobre las mutuas privadas de seguros («sociedades cooperativas o mutuas», como las llama él en el índice) continúa siendo hoy, en nuestra opinión, la más clásica y fundada. Por otro lado, nos parece evidente que el mutualismo en materia de seguros coincide totalmente con las aspiraciones del movimiento cooperativo y que, al igual que en la Ley de la Generalitat de Cataluña de 1934, ambas instituciones deberían regularse juntamente e integrarse en un único movimiento social o «sector cooperativo».

1.3.2. *Naturaleza y régimen jurídico de las mutuas*

Para comprender la naturaleza y régimen jurídico de las mutuas es necesario partir de los «dos fines» que BENÍTEZ DE LUGO predica del régimen jurídico de las mismas: «el relativo a su aspecto orgánico y el fin de previsión que constituye el objeto social» (27).

(26) BENÍTEZ DE LUGO, *ob. cit.*, pág. 186.

También SÁNCHEZ CALERO (*Instituciones de Derecho mercantil*, 4ª ed., Valladolid, 1974, págs. 259-260) destaca la similitud entre mutuas y cooperativas.

(27) BENÍTEZ DE LUGO, *ob. cit.*, pág. 190.

De las Mutuas de Seguros privadas hay que distinguir las Mutualidades, de marcado carácter público, que se manifiesta en el régimen de su constitución, en su control administrativo, en su financiación, al menos parcial, con fondos públicos, y en que la cotización del asociado no es susceptible de revisión ni mediante derramas pasivas ni mediante extornos.

Dentro de estas Mutualidades cabe distinguir: A) Las Mutualidades laborales gestoras de la Seguridad Social, que funcionan junto al Instituto Nacional de Previsión, de acuerdo con la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 (*B. O. E.*, 20 y 22 de julio), artículos 194 y sigs. Su competencia se establece en los Estatutos aprobados por el Ministerio de Trabajo y están sometidas a una rigurosa tutela anterior y posterior sobre sus actos, al control de su presupuesto, sus cuentas y sus gastos de administración (arts. 38 y sigs. de la LSS). B) Mutualidades laborales gestoras de los regímenes especiales de la Seguridad Social, por ejemplo, la Mutualidad Nacional Agraria. C) Mutuas Patronales gestoras de las prestaciones complementarias en accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

Por decirlo de otro modo, para comprender el régimen jurídico positivo actual de las mutuas debemos distinguir entre la *causa* y el *objeto* de las mismas, el cual consiste en la explotación del seguro en régimen asociativo y no mediante contratos bilaterales (y especulativos) de seguro.

Por su causa, la mutua no es una sociedad, ya que no se constituye con aportaciones de los socios que integren un fondo común, sobre el cual posean aquéllos «participaciones sociales», y no persigue la obtención de un beneficio social especulando en la intermediación del seguro, sino que se propone más bien gestionar la actividad aseguradora al servicio de los socios. Por lo que puede decirse que *en ella la causa no es la obtención de un lucro repartible, como en la sociedad, sino la misma explotación del objeto* (de forma, si se quiere, «económica» o racionalizada) (28).

D) Mutualidades o Montepíos voluntarios y libres reguladas por Ley de 6 de diciembre de 1941 y Reglamento de 26 de mayo de 1943 en el ámbito no cubierto por la Seguridad Social. En esencia, éstas son las constituidas por los diversos grupos de funcionarios antes que se cree la anunciada Mutualidad General que integrará a todos ellos. Sobre su régimen fiscal, ver nota 51 bis.

Con independencia de ellas hay que tener en cuenta que las empresas pueden realizar prestaciones voluntarias complementarias en virtud de Convenio laboral en favor de sus trabajadores, bien directamente, bien constituyendo una Fundación o bien, posiblemente, una Mutua privada de seguros.

Sobre el tema ver: ALMANSA PASTOR, J. M., *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, 1973, pág. 203, quien advierte que «las entidades gestoras (de la Seguridad Social) no cumplen fines propios, sino fines del Estado», y que las define como «verdaderas entidades de derecho público, de creación estatal y con personalidad jurídico-pública», con una naturaleza híbrida de fundación y corporación (pág. 222). Como es sabido, nuestro Código civil al clasificar las personas jurídicas distingue entre corporaciones, fundaciones y asociaciones (éstas son las agrupaciones voluntarias de personas). La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 11 de marzo de 1970, precisó las diferencias entre las Mutualidades gestoras de la Seguridad Social y las Mutualidades o Montepíos libres.

(28) Partimos de la tesis, mantenida por el Tribunal Supremo en diversas Sentencias con carácter general para todas las sociedades (ver *Análisis crítico...*, cit., pág. 450, nota 33, SS. de 3 de diciembre de 1959, 8 de febrero de 1960 y la de 27 de junio de 1960, entre otras) y por la Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 2 de febrero de 1966 con respecto a una sociedad anónima, de que la causa del contrato de sociedad es la obtención de ganancias repartibles y, en consecuencia, como tal causa es elemento esencial del contrato.

En este sentido nos separamos de la doctrina mercantilista hoy casi unánime, según la cual el artículo 3.º de las Leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada permite la constitución de estas sociedades sin fin lucrativo.

Defensores de esta doctrina son:

GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, págs. 70-71; SÁNCHEZ CALERO, F., *La determinación y la distribución del beneficio neto en la sociedad anónima*, Roma-Madrid, 1955, págs. 135-136, y *Curso de Derecho del Seguro Privado*, Bilbao, 1961, vol. I, pág. 66; ALVAREZ QUELQUEJEU, L. C., *La sociedad de responsabilidad limitada como instrumento de la concentración de empresas*, Universidad de Valladolid, 1958, pág. 121; RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 2.ª ed., Madrid, 1967, págs. 42-43; GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1973, pág. 33; DEL CAÑO ESCUDERO, *Derecho español de seguros*, 2.ª ed., Madrid, 1974, págs. 74-75.

Por el objeto, sin embargo, la mutua desarrolla una actividad de gestión: la gestión de la mutualidad económica en que consiste el seguro, como recíproca cobertura de múltiples economías amenazadas por el

Como luego veremos, SÁNCHEZ CALERO, GARRIGUES y DEL CAÑO invocan el artículo 3.º de las Leyes de anónimas y limitadas para justificar la calificación de las mutuas de seguros como sociedades y como empresarios mercantiles.

Recientemente, la tesis ha sido defendida con nuevos argumentos por el Profesor RAFAEL ILLESCAS (*El derecho del socio al dividendo*, Sevilla, 1975, págs. 19 y sigs.), analizando (en nota 24) el significado de la *Sentencia del T. S. de 27 de febrero de 1954* (Col. *Legisl. Jurispr. Civil*, núm. 98, págs. 985 y sigs.), que según el autor «supone un fallo favorable a la existencia de la anónima no lucrativa, y ello incluso bajo la vigencia del derecho codificado...», y sometiendo a crítica la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 2 de febrero de 1966 (verla en *Anuario DGRN*, 1966, págs. 9 y sigs.).

La Sentencia de 1954 es ciertamente muy interesante, pero en ella los hechos resultan poco claros para deducir una doctrina. Con independencia de otros aspectos del litigio, que aquí no nos interesan, en los motivos 1.º y 2.º del recurso se alegaba: 1.º Que el acuerdo social de 1917 (en que la Sociedad «Hidroeléctrica de Solsona, S. A.», se había obligado con el Ayuntamiento a ceder sus beneficios por encima de un rendimiento del 5 por 100 para sus acciones y a transmitir sus activos a cambio de la asunción del pasivo incluido el valor de las acciones para que la sociedad «rescatara» éstas de los socios [aunque se habla, incorrectamente, de «amortización»] para entregarlas al Ayuntamiento cuando éste decidiera municipalizar la empresa hidroeléctrica) se había adoptado sin el quórum estatutario para la constitución de la necesaria Junta extraordinaria para adoptar tal acuerdo por la sociedad; 2.º Que en los Estatutos no figuraba ninguna cláusula según la cual la sociedad se hubiera constituido sin ánimo de lucro, sino para ofrecer un servicio al Municipio, tal como se afirmaba en la escritura estipulada entre los representantes de la sociedad y el Ayuntamiento en 1917, por lo que los sucesivos accionistas no estaban obligados a pasar por aquel pacto y de ahí su nulidad.

El T. S. opone, en esencia, al primer motivo que en el recurso no se aporta certificado del acta de la Junta extraordinaria de 1917 y, en consecuencia, la sociedad no prueba, como estaba obligada hacerlo, la nulidad del acuerdo por falta de quórum; y al segundo motivo opone que «en la proposición hecha a la Junta de accionistas se expresa cuál fue la intención de la compañía al constituirse, consistente en que una vez reintegrado el capital y el abono de intereses, a razón del 5 por 100 anual como máximo, pasara la sociedad a ser propiedad del Municipio de Solsona, quedando, por tanto, el servicio municipalizado; y que el único propósito de los fundadores fue el de prestar un importante servicio a la población, sin pretender en manera alguna el menor lucro personal, y, por último, que esta proposición, después de bien estudiada y discutida, hallándose contestes (dice «contextos») todos los presentes en que el objeto de la compañía ha sido y es llevar a efecto la municipalización de luz y fuerza eléctrica, la Junta general, unánimemente, acuerda aceptar la propuesta».

Ante esta Sentencia nos podemos hacer las siguientes preguntas: 1.ª ¿Contentían, en efecto, los Estatutos la finalidad no lucrativa de la entidad constituida en 1917 y su consecuencia la limitación del «beneficio» de los socios a un «interés» máximo del 5 por 100, o no?; 2.ª Si el T. S. no afirma taxativamente que aquel extremo figuraba en los Estatutos, sino en la «proposición» a la Junta extraordinaria hecha por los administradores, en realidad, ¿no estará presuponiendo que, a falta de prueba en contrario, el consentimiento fue «unánime de los presentes» y presuntamente de todos los accionistas? En todo caso habría que preguntarse si en tal caso la renuncia a los derechos de socio podría ser oponible frente a sucesivos adquirentes de las acciones. 3.ª Si la finalidad no lucrativa figuraba en los Estatutos, ¿se trataría realmente de una sociedad o de uno de esos entes extraños de carácter cooperativo o fundacional que por razones que hemos expuesto

mismo riesgo (29). En este aspecto, el régimen legal de las mutuas plantea las mismas exigencias técnicas en favor de los socios-asegurados, que la actividad de las sociedades lucrativas de seguros.

reiteradamente adoptaron la «forma» de «sociedad anónima»? (Si bien, de acuerdo con el artículo 1.670, quizá deberían ser calificadas entonces como sociedades anónimas de naturaleza civil.) 4.ª Por último, ¿no se tratará realmente de una Sentencia doctrinalmente incorrecta, sin perjuicio de que en el caso concreto aportara una solución justa?

Por otro lado, la crítica del Profesor ILLESCAS a la Resolución de la DGRN de 1966 nos parece infundada, en especial cuando le reprocha haber olvidado el artículo 3.º En nuestra opinión, el artículo 3.º (como ya expusimos en el *Análisis crítico*, pág. 455, nota 46) no tiene nada que ver con el tema de la causa, pues se limita a declarar el principio de la mercantilidad de la SA. y de la SRL. por la forma, volviendo al criterio que probablemente siguió ya el Código de Comercio (sobre el último tema, ver GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, J. M., «Los criterios del Derecho español sobre distinción de sociedades mercantiles y sociedades civiles y sus consecuencias prácticas», *RDM*, núm. 59, 1956, págs. 51 y sigs., en especial págs. 67 y siguientes). La Resolución, especialmente en su 4.º considerando, sienta una clara doctrina al someter el objeto social y los Estatutos al fin de lucro de la sociedad, lo que hace que sólo mediante acuerdo unánime de todos los socios pueda admitirse la ratificación de una donación hecha por el Consejo de Administración (considerando 9.º).

La distinción entre el objeto y la causa se halla en la misma Ley de sociedades anónimas, cuyo artículo 150-1.º prevé la disolución de la sociedad «por la conclusión de la empresa que constituye su objeto o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social». Lo que supone, evidentemente, dos posibilidades o causas de disolución distintas: disolución por conclusión del objeto social y disolución por imposibilidad de lograr la causa o fin de la sociedad. Esta «frustración» del fin o la causa puede deberse tanto a la imposibilidad técnica o económica de desarrollar la actividad empresarial que constituye su objeto como a la imposibilidad de obtener ganancias con dicha actividad, aunque ningún obstáculo se oponga a su continuación.

Lógicamente, por el contrario, la nueva Ley de cooperativas en su artículo 44-b, al transcribir las causas de disolución del artículo 150 LSA, no distingue ya entre «objeto» y «fin social», sino que se refiere sólo a «la conclusión del objeto social o imposibilidad sobrevenida para alcanzarlo», precisamente porque en la cooperativa el fin se identifica o confunde con el objeto. La cooperativa no tiene por qué disolverse, aunque le resulte imposible lograr un beneficio, porque en todo caso el desarrollo de su actividad, siempre que sea posible, evitará mayores pérdidas o gastos a sus socios. Causa y objeto en la cooperativa coinciden, como puso de relieve muy acertadamente ASCARELLI, «Società, associazione, consorzi, cooperative o trasformazione», *RDC*, 1949, II, págs. 425 y sigs., y «Cooperativa e società: Concettualismo giuridico e magia delle parole», *Riv. delle società*, 1957, I, págs. 397 y sigs.

En nuestra opinión, la doctrina correcta es la defendida por el Profesor URÍA (*Derecho mercantil*, 10.ª ed., 1975), donde afirma que la sociedad ha de perseguir necesariamente un lucro repartible (pág. 122), e interpreta el artículo 3.º de la LSA como hacemos nosotros (pág. 183); y por el Profesor BROSETA, en la 2.ª edición de su *Manual*, cit., 1974, pág. 195, con importantes precisiones. El Profesor GARRIGUES, por su parte, no insiste ya en la criticada tesis en su «Teoría general de las sociedades mercantiles» (continuación), *RDM*, núms. 132-133, 1974, pág. 225, al referirse a la causa del contrato de sociedad que, como él dice, es «la obtención de una ganancia y su posterior reparto». Nos congratulamos, pues, de que el eminente profesor no dé entrada a esta tesis en la reedición de su *Tratado*, que es, sin duda, la obra científica más importante del Derecho mercantil español.

(29) Ver GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1973, pág. 36, que reproduce la teoría del seguro expuesta por MANES, A., *Tratado de seguros Teoría*

En nuestra opinión, la Ley de Seguro Privado de 1954 atiende con bastante claridad a este doble aspecto del régimen jurídico de la mutua. En el primer aspecto destaca los requisitos que la diferencian de las sociedades capitalistas, lucrativas o intermediarias. En el segundo aspecto somete a las mutuas y a las sociedades a idéntico régimen jurídico, sin que por ello quede afectada su naturaleza. O para decirlo en otros términos, la ley obliga a las mutuas de seguros privadas a operar con *tarifas fijas o predeterminadas* (de acuerdo con los cálculos actuariales de previsión de riesgos y volumen de indemnizaciones), *pero no las obliga a operar a prima fija* (que sería tanto como convertirlas en sociedades, en entidades con fin u objetivo lucrativo). Consecuencia de nuestra tesis, pero sólo una de las consecuencias, es que, como las mutuas no operan a prima fija, no desnaturalizan su esencia, y por ello ni son sociedades ni son mercantiles.

Otra consecuencia no menos importante es la afirmación de su naturaleza unitaria defendida por la doctrina comparada casi unánime, que califica la mutua como un contrato o institución asociativa con fines asegurativos y rechaza su calificación como contrato mixto de sociedad y de seguro, o una relación jurídica innominada reconducible, de todos modos, a las dos contratos citados. En este sentido, la doctrina italiana afronta el arduo problema de la remisión que hace el artículo 2.547 de su Código civil a las normas sobre sociedades cooperativas y sobre el contrato de seguro (30).

general del seguro, trad. de la 4.^a ed. alemana por F. Soto, Madrid, 1930, pág. 2, donde dice éste que el seguro «puede definirse como aquel recurso por medio del cual un gran número de existencias (*sic*) económicas amenazadas por peligros análogos se organizan para atender mutuamente a posibles necesidades tasables y fortuitas de dinero». Y afirma el Profesor GARRIGUES que nota esencial del seguro es la mutualidad, citando una frase de STEIN, según la cual «el seguro es mutualidad o no es seguro» (nota 2).

El Profesor GARRIGUES (*loc. cit.*, nota 36) recoge la opinión crítica al requisito de mutualidad expresada por HAX y su reciente reafirmación por MOELLER.

En el mismo sentido, la doctrina italiana. Ver DONATI, A. (*Trattato il Diritto delle assicurazioni private*, vol. 2.^o. Milano. 1952, pág. 206), quien dice: «En el estado de la evolución y de la técnica, para la economía no hay diferencia sustancial entre seguro mutuo y seguro a prima: uno y otro producen la transmisión del riesgo de un sujeto a una colectividad de sujetos sometidos a riesgos de igual naturaleza, es decir, una mutua cobertura o eliminación del riesgo, de modo que la colectividad de los aseguradores siempre es aseguradora de sí misma.» Aunque luego precisa que en términos jurídicos asegurador es sólo la mutua. GENOVESE, *L'essenza dell'assicurazione mutua*, cit., pág. 1079, afirma que «el seguro mutuo realiza la comunidad de riesgos de la manera más ambiciosa, y se puede decir que realiza el seguro «tout court», mientras que el contrato de cambio llega a realizarlo sólo de forma más compleja y «espuria». Este último permite, en efecto, la obtención de otro fin, esto es, el beneficio del asegurador, el cual no participa en la comunidad de los riesgos ni siquiera en sentido económico».

(30) En Italia, la doctrina mayoritaria considera el acto constitutivo de la mutua como un negocio asociativo unitario. Respecto del Código de Comercio

En nuestro Derecho, la calificación unitaria de las mutuas obligaría a contemplar el artículo 380, que excluye la mercantilidad del seguro mutuo, no tanto como una exclusión de su carácter mercantil (o especulativo), sino más aún de su carácter bilateral de verdadero y propio «contrato de seguro».

Por su parte, el artículo 1.792 del Código civil parece contraponer el «contrato (que) tiene el nombre de seguros mutuos», asociativo, al «contrato de seguro», definido en el artículo 1.791 como contrato de cambio. O sea, que parece reconocer la autonomía causal de un contrato típico o nominado de seguro mutuo, distinto al seguro lucrativo.

La distinción, que se hace incluso en la Ley de Seguro Privado, entre «póliza» y «Estatutos y Reglamento», y la existente entre «contrato» de seguro mutuo y el mercantil, implícita en el artículo 380 del Código de Comercio, parecen responder a una calificación de contrato mixto; pero

de 1882, ver VIVANTE, *Trattato*, cit., II, núm. 716, y *Contratto di assicurazione*; DE GREGORIO, *Società...*, cit., núm. 602; SOPRANO, *Società...*, cit., tomo II, número 792; ARCANGELI, *ob. cit.*, pág. 339; VALERI, *ob. cit.* en *Riv. Dir. Com.*, 1910, II, págs. 799 y 1913, II, pág. 771.

Respecto del nuevo Codice civile sostienen esta doctrina DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, cit., págs. 216 y sigs.; FANELLI, *L'assicurazione mutua*, cit., pág. 23; DE GREGORIO y FANELLI, *Le assicurazioni*, págs. 212 y sigs.; FIORENTINO, *L'assicurazioni contro i danni*, Napoli, 1949, pág. 27; BIGIAMI, W., *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948, págs. 60 y sigs.; FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1962, págs. 601 y sigs.; CASTELLANO, *Le assicurazioni private*, cit., págs. 63-64; GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, páginas 500 y sigs., y GRAZIANI-MINERVINI, *Manuale di diritto commerciale*, cit., página 150; SCALFI, «Inadempimento del socio nella mutua assicuratrice», *Riv. delle società*, 1956, págs. 242 y sigs., y «Rassegna di dottrina e giurisprudenza in tema di società mutue di assicurazione», *Riv. delle società*, 1958, págs. 1270 y sigs.; SANTI, *Il contratto di assicurazione*, pág. 53; GASPERONI, voce «Mutue assicuratrici», en *Enciclopedia Forense*, IV, Milano, 1959, págs. 1175, inserto también en sus *Assicurazioni private. Scritti giuridici*, Padova, 1972, págs. 137 y sigs., y *Le assicurazioni*, cit., págs. 36 y sigs.; y muy especialmente GENOVESE, «L'essenza dell'assicurazione mutua», cit., *Riv. delle società*, 1960, págs. 1077 y sigs., que contrapone la mutua como contrato asociativo de seguro sin finalidad de lucro al contrato sinalagmático de seguro o seguro especulativo. De igual modo hay que incluir en esta doctrina la posición de ASCARELLI, expresada en diversos trabajos (ver nota 28), de que la mutua, como la cooperativa, es una «asociación».

El tema se plantea con evidente trascendencia práctica en Italia, pues la remisión al régimen de la cooperativa de responsabilidad limitada y del contrato de seguro no aclaran las normas aplicables en caso de incumplimiento por parte del asociado (¿exclusión del socio o resolución del contrato?).

De la doctrina unitaria se separan ARCANGELI, que defiende la existencia de dos contratos distintos en uno solo o en dos distintos documentos (*ob. cit.*, página 341); SOPRANO, en *Studi in onore di Cesare Vivante*, cit., pág. 547; SALANDRA, *Manuale*, cit., que defiende la calificación de contrato mixto, y FERRI, que insiste en la consideración de contratos distintos, aunque coligados («Mutua assicuratrice», en *Novissimo Dig. Italiano*, vol. X, Torino, 1964, pág. 1044, y *Manuale*, cit., páginas 271-272).

También prevalece la consideración unitaria en la doctrina francesa y alemana (ver DONATI, *ob. cit.*, pág. 216, nota 74, y GENOVESE, *ob. cit.*, nota 1).

debemos convenir en que la causa de la mutualidad absorbe la del contrato de seguro, cuyo régimen positivo debe interpretarse y aplicarse a la luz de esta «absorción» o preeminencia de la finalidad asociativa. En este sentido, parece que el mecanismo de la exclusión del socio que incumple debe prevalecer sobre la resolución del pretendido contrato de seguro en orden a requisitos de denuncia, plazo de prescripción de la acción y consecuencias o sanciones del incumplimiento del socio.

Por otro lado, tal como ha destacado especialmente GENOVESE, el principio de igualdad de trato de todos los asociados debe prevalecer sobre el de ejecución aislada o de relatividad de cada uno de los pretendidos «contratos de seguro». Y de igual modo destaca el principio de solidaridad diciendo: «Cada socio participa de algún modo en la suerte de los seguros estipulados por los otros socios, y de esta manera viene superado el aleas inherente a cada seguro aislado», afirmando que «la comunidad jurídica de los riesgos es... el elemento que distingue el seguro mutuo del contrato de seguro» (30 bis).

Esta doctrina es fácil de comprender por su claridad y por responder perfectamente a la legislación vigente y a la realidad social de las mutuas. Es, por supuesto, una doctrina más clara que la contraria, la que defiende la calificación mercantil de las mutuas, por pretender que hoy, en observancia de la Ley de 1954, todas las mutuas trabajan «a prima fija». O sea, que han dejado de ser mutuas para convertirse—permítasenos la licencia—en un monstruo jurídico difícil de definir y comprender.

Ello se comprueba reproduciendo simplemente los textos legales, antes de «embarullarlos» con ningún género de interpretación, ni con la que proponemos ni con la contraria. Vamos a hacerlo transcribiendo los artículos 12 y 13 de la Ley de Seguro Privado de 1954:

Artículo 12.—A los efectos de esta ley serán consideradas como asociaciones mutuas de seguros las que reúnan las siguientes condiciones:

- 1.^a Que para su constitución cuenten con un mínimo de veintiocho asociados.
- 2.^a Que la personalidad colectiva y mancomunada de todos los asociados sea la entidad aseguradora.
- 3.^a *No ser la operación de seguro objeto de industria para dicha colectividad aseguradora.*

(30 bis) GENOVESE, *ob. cit.*, págs. 1073 y 1077. A pesar de la remisión que hace el artículo 2.547 al contrato de seguro, estima este autor, coincidiendo con GRAZIANI (*Diritto delle società*, cit., págs. 498 y sigs.), que las normas del contrato de seguro no se extienden al seguro mutuo cuando presuponen el carácter sinalagmático del contrato (GENOVESE, pág. 1081).

4.^a Igualdad de derechos y obligaciones de todos los asociados, sin privilegios ni excepciones en favor de personas determinadas.

5.^a Ser únicamente asegurados o contratantes con dicha personalidad colectiva aseguradora las personas que mediante la *aceptación simultánea de una póliza y de los Estatutos y Reglamento* adquieran, a su vez, carácter de aseguradoras.

6.^a Que las funciones sociales sean ejercidas por un organismo representativo y amovible emanado de la voluntad colectiva de los mutualistas.

Artículo 13.—Las mutualidades tendrán plena capacidad jurídica para adquirir y poseer bienes de todas clases, celebrar actos y contratos relacionados con su fin social y comparecer ante los Tribunales. Sus Estatutos deberán contener los requisitos siguientes:

a) La denominación, objeto, duración y domicilio de la mutualidad.

b) La sumisión de la misma a los preceptos de esta ley.

c) Que se precise el tiempo, forma y modo en que los asociados puedan ejercer su derecho al voto y la manera de constituir el órgano representativo de la asociación, con las atribuciones y límites del mandato.

d) Se establecerá el régimen de mayorías para tomar acuerdos, y una vez adoptados serán obligatorios para todos los asociados, aunque no hubieran votado.

e) Que se determine si la responsabilidad de los socios es limitada o ilimitada en proporción al capital asegurado.

f) Causas y condiciones de disolución de la mutualidad, procedimiento para llevarla a efecto y destino que haya de darse al patrimonio social.

g) Los demás pactos lícitos que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a lo dispuesto en esta ley.

Los Reglamentos o condiciones de las pólizas en cada ramo no podrán contener precepto alguno que desvirtúe lo establecido en los Estatutos de la mutualidad.

1.2.3. Analogías y diferencias entre las cooperativas y las mutuas de seguros

Las analogías y diferencias entre las cooperativas y las mutuas en nuestro Derecho positivo serían, pues, las siguientes (31):

Como analogías destacan los principios de doble cualidad de asociado y asegurado, de libre adhesión y salida de la entidad, de igualdad democrática, de reparto del posible excedente en proporción de las cuotas satisfechas por cada mutualista (técnica de los «retornos» o «extornos»), así como de las posibles «pérdidas» («derramas pasivas» se dice en la práctica de las mutuas), bien hasta el límite establecido en los Estatutos o bien de forma ilimitada, según que la mutua sea de responsabilidad limitada o ilimitada (32).

Las diferencias entre las cooperativas y las mutuas son también muy visibles. En la cooperativa, la doble cualidad de socio y usuario de la actividad cooperativa es meramente hipotética; para producirse precisa la estipulación de un contrato o convención entre socio y cooperativa. Aunque en la nueva Ley de 1974 se admite que el derecho a usar de los servicios de la cooperativa puede convertirse en una verdadera obligación a hacerlo, y en tal caso sí que se daría la simultánea superposición entre las dos cualidades de socio y usuario (como proveedor o adquirente), que es característica esencial de las mutuas. En efecto, en las mutuas,

(31) Las diferencias entre las cooperativas y las mutuas han sido insistentemente destacadas sobre todo por la doctrina italiana. SOPRANO, «Natura giuridica...», *Studi Vivante*, cit., págs. 547 y sigs.; DONATI, A., *Trattato del Diritto delle assicurazioni private*, cit., vol. I, págs. 201 y sigs.; GENOVESE, *ob. cit.*, págs. 1070 y sigs.; SÁNCHEZ CALERO (*Instituciones*, 4.ª ed., cit., pág. 259) destaca las analogías entre mutuas y cooperativas señalando tan sólo la diferencia de que en estas últimas la mutualidad o doble cualidad de socio y usuario no se produce de forma simultánea. Las diferencias entre ellas, sin embargo, más aún en nuestro Derecho positivo, son más numerosas.

(32) Sobre el punto de la responsabilidad de los socios en la mutua, el artículo 13 de la Ley de Seguro Privado sigue el mismo sistema que en las cooperativas: los Estatutos fijan la clase de responsabilidad.

La doctrina mercantilista ha comprendido mal este punto. SÁNCHEZ CALERO (*Curso de Derecho del seguro privado*, Bilbao, 1961, vol. I, pág. 69) censura a la Ley de seguro privado de 1954 diciendo que «las aportaciones han de ser siempre limitadas, aunque otra cosa diga el texto legal». Probablemente, su desaprobación a un precepto legal tan claro nace de la obsesiva convicción de que la Ley impone a las mutuas el funcionamiento a prima fija.

GARRIGUES (*Contrato de seguro terrestre*, cit., pág. 34, nota 34) contrapone el artículo 13 LSP al artículo 2.546 del Código civil italiano, que prevé el pago de «contribuciones fijas o variables dentro del límite máximo determinado en el acto fundacional». De esta contraposición, sin embargo, sólo queda claro que el Código civil italiano admite exclusivamente las mutuas con responsabilidad limitada de sus socios. Pero no vemos que derive ninguna crítica para nuestra legislación, y menos aún ninguna confusión conceptual.

la cuota pagada sirve, a la vez, como cuota social y contraprestación por la cobertura del riesgo, de modo que no hay propiamente «prima» o «precio» del seguro. En la cooperativa, el socio «responde» de las deudas de la misma, limitada o ilimitadamente. En la mutua, hasta el límite de esta responsabilidad, bien puede afirmarse que cada socio no sólo es él mismo asegurado, sino, además, asegurador de los demás socios. Esta afirmación, que aparece hecha por la propia ley, no satisface a la doctrina mercantilista, en la medida en que verdadero asegurador es sólo la mutua, en tanto que ostenta personalidad jurídica propia. Pero, sin duda, corresponde bastante fielmente a la realidad jurídica, puesto que la responsabilidad subsidiaria del socio mutualista no modifica el objeto de la prestación de la mutua (la indemnización) y nace en la práctica estatutaria sin necesidad de previa excusión del patrimonio social.

En la cooperativa se realizan aportaciones sociales, que integran un capital social y atribuyen a los aportantes participaciones o cuotas en una parte, al menos, del patrimonio social, que deben serles restituidas en caso de separación o liquidación de la cooperativa. En la mutua no hay propiamente aportaciones, ni capital social—se habla de «fondo social» o «de garantía»—, ni, por tanto, participaciones en él. En la mutua, a diferencia de las mutualidades públicas, no se reconoce legalmente, con el derecho subjetivo al ingreso (formalmente consagrado y protegido por el art. 9 de la nueva Ley de Cooperativas), la existencia de una comunidad más amplia que la de los asociados, a la que la mutua aspire a integrar.

Por último, es claro que, de acuerdo con nuestra Ley de Seguro Privado, sólo las mutuas pueden desarrollar actividad aseguradora, a diferencia, por ejemplo, del ordenamiento italiano, que admite la cooperativa de seguros en la medida en que, según su Código civil, adopta forma de sociedad por acciones.

1.3.4. *El carácter civil de las mutuas de seguros*

1.3.4.1. Exposición crítica de la tesis doctrinal sobre el carácter mercantil de las mutuas

El carácter civil de las mutuas de seguros aparecía admitido unánimemente por la doctrina mercantilista anterior a 1962, como puede observarse en las obras de los profesores BENITO Y ENDARA, TRAVIESAS, GAY DE MONTELLÁ, BENÍTEZ DE LUGO, LANGLE, URÍA Y GARRIGUES (33).

(33) BENITO Y ENDARA, L., *Manual de Derecho mercantil* Madrid, 1929, tomo III, págs. 367 y sigs., que conceptúa las mutuas como «sociedades civiles que

Parece que la «tesis mercantilista» sobre la calificación de la mutua de seguros es introducida por primera vez por el profesor SÁNCHEZ CALERO (34). Como se ha hecho en otras materias (35), el ilustre profesor empieza destacando «la deficiencia y falta de claridad y sistema de los textos de nuestro Derecho positivo en la materia..., en especial los artículos 12 y 13 de la Ley de Seguro Privado de 1954...». Destaca luego la identidad de obligaciones impuestas a las mutuas y a las sociedades anónimas de seguros en cuanto a presentación de bases técnicas y tari-

pueden convertirse en mercantiles si realizan actos contrarios a la mutualidad»; TRAVIESAS, M. M., *Sobre contrato de seguro terrestre*, Madrid, Ed. RDP, s. a., páginas 62-63, que considera claramente el concepto de prima fija como seguro lucrativo, contrapuesto al seguro mutuo.

GAY DE MONTELLÁ, R., *Comentario al Código de Comercio*, Barcelona, tomo III, página 124, que las califica como asociaciones civiles. BENÍTEZ DE LUGO, *Tratado de Seguros*, cit., vol. I, pág. 185, y vol. IV, págs. 182 y sigs., con referencia a la Ley de 1954. LANGLE, E., *Manual de Derecho mercantil español*, tomo III, Barcelona, 1959, págs. 521-522, donde, sin embargo, imputa al Código el haber confundido prima variable y seguros mutuos, porque entiende que «puede el seguro no ser mutuo y la prima variable, así como ser mutuo y la prima fija», por lo que «ese solo requisito de la clase de prima no es suficiente para calificar de mercantil el seguro». De esta, en principio, irreprochable interpretación del eminente profesor, según la cual las mutuas, sin dejar de serlo, pueden trabajar a prima fija, y no serán mercantiles siempre que no aseguren a terceros no socios, surge probablemente la confusión posterior de que las mutuas, según la LSP de 1954, trabajan a prima fija y, por tanto, son mercantiles.

URÍA, R., *Derecho mercantil*, 10.ª ed., Madrid, 1975, pág. 558, mantiene el mismo texto que en su primera edición: «El seguro es mercantil si se estipula a prima fija; no lo es si se trata de seguro mutuo «puro». No sabemos hasta qué punto podría interpretarse este texto en el sentido de admitir que las mutuas hoy no practican el seguro mutuo puro como mutuas de reparto. Creemos, sin embargo, que el Profesor URÍA, con este texto, califica las verdaderas mutuas y seguros mutuos como civiles.

GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, vol. 1.º, Madrid, 1940, página 365: «Nuestro Código excluye del ámbito del Derecho mercantil el seguro mutuo (véanse arts. 124 y 580). Con ello, y por virtud también del Decreto-ley de 5 de enero de 1929 y de la R. Orden de 27 de junio de 1931, la figura jurídica del asegurador mercantil queda reducida a la forma de sociedad anónima.»

En la 3.ª ed., 1958, pág. 319, continúa manteniendo la exclusión de la mercantilidad de las mutuas, incorporando la normativa de la Ley de 1954; tesis que, como veremos, abandona en su *Contrato de seguro terrestre* (ver nota 36).

Por último, en la 6.ª ed., revisada por el Profesor SÁNCHEZ CALERO, pág. 261, se elude todo planteamiento sobre la naturaleza de las mutuas, limitándose a decir que se consideran tales «las que reúnan las condiciones del artículo 12 LSP». Silencio que nos induce a todo género de conjeturas, pero que creemos interpretar como una «crisis» de la «tesis mercantilista» en sus más cualificados defensores.

(34) SÁNCHEZ CALERO, F., *Curso de Derecho de Seguro Privado*, Bilbao, 1961, volumen I, págs. 63 y sigs.

(35) En especial queremos citar a título de ejemplo la regulación legal de los artículos 1.º y 4.º sobre capacidad legal para ser comerciante; 325 y 326, sobre el concepto de compraventa mercantil, y los artículos 586, 595 y otros, sobre el concepto legal de naviero, entre los que la doctrina ha hecho objeto de esta acusación de oscuridad y confusión, lo que de paso ha permitido construir las más diversas y a veces arbitrarias interpretaciones.

fas (art. 4, párrafo 3.º), que excluyen la posibilidad de mutuas de reparto. Y concluye que las mutuas son mercantiles no sólo porque operan a prima fija, sino también por su organización y actividad.

El profesor GARRIGUES, que en las ediciones de su *Curso de Derecho mercantil* anteriores a 1962 continuaba excluyendo la mercantilidad de las mutuas, se incorporará más recientemente a la «tesis mercantilista» (36). En lo que parece ser mero planteamiento teórico, afirma que «la doctrina niega a la asociación de seguros mutuos el carácter de comerciante pensando en que la finalidad de lucro, que es característica del comerciante, falta en las mutualidades. Se proponen tan sólo ofrecer un servicio... La Ley española de 1954 exige que la operación de seguro no sea objeto de industria para la colectividad aseguradora...» (37).

Pero cuando comenta el Derecho positivo parece rechazar aquel planteamiento. Empieza diciendo también que las «características de estas asociaciones... están bastante desdibujadas... porque la ley... pretendió mejorar, sin conseguirlo, las confusas disposiciones del Reglamento de 1912» (38). Al enumerar el autor las notas características de las mutuas parece incurrir en lo que, en nuestra opinión, dentro del sistema de delimitación de la mercantilidad de nuestro Código de Comercio, es una contradicción, cuando afirma su carácter mercantil y, al propio tiempo, que sus operaciones no pueden ser objeto de industria (características 3.^a y 4.^a). Y concluye diciendo que «el carácter mercantil de estas asociaciones se deriva del hecho de que funcionan en régimen de primas fijas y no de reparto, ni anterior ni posterior a la realización del siniestro... Por otro lado, sabemos que el elemento de lucro ha dejado de ser característico de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada... Lo que ocurre es que el objeto social de la entidad no consiste en la obtención de lucro...» (39).

También el profesor BROSETA mantiene la tesis (a nuestro entender, contradictoria) de que la Ley de 1954 impone a las mutuas el funcionamiento a prima fija y excluye de ellas, sin embargo, la finalidad lucrativa. Por lo que afirma que son «verdaderas sociedades y empresarios mercan-

(36) GARRIGUES, J. *Contrato de seguro terrestre*, cit., págs. 27 y sigs. Sin embargo, como ya hemos advertido en nota 32 *in fine*, en la sexta y última edición de su *Curso*, revisada por SÁNCHEZ CALERO, suprime el planteamiento del problema de la naturaleza jurídica civil o mercantil de las mutuas (ver. pág. 261). ¿Puede pensarse que se halla, al menos, en crisis la tesis mercantilista en los autores que con más ardor la han defendido? Creemos legítimo deducir una contestación afirmativa a esta inquietante pregunta.

(37) *Contrato de seguro terrestre*, cit., págs. 30-31.

(38) *Ob. cit.*, pág. 32.

(39) *Ob. cit.*, pág. 33.

tiles (art. 124)..., cuyos contratos de seguros son igualmente de naturaleza mercantil y no civil (art. 380 del Código civil)» (40).

DEL CAÑO ESCUDERO (41) recuerda la obligación de todas las entidades aseguradoras de presentar «las bases técnicas, tarifas, pólizas y contratos que se propongan utilizar en sus operaciones» (art. 4 de la ley), y «que si se comprueba que las tarifas, tablas de mortalidad y demás bases de cálculo carecen de garantía suficiente para el cumplimiento de las obligaciones contraídas», se denegará la autorización (art. 10, apartado 4.º). «Todo esto viene a demostrar—concluye—que las mutualidades han de operar a prima fija (si se produjesen excedentes a fin de ejercicio *podrán devolverlos a los mutualistas*) y, por tanto, que son sociedades mercantiles...»

La doctrina de este autor se hace aún más insostenible, en nuestra opinión, cuando afirma que «el problema de la responsabilidad es distinto al de la forma en que los mutualistas han de realizar sus aportaciones. La mutua puede ser a prima fija, y la responsabilidad de los mutualistas ser superior a la prima. En estos casos, la prima es fija, su cuantía se deriva de lo convenido en el contrato de seguro y se paga por adelantado; el hecho de que se pueda pedir una derrama pasiva no altera la prima del contrato de seguro, que permanece invariable; en cambio, la derrama se deriva del contrato de sociedad y es consecuencia del resultado del ejercicio» (42).

Esta construcción es verdaderamente artificiosa, al intentar escamotear la realidad jurídica con la distinción entre un contrato de seguro a prima fija y un contrato de sociedad con fines lucrativos que no se apoya en ninguna disposición legal, y que es rechazada por la doctrina italiana, a pesar de la remisión legal al contrato de seguro. Afirmamos, por el contrario, que el mutualista es asociado y asegurado en virtud de un único negocio jurídico y de una sola prestación (la cuota), que es necesariamente variable, aunque según las normas legales debe ser, al menos, suficiente para cubrir los riesgos. Que la mutua no es una sociedad y, por tanto, no hay en ella beneficio social, sino solamente «excedente» de ejercicio, que debe ser restituido al final del mismo a los mutualistas para evitar los problemas de su distribución (que estudia a continuación DEL CAÑO), puesto que, en definitiva, tal excedente es debido a «excesos de percepción» cobrados por adelantado a los mutualistas.

Queremos destacar que para estos autores «primas fijas» no es un

(40) BROSETA PONT, M., *Manual*, 2.ª ed., cit., págs. 328-329.

(41) DEL CAÑO ESCUDERO, F., *Derecho español de seguros*, 2.ª ed., Madrid, 1974, págs. 54 y sigs.

(42) *Ob. cit.*, págs. 79-80.

concepto idéntico a «tarifas fijas, técnicas o predeterminadas», sino que equivale a «precio» inmodificable, especulativo, contraprestación sinálgmática de un contrato bilateral de seguro. Con lo que se admite que a pesar de no perseguir una finalidad de lucro (como se reconoce en la frase del primer párrafo transcrito de DEL CAÑO intercalada entre paréntesis), la mera explotación técnica del seguro convierte a las mutuas en sociedades y, además, precisamente en sociedades mercantiles. En nuestra opinión, aquí se produce una tergiversación del artículo 124 del Código, cuando se refiere a operar con «primas fijas» en el sentido de explotación lucrativa o especulativa del seguro (43).

Más recientemente, el profesor ILLESCAS se une a la tesis mercantilista al relativizar la contraposición en cuanto a calificación jurídica entre seguro mutuo (que sólo «inicialmente» fue civil) y el seguro de

(43) La expresión «prima fija» había sido correctamente interpretada hasta que LANGLE pretende que no es correcta diciendo que algunos autores entienden que el precepto se refiere a «primas predeterminadas». Sin que veamos con claridad la diferencia conceptual entre ambas expresiones. Prima fija—o predeterminada o inmodificable—es la prestación que recibe el asegurador en el seguro lucrativo. Prima variable (con cuotas o tarifas a cuenta fijas) es la propia del seguro mutuo, sin que pueda admitirse la distinción entre mutualismo puro e «impuro» (o de gestión técnica) por conducir a conclusiones erróneas sobre su pretendida distinta naturaleza jurídica.

El concepto de prima fija es correctamente entendido por BENÍTEZ DE LUGO (*ob. cit.*, v. IV, pág. 184) cuando dice: «Es lo cierto que en la actualidad existen múltiples mutuas que conciertan sus seguros «a prima fija» por medio de póliza, lo que, lógicamente y en normal desarrollo de su cartera, les produce beneficios. Además estos asegurados se limitan a firmar la póliza y contraen las obligaciones que les impone la misma, si bien suponemos que conforme a los Estatutos sociales asumen el carácter de aseguradores frente al resto de los mutualistas. ¿Podrán subsistir estas operaciones a la vista de la Ley de 1954? Nos inclinamos por la afirmativa, si bien estimamos debe irse a una revisión por la Dirección General de Seguros y Ahorro de los Estatutos sociales y de las pólizas hoy vigentes. Decimos esto último porque el artículo 33 del Reglamento de 1912 nos aclara exactamente qué es lo que quiere decir el legislador al exigir que no sea la operación de seguro objeto de industria para la colectividad aseguradora, al afirmar que solamente debe cobrar lo necesario para constituir las reservas precisas y para los gastos generales de administración...» Y concluye confiando en que «el futuro Reglamento (aún no promulgado) aclare la cuestión, regulando los requisitos que han de cumplir las mutualidades que operen a prima fija». Por último, observemos que si el Código civil italiano admite el funcionamiento de las mutuas con cuotas («contributti») fijas o variables (art. 2.546) dentro del límite máximo de responsabilidad determinado en la escritura de constitución, es precisamente porque, como ha puesto de relieve importante doctrina (ver notas 3 y 13), el legislador italiano ha «desnaturalizado» en parte a las mutuas, como las cooperativas, admitiendo la obtención, siquiera sea limitada, de beneficios sociales repartibles (arts. 2.548, que admite la presencia de «socios» no asegurados—«soci sovventori»—, y art. 2.518, apartado 9, que exige mencionar en los estatutos el porcentaje máximo de beneficios repartibles y el destino a dar al resto).

Sobre el concepto de prima fija ver, en especial, la doctrina francesa citada en nota 3.

grupo, que es mercantil, en base al artículo 2, y a consistir en una «actividad externa» (o especulativa, podríamos añadir) del empresario de seguros (44).

1.3.4.2. Razones para la calificación civil de las mutuas de seguros

No compartimos, en suma, esta interpretación o tesis mercantilista. El funcionamiento *financiero, técnico y contable* de las mutuas establecido en la Ley de Seguro Privado (tarifas fijas, depósito, reservas, etc.) no supone forzosamente la imposición de primas fijas. La entidad debe someter a aprobación previa las tarifas, al igual que las sociedades anónimas, con el fin de asegurar—si se nos permite el retruécano—una gestión «segura» de la actividad aseguradora, de acuerdo con los cálculos actuariales. Mas ello no impide que el posible excedente que resulte de cada ejercicio, una vez cubiertas las indemnizaciones por siniestros ocurridos en el mismo y las asignaciones a reservas obligatorias, pueda ser retornado o «extornado» a los mutualistas, bien directamente, al final de cada ejercicio, o bien indirectamente, mediante la reducción de las tarifas presentadas a aprobación administrativa en sucesivos ejercicios. A este reparto anual no se opone la necesidad de capitalización de la mutua, que queda suficientemente atendida con las tarifas pagadas anticipadamente para cada ejercicio, con las reservas de previsión de riesgos futuros y con las reservas matemáticas en el seguro de vida, que, como es sabido, no constituye una reserva o fondo social, sino una reserva o cuenta de cada asegurado o, en las mutuas, de cada mutualista.

Esta es la práctica de todas las mutuas de seguros, práctica que hay que reconocer como legal, pues de lo contrario la inspección de seguros la sancionaría e impediría. Por otro lado, la propia legislación, en los casos en que establece tarifas generales obligatorias para todas las entidades aseguradoras, se preocupa de hacer la oportuna aclaración en cuanto a su significado para las mutuas de seguros. Así, en el caso del Seguro Obligatorio de Automóviles, el artículo 8 del Reglamento, aprobado por Decreto 3787/1965, de 19 de noviembre, en relación con el Decreto 1199/1965, de 6 de mayo, en la letra *ch*), que lo modifica, hace la siguiente aclaración:

«La tarifa será única en cuanto a la prima de riesgo y obligatoria para todos los aseguradores, sin perjuicio del margen de competencia que se establezca y de las derramas y extornos que puedan acordarse en el seno de las sociedades mutuas.»

(44) ILLESCAS ORTIZ, R., *El seguro colectivo o de grupo*. Sevilla. 1975, páginas 28-29.

1.3.5. *Implicaciones de la crítica a la «tesis mercantilista» sobre las mutuas*

El tema de la naturaleza jurídica de las mutuas tiene evidente interés desde un doble punto de vista.

Desde el punto de vista técnico-jurídico es claro que hemos de afirmar que *las mutuas de seguros, para ser verdaderas mutuas, no pueden operar a prima fija, en el sentido al que se refieren los artículos 124 y 380 del Código de Comercio*. O sea, ejerciendo su actividad como una «industria»—según dice el artículo 12 de la Ley de Seguro Privado—, asumiendo un riesgo de pérdidas, pero realizando un beneficio en la intermediación de la actividad aseguradora. No se ve de qué forma podría distribuirse o asignarse este posible beneficio si no es mediante el reparto de «extornos» o, con expresión más próxima a las cooperativas, «retornos» de los «excesos de percepción» cobrados a los asociados. En conclusión, las mutuas, que, como decimos, *necesariamente trabajan a prima variable*, es claro que en ningún caso *de lege lata* pueden ser calificadas como mercantiles. La conclusión no nos agrada, como tampoco hemos aprobado nunca la exclusión de las cooperativas del Derecho mercantil. Pero es evidente que para cambiar esta situación ha de intervenir el legislador derogando el artículo 124.

Tan sólo en materia de contabilidad, el artículo 18 de la Ley de Seguro Privado somete a las mutuas a la obligación de llevar los libros exigidos por el Código de Comercio. Pero esta obligación no creemos que baste a transformar la mutua en empresario mercantil, sometiéndola, por ejemplo, en caso de incumplimiento del deber de contabilidad, al régimen de la quiebra fraudulenta (45). Al igual que opinábamos antes de la Ley de Cooperativas de 1974 respecto de la misma obligación impuesta a las cooperativas de crédito por las Ordenes del Ministerio de Hacienda de 27 de diciembre de 1967 y 14 de junio de 1968 (46).

(45) El argumento es invocado por SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones*. 4.ª edición, cit., pág. 132.

(46) El artículo 10 de la Orden de 7 de diciembre de 1967 establece: «la contabilidad de las Cooperativas de Crédito se llevará a cabo con sujeción a las prescripciones del Código de Comercio, y se acomodará, en su estructura, a las normas o instrucciones que en cada caso se establezcan». El mismo artículo de la Orden de 14 de junio de 1968 sobre Cajas Rurales hacía la precisión de que «... se llevará con sujeción a lo dispuesto en la Ley de Cooperación y a las prescripciones del Código de Comercio».

Al publicarse estas Ordenes se podía preguntar si esta remisión al Código de Comercio comportaba la aplicación de todo el régimen jurídico privado de la contabilidad mercantil, o sea, las normas relativas a la especialidad de la prueba (antiguo art. 48) o al sometimiento a la quiebra y quiebra fraudulenta. La res-

El mismo alcance atribuimos a la inscripción prevista en el artículo 16, apartado 5.º, del Código de Comercio, modificado por Ley de 21 de julio de 1973. Esta inscripción ya estaba prevista en disposiciones legales anteriores para personas físicas y jurídicas que no eran comerciantes, y—a diferencia del Derecho alemán—por sí misma no puede transformar el estatuto jurídico de la entidad inscrita. Así ocurría cuando una persona jurídica cualquiera emitía obligaciones de acuerdo con la Ley de 24 de diciembre de 1964, o cuando formaba parte de una sociedad de empresas, en base a la Ley de 28 de diciembre de 1963, un agricultor o un artesano.

El estatuto jurídico de empresario mercantil, según nuestro Código de Comercio, no se adquiere por la inscripción (a diferencia de lo que ocurre en algunos casos en Derecho alemán), sino que nace en virtud de hechos exteriores al Registro reconocidos en la ley: actividad profesional, industrial o comercial realizada por personas físicas con la capacidad de obrar del artículo 4 del Código de Comercio (y salvo la problemática excepción del art. 5 del mismo) y por sociedades personalistas, y forma o tipo social adoptado en el caso de sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada (47).

La inscripción de quienes no son empresarios mercantiles no atribuye, pues, ni el estatuto de comerciante ni los efectos de publicidad material, legitimación, etc., sino sólo una mera publicidad formal.

La infracción de la obligación de inscripción, en tal caso, como en el caso anterior de la obligación de llevanza de libros de comercio, sólo sería, en principio, la imposibilidad de inscribir los actos jurídicos admitidos excepcionalmente a inscripción en el Registro Mercantil por leyes especiales (por ejemplo, la emisión de obligaciones, regida por la Ley de 24 de diciembre de 1964) y posibles sanciones administrativas.

Otra consecuencia necesaria de nuestra tesis de que la mutua no es sociedad mercantil se refiere al régimen de su nacimiento como persona jurídica. Ciertamente, como apunta DEL CAÑO, la mutua existe o debe

puesta entonces debía ser negativa, dado el rango normativo de estas disposiciones.

Ahora, tras la reforma del régimen de la contabilidad mercantil por Ley de 21 de julio de 1973, el sometimiento al mismo debemos verlo con mayor amplitud, sobre todo por lo que se refiere a los principios de la contabilidad: claridad, exactitud, veracidad, y su corolario, la responsabilidad. Con la extensión de la quiebra a las cooperativas producida en la Ley de cooperativas de 1974 (apartado 2.4), cabe concluir que la inobservancia de la obligación de contabilidad de acuerdo con el Código podrá determinar la calificación de quiebra culpable o fraudulenta, según los casos.

(47) El argumento de la posible inscripción de la mutua en el Registro mercantil es defendido por el Profesor SÁNCHEZ CALERO en relación con las cooperativas (*Instituciones*, 4.ª ed., pág. 132). Analizamos críticamente este argumento en el siguiente epígrafe del trabajo.

existir como persona jurídica *antes* de solicitar autorización del Ministerio de Hacienda para iniciar su actividad aseguradora (48). Pero si la mutua no es una sociedad mercantil, es inadecuado afirmar, como hacen los autores citados, que para su constitución es necesario el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil (49). El Reglamento del Registro Mercantil (que, por otro lado, en tantas ocasiones ha intentado dar una especie de «interpretación auténtica» del Código de Comercio guiado por prejuicios o tesis doctrinales), en su artículo 84, 3.º, prevé la inscripción en el Registro de las mutuas «cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o se conviertan en sociedades a prima fija». Pero, como hemos dicho, tales mutuas no existen más que como un fenómeno jurídico patológico. O sea, que el artículo 84, 3.º, del Reglamento del Registro Mercantil constituye estricta aplicación del artículo 124 del Código de Comercio.

Para la constitución de las mutuas no es necesaria, pues, la inscripción en el Registro Mercantil. ¿Será necesaria su inscripción en el Registro de Asociaciones del correspondiente Gobierno civil? En nuestra opinión, correctamente interpretada la Ley de Asociaciones de 1964, sólo tiene como destinatarias a las asociaciones de interés público cuyos fines sean culturales, religiosos, recreativos, científicos o ideológicos. Las mutuas de seguros, en nuestra opinión, son «asociaciones de interés particular» y, de acuerdo con el artículo 36 del Código civil, se rigen por las normas de las sociedades. Como ya hemos visto que no son sociedades mercantiles, habremos de acudir a las normas de la sociedad civil. Pues bien, según el Código civil, la personalidad jurídica nace en todas las sociedades civiles con tal que se manifiesten como tales a los terceros (cfr. a. c. s. el art. 1.669) y sin ningún requisito, ni siquiera el de escritura pública, a no ser que se aporten bienes inmuebles (art. 1.667). Cuestión distinta es que a los efectos de solicitud de autorización para el ejercicio de su actividad deba acreditar fehacientemente su constitución, para lo cual o bien se constituirá en escritura pública o bien se

(48) DEL CAÑO, *ob. cit.*, pág. 76.

(49) CARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, cit., pág. 33, donde dice: «las mutualidades gozan de personalidad jurídica una vez inscrita en el Registro mercantil su escritura de constitución (art. 116 del Código de Comercio, art. 5.º de la Ley de 17 de julio de 1951 y art. 5.º de la Ley de 17 de julio de 1953)». No se comprende, en realidad, la invocación de estos textos legales en relación con las mutuas.

SÁNCHEZ CALERO (*Instituciones*, cit., pág. 260): «Ha de otorgarse escritura o inscribirse en el Registro mercantil. Pero para poder actuar lícitamente ha de obtener la autorización administrativa pertinente e inscribirse también en el Registro especial de los empresarios de seguros del Ministerio de Hacienda» (ver artículos 85 del RRM y arts. 4 y 16 de la LSP). Ver también BROSETA, *Manual*, citado, pág. 329, y DEL CAÑO, *ob. cit.*, pág. 76.

protocolizará el contrato o documento privado de su constitución, así como sus Estatutos.

Otra consecuencia necesaria de la tesis que defendemos es la de que los contratos estipulados por las mutuas de seguros con sus socios—sin entrar ahora en si puede o no distinguirse un doble contrato, asociativo y de seguro—no son mercantiles, sino civiles. En efecto, el artículo 380 del Código de Comercio establece:

«Será mercantil el contrato de seguro si fuere comerciante el asegurador y el contrato a prima fija, o sea, cuando el asegurado satisfaga una cuota única o constante como precio o retribución del seguro.»

Tal como hemos demostrado, las mutuas no son empresarios mercantiles precisamente porque tampoco operan a prima fija. Las «derramas pasivas» y «extornos de excedentes» hacen que las «tarifas» que aplican sean mera «cuota a cuenta». Las imprecisiones del Reglamento de 1912 no pueden desvirtuar este rasgo esencial de las mutuas. Por tanto, en la medida en que sus contratos no pueden ser especulativos, no son mercantiles (50).

(50) La Sentencia del Tribunal Económico Administrativo de 10 de octubre de 1951 (que, citada por el Profesor GARRIGUES en su *Contrato de seguro terrestre*, cit., pág. 52, no hemos encontrado recogida en el *Rep. Aranzadi*) entiende que el artículo 380 del Código se refiere a prima fija en el sentido de «cuota única o constante». La Sentencia del T. S. Sala 4ª, de 20 de septiembre de 1963 (artículo 3.968) aparece invocada también por GARRIGUES para destacar como característica de la mutua la «exclusión del ánimo de lucro, no incompatible con la aplicación de las reglas técnicas actuariales».

Pero, en realidad, como advierte el eminente Profesor, la Sentencia se refiere a una Mutualidad o Montepío libre, que no hay que confundir con las mutuas de seguros de naturaleza privada. En efecto en esta Sentencia se resolvió el siguiente asunto: La Dirección General de Previsión del Ministerio de Trabajo aprobó los Estatutos de la Mutua Nacional de Previsión del Riesgo Marítimo por Resolución de 20 de mayo de 1944, y por nueva Resolución de 17 de enero de 1960 aprobó determinadas reformas en aquellos. El Sindicato de Seguro impugna esta segunda resolución por entender que desnaturaliza el carácter benéfico-social que debe revestir la Mutualidad.

En el segundo considerando el T. S. estima que «al analizar la raíz común de los ataques a los diversos artículos estatutarios, objeto de la presente impugnación, aparece el rechazo del carácter mutualista de las operaciones que regulan; y para ponderar la diferencia existente entre los contratos de seguro civil y mercantil, objeto, el primero, del artículo 1.791 y concordantes del Código civil y el segundo del artículo 380 del Código de Comercio, en relación con la Ley de 16 de diciembre de 1954, de una parte, y de otra, con las actividades mutualistas protegidas por la Ley de 6 de diciembre de 1941 y su Reglamento (es decir, no las mutuas privadas reguladas en la LSP), son de aceptar para éstas los rasgos señalados por el recurrente de vinculación limitativa y mutualista, tipificada en alguna característica de los asociados y de exclusión del ánimo de lucro, no incompatible con la aplicación de las reglas técnicas empresariales (¡he ahí la frase destacada por la doctrina!); pero sin rechazar el prin-

Desde *un segundo punto de vista, el ideológico*, el tema nos preocupa mucho más. El objetivo social de las mutuas, como es obvio, es suprimir al intermediario en la mutualidad económica en que consiste el seguro, adecuando el Derecho a las verdaderas realidades de la vida. O sea, las mutuas aspiran a hacer una competencia «ruinosa» a las compañías de seguros (51), y en este sentido debe afirmarse su íntima pertenencia al movimiento o al «sector» cooperativo. Pues bien, si «doctrinalmente» se extiende la convicción de que las mutuas tienen que trabajar a prima fija, ello quiere decir tanto como que en caso de obtenerse excedentes no pueden o, si se prefiere, no están obligadas a redistribuirlos y, en consecuencia, no pueden ofrecer a sus socios ninguna ventaja con res-

cipio de una prudente limitación de las prestaciones, ha de ligarse aquélla al respeto de la finalidad mutualista y no a la fijación numérica del importe pecuniario de las prestaciones, imposible de determinar de un modo rígido, apriorístico e indefinido.. » Por lo cual no prospera el recurso en cuanto al artículo 54 de los Estatutos.

Por el contrario, el considerando cuarto admite la impugnación del nuevo artículo 9.º de los Estatutos en cuanto que «amplía sin base legal alguna el preciso ámbito de acción de la Mutua en punto a las embarcaciones asegurables que según la Ley de 18 de octubre de 1941 son sólo las de las listas tercera y cuarta de la inscripción marítima y no las de la lista quinta, que se refiere a las «embarcaciones de recreo» *ajenas por su finalidad y característica al profesionalismo naval que cualifica el nexo mutualista para el que se creó la Mutua*».

También se admitía la impugnación de los artículos que preveían el reaseguro de los riesgos asumidos por las Mutuas Locales a cargo de la Mutua Nacional, por infringir el artículo 43 del Reglamento de Mutualidades de 1943 que reserva a las Federaciones de Montepíos y Mutualidades el reaseguro de los riesgos asumidos por las entidades federadas.

Como vemos, la *Sentencia analizada no tiene ninguna aplicación al tema de la mercantilidad del seguro mutuo*. En ella se contrapone el seguro privado, civil o mercantil, a la seguridad social o «benéfica» en la que participa el Estado con su aportación financiera, que justifica su mayor control sobre ellas. De ella sólo puede desprenderse que la técnica de gestión asegurativa empresarial, con reglas técnicas actuariales, *no prejuzga para nada la naturaleza jurídica de la relación surgida entre asegurador y asegurado*, que es precisamente lo que venimos afirmando insistentemente.

(51) Probablemente el Profesor GARRIGUES sobrevalora la aproximación por él destacada entre las dos formas de explotación del seguro, mutua y lucrativa, por el hecho de que las mutuas trabajan a prima fija y las sociedades de seguros a veces (muy pocas) dan participación en los beneficios a sus asegurados (ver *Contrato de seguro terrestre*, cit., págs. 29-30). En igual sentido, también DONATI, *ob. cit.*, págs. 205 y 206. En nuestra opinión, la relativa postergación de las mutuas se debe a muy diversas causas, entre las que destacan la expansión de la seguridad social y la política estatal que tiende a favorecer a las compañías de seguros. Ver, como botón de muestra, la política fiscal, nota 51 bis. Sólo así se explica que no se haya cumplido el vaticinio de VIVANTE de que las mutuas sustituirán a las sociedades lucrativas (*Trattato*, cit., pág. 411).

Sobre los antecedentes del movimiento mutualista, como asociación de consumidores o asegurados, ver MANES, *ob. cit.*, págs. 173 y sigs; DONATI, *ob. cit.*, páginas 55 y sigs. y 205, que sitúa la aparición de las verdaderas mutuas de seguros, a diferencia de las primitivas, en oposición a la sociedad anónima de seguros.

pecto a los aseguradores capitalistas. Tanto da, en definitiva, asegurarse en una mutua como en una compañía. El significado anticapitalista de las mutuas queda diluido.

Si la doctrina mercantilista condujera a estas consecuencias prácticas—extremo que nos resistimos a creer—es evidente que no podría calificarse, aquí como en otros puntos, como una doctrina socialmente progresista. Por el contrario, la esencia de la mutua como institución anticapitalista debe ser puesta de relieve, a pesar de que una parte importante de los riesgos que en siglos anteriores fueron objeto de su actividad asegurativa hayan pasado a estar cubiertos por la seguridad social o pública. Pero es evidente que los actuales anhelos de un mayor bienestar han ampliado los deseos de seguridad y han hecho aparecer en el «mercado» del seguro privado una serie de riesgos que son el campo natural de expansión de las mutuas (seguro de vida, seguro de automóviles, seguro de riesgos del hogar, seguro de vacaciones, seguro de estudios, etc.).

Es obvio, por lo demás, que si queremos propiciar una alternativa democrática y socialista frente al neocapitalismo, debemos dinamizar las instituciones privadas anticapitalistas, que sustituyan, en un proceso inverso al que ha caracterizado al capitalismo, las relaciones o contratos de cambio por relaciones asociativas, y que colaboren en un frente común con las instituciones públicas en una transformación pacífica del sistema. Esta era la idea, formulada por FAUQUET, de un «sector cooperativo», que apoyándose mutuamente en el «sector público» podría hacer frente al «sector capitalista» (51 bis).

No ocultamos que la tesis que defendemos en el campo del Derecho privado está llena de consecuencias o implicaciones políticas—o, si se prefiere, de política legislativa—. Si las mutuas no operan a prima fija (sino con tarifas fijas o técnicas) es que no son sociedades, no obtienen un beneficio social de ejercicio repartible y no distribuyen dividendos con cargo a tales beneficios. Consecuencia de ello también es que, como hemos demostrado, de acuerdo con nuestro Derecho positivo, no son sociedades mercantiles.

Por último, si es cierto que no realizan un beneficio social, es técnicamente incorrecto someterlas al Impuesto sobre la Renta de Sociedades y otras Personas Jurídicas. Máxime si para ello se incurre en el absurdo procedimiento de tomar como base imponible no la presunta «renta», sino el conjunto de «primas» recaudadas, o sea, lo que serían los «ingre-

(51 bis). FAUQUET, G., «Le secteur coopératif» y «Regards sur le mouvement coopératif», en *Oeuvres*. Ed. de l'Institut d'Etudes Coopératives, Paris, 1965, páginas 33 y sigs.

sos brutos» de una sociedad normal. En efecto, el artículo 52 del Texto Refundido de este Impuesto establece (51 ter):

«Los tipos de exacción sobre las primas de los seguros efectuados en España por las entidades mutuas de seguros, cualquiera que fuere su beneficio, serán los siguientes:

- a) 1,30 por 100 en los ramos de vida, accidentes, marítimos y transportes.
- b) 4,10 por 100 en el ramo de incendios y en los demás cuyo fin sea la reparación e indemnización de daños y perjuicios en las cosas o propiedades.»

Es evidente que esta norma tributaria está en clara contradicción con la naturaleza del Impuesto, ya que, según el artículo 4 del mismo Texto Refundido, «constituye el hecho imponible la existencia de *rentas o beneficios netos* obtenidos durante el período de imposición...», y va en contra del artículo 25 de la Ley General Tributaria, que en su párrafo 1.º

(51 ter) Los tratadistas de Derecho fiscal reproducen el artículo 52 del TR. del Impuesto de Sociedades sin oponerle ninguna crítica. Así, ALBIÑANA, C., *El sistema fiscal en España*, Madrid, 1974, pág. 470; SOTO GUINDA, J., *Tributación de las sociedades en España*, Madrid, 1.ª ed., 1970, pág. 274.

YABAR STERLING, M.ª T., y GATOÓ DE ECHARRI, J., «Impuesto de sociedades sobre primas de seguros», *Crónica Tributaria*, núm. 7/1974, págs. 189 y sigs., someten a crítica la Sentencia del T. S. de 16 de junio de 1973 por calificar el seguro obligatorio de automóviles como seguro de personas; y estiman que lo correcto según la Ley era someter las mutuas dedicadas a este seguro al tipo del 4,10 por 100 sobre el volumen de primas. Pero no apuntan ninguna crítica al contenido y estructura jurídica del precepto, ni les preocupa la trascendencia económico-social de su—correcta—aplicación. No en balde los autores son diplomados de Impuestos.

Tampoco, al estudiar el tema de la exención de las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo (su diferenciación de las mutuas privadas en nota 27), se hace la menor crítica a la tributación normal (no exenta) de las mutuas. Ver ANDRÉS MOMBIEDRO, R., «La tributación de las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo por el Impuesto de Sociedades», *Crónica Tributaria*, núm. 13/1975, páginas 231 y sigs.: El T. S., Sala 3.ª, en Sentencia de 15 de febrero de 1971 declaró exigible el impuesto a estas «Mutuas» gestoras de la Seguridad Social al no venir reconocida su exención en el artículo 10 del Texto Refundido del Impuesto. Pero el T. R. de la Ley de Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 (*Boletín Oficial del Estado* de 20 de julio) declara subsistente la exención, lo que confirman las SS. del T. S. de 15 y 16 de abril de 1975. Naturalmente, la «exención» es debida a los fines públicos propios de la Seguridad Social y presupone el sometimiento al impuesto, o sea, el hecho imponible.

Por último, FERNÁNDEZ JUNQUERA, M., *La tributación del seguro privado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1975, págs. 61-63, critica el régimen de aplicación del Impuesto sobre Renta de Sociedades por su «falta de sistemática» y por quebrantar los principios de generalidad tributaria y de capacidad contributiva, tanto en la diferencia de trato con las compañías de seguros como en la que se observa entre las dos categorías de mutuas, pero estima que la determinación de cuál de los dos sistemas es más favorable resultará de la comparación

dice que «el Impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica o económica del hecho imponible». Por otro lado, bajo la apariencia de una aplicación del principio de igualdad de las empresas de seguros ante la Ley Tributaria, en realidad lo que hace es gravar el coste del seguro mutuo, haciéndolo inicialmente más «caro» que el seguro ofrecido por las compañías capitalistas. Es, en suma, un freno que el Estado capitalista—en España, como en otros países—opone a la expansión del seguro mutuo en beneficio del seguro lucrativo, que se añade a las repetidamente denunciadas deficiencias de la gestión de las mutuas por parte de los juristas próximos a las compañías aseguradoras.

Así se comprende, en el fondo, que la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a) de 16 de junio de 1973 fuerce la naturaleza del Seguro Obligatorio de Automóviles, afirmando, con evidente incorrección, que se trata de un seguro de personas, de abstracta cobertura de necesidad, como el de vida, con el fin de someter a la Mutualidad de Autotransporte al tipo del 1,30 por 100 (art. 52, apartado *a*), del Texto Refundido), y no del 4,10 por 100 (art. 52, apartado *b*), del Texto Refundido), sobre el volumen de primas recaudadas, pues lo cierto es que de aplicarse este segundo tipo, con un mayor respeto a la norma tributaria, se habría infligido un fuerte golpe a las mutuas dedicadas a la previsión de estos riesgos.

Por otro lado, si no se descarta que la mutua de seguros sea una sociedad que puede obtener «beneficio», parece que la Hacienda Pública podrá someter al Impuesto sobre Rentas del Capital los «extornos» que se acuerde devolver a los socios, en caso de producirse excedentes entre el volumen de «primas» y el de indemnizaciones. Ver Texto Refundido de este Impuesto, artículo 3, apartado A), que se refiere a «dividendos y participaciones de sociedades, de asociaciones que obtengan lucro...», en relación con el artículo 13, 1.º, teniendo en cuenta que no existe prevista ninguna exención (no le es aplicable la concedida para las cooperativas fiscalmente protegidas y «entidades equiparadas a las mismas», artículo 6, 5.º).

Una inmediata supresión de este injusto y absurdo régimen tributario, junto a una política de fomento al seguro mutuo, parece que deben formar parte de un programa político progresista, que aspire a suprimir en lo posible las fuentes de producción de plusvalía y de más intolerable explotación de los consumidores. Junto a ello, el futuro régimen legal de las mutuas debe respetar la naturaleza de éstas y los intereses de los asegurados.

de la relación primas-beneficio. Y postula que deban someterse al mismo gravamen las sociedades anónimas y las mutuas, *puesto que ambas obtienen beneficios*.

2. LA CALIFICACION DE LA COOPERATIVA SEGUN LA NUEVA LEY DE COOPERATIVAS DE 19 DE DICIEMBRE DE 1974

2.1. DESATENCIÓN DEL LEGISLADOR A ESTE IMPORTANTE TEMA

Teniendo en cuenta la polémica doctrinal en torno a la calificación de la cooperativa, tanto *de lege lata* como *de lege ferenda*, podía esperarse del legislador de 1974 una solución clara y tajante al problema, decidiéndose por su sometimiento o exclusión del estatuto de empresario mercantil. Como veremos, ello no ha sido así. El tema puede tratarse en relación con tres pasajes de la ley: en la definición del concepto de cooperativa, en la inscripción de la cooperativa en el Registro Mercantil y en su sometimiento a la quiebra y suspensión de pagos (arts. 1, 41 y 46, párrafo 6.º, respectivamente, de la ley).

2.2. EL CONCEPTO LEGAL DE COOPERATIVA

El artículo 1 de la nueva Ley de Cooperativas dice:

«Es cooperativa aquella sociedad que sometiéndose a los principios y disposiciones de esta ley realiza, en régimen de empresa común, cualquier actividad economicosocial lícita para la mutua y equitativa ayuda entre sus miembros y al servicio de éstos y de la comunidad.»

Esta definición, a la que se llegó tras un largo debate en la Comisión de Trabajo de las Cortes, nos da un concepto de la cooperativa bastante oscuro, que no ha alterado sustancialmente la definición del Proyecto, cuyo artículo 1 decía así:

«Es cooperativa aquella sociedad de personas naturales o jurídicas que se somete a los principios y disposiciones de esta ley para realizar, en régimen de empresa en común, al servicio de sus miembros y de la comunidad nacional, cualquier actividad económica lícita.»

Pero en realidad la ponencia había suprimido algunas expresiones, muchas de las cuales fueron reincorporadas al texto ante las reiteradas intervenciones de algunos Procuradores miembros de la Comisión de Trabajo. Por ejemplo, la expresión «de personas naturales y jurídicas», que

había sido suprimida; la de «al servicio de sus miembros», y la de que la «actividad económica» ha de ser sustituida por «economicosocial» y será «lícita» (52).

De nuevo, como ocurría en la Ley de 1942, la sumisión a los «principios y disposiciones de esta ley» expresa la impotencia del legislador para extraer de su regulación positiva las notas esenciales del concepto. Es más, la desaparición en el Proyecto del Gobierno de la expresión «sin ánimo de lucro», que figuraba en la Ley de 1942 (en el sentido del lucro propio de la intermediación, como precisaba el Reglamento de 1943), no creemos que haya sido un acierto. Porque esta expresión, al menos, suponía cierta precisión jurídica, que, sin embargo, la doctrina jurídica se había negado a utilizar en la construcción del concepto doctrinal de la cooperativa. En nuestra opinión, dicha expresión comportaba en sí misma el reconocimiento de que la cooperativa no era sociedad, pues no se constituía para obtener un lucro o beneficio social repartible entre sus socios, sino sólo para desarrollar una actividad al servicio de éstos. Sin perjuicio de la ausencia de ánimo de lucro de la cooperativa, en los socios sí que existía un ánimo de lucro (o de ahorro), que es lo que diferenciaba a las cooperativas, como a las mutuas, de las asociaciones de interés público (las reguladas por la Ley de 24 de diciembre de 1964). Las intervenciones de diversos miembros de la Comisión de Trabajo no bastaron para lograr la suficiente mayoría y ni siquiera se llegó a someter a votación la inclusión de la expresión «sin ánimo de lucro» o «sin ánimo de especulación», como en la segunda sesión de intervenciones preferían algunos Procuradores (53).

Así, la señorita doña MÓNICA PLAZA advertía, en relación con la definición, que «algunos de los caracteres que señala el artículo 2 creo que si estuviera aquí cualquier Presidente de Consejo de Administración de Banco diría que también eso lo llevan ellos a cabo. Creo que hacemos un favor al pueblo, que es el que más va a contribuir y beneficiarse de las cooperativas, si establecemos claramente alguna referencia a este lucro, a este no perseguir el lucro» (54).

A continuación, el señor SÁNCHEZ MORENO insistió en la idea, afirmando que si «a las cooperativas les quitamos el concepto 'sin ánimo de lucro', en realidad las estamos dejando igual que una empresa capitalista» (55). Más adelante, el señor MOMBIEDRO DE LA TORRE destacaba, con

(52) Ver *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*. «Diario de Sesiones de las Comisiones de Cortes», Comisión de Trabajo, 1974, *Boletín* núm. 358, págs. 25 y sigs.

(53) Ver «Diario de Sesiones» núm. 360, pág. 6.

(54) Ver «Diario de Sesiones» núm. 358, pág. 27.

(55) «Diario de Sesiones» núm. 358, pág. 29.

gran precisión, que «la sociedad mercantil busca un lucro para ella y, en cambio, la sociedad cooperativa busca el beneficio para el socio» (56), y fue secundado por don DOMINGO SOLÍS, quien afirmaba que la cooperativa «no puede reflejar un beneficio en su contabilidad», afirmando, sin duda equivocadamente, que «no tenemos obligación de contribuir (fiscalmente) porque no hay beneficios» (57).

En la misma idea insistieron otros Procuradores. El señor SÁNCHEZ MORENO afirmaba que «las sociedades con ánimo de lucro son las sociedades capitalistas, son las sociedades mercantiles, son las sociedades del Código de Comercio. Si admitiéramos que las sociedades cooperativas tienen ánimo de lucro, irremisiblemente teníamos que llevarlas al Código de Comercio. No serían objeto de una ley especial, sino que tendríamos que llevarlas al Código de Comercio concretamente y hacerlas sociedades mercantiles, sociedades capitalistas, que especulan para ganar. Como en realidad una cooperativa se distingue de una sociedad mercantil, de una sociedad capitalista, en que no pretende el ánimo de lucro, sino beneficiar a los socios y a la comunidad, raramente podemos admitir que en las cooperativas haya ánimo de lucro» (58).

Otros Procuradores, sin embargo, insistieron en que las cooperativas persiguen un lucro o beneficio lícito u honesto para sus socios y advirtieron que en este punto mantener lo contrario es un tanto ingenuo (59).

(56) «Diario de Sesiones» núm. 358, pág. 34.

(57) «Diario de Sesiones» núm. 358, págs. 36 y 37. En realidad, el Estatuto fiscal del cooperativismo, aprobado por Decreto 888/1969, de 9 de mayo, reputa la existencia de un beneficio o renta en las cooperativas, sometido a Impuesto sobre la renta de sociedades y otras entidades jurídicas. Las únicas especialidades que reconoce es que, en relación con las cooperativas no protegidas fiscalmente, se califican como gastos deducibles de los ingresos brutos las cantidades pagadas a los socios por sus cosechas o trabajo (incluyendo anticipos más retornos) hasta el «valor corriente», o sea, su valor a precio de mercado, y las asignaciones a los Fondos de Reserva y de Obras Sociales (art. 14). En relación con las cooperativas fiscalmente protegidas se concede una exención durante diez años y después una bonificación del 50 por 100 de la cuota tributaria.

En definitiva, el legislador fiscal entiende que, en la parte de ingresos que superen la cantidad correspondiente a los «precios de mercado» (parece que quiere decir los «precios» que pagan los comerciantes, por ejemplo, a los agricultores), o sea, lo que ganaría como beneficio comercial de intermediación un comerciante, no es un ingreso directo de los socios, sino un ingreso social y en cuanto tal sometido al impuesto. No creemos que este régimen fiscal corresponda a la naturaleza de la cooperativa y atienda debidamente al fomento del cooperativismo.

Ver sobre el tema: DEL ARCO ALVAREZ, J. L., *Régimen fiscal del cooperativismo*, Obra Sindical de Cooperación, Madrid, 1969, págs. 140 y sigs., donde defiende la existencia de beneficio social en las cooperativas y, con ello, el régimen tributario del Estatuto de 1969. VICENT CHULIÁ, F., *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, 1971, págs. 579 y sigs.

(58) «Diario» núm. 358, pág. 38, e insistiendo en su segunda intervención, número 360, pág. 4.

(59) Así, lo señores MARCO TABAR, núm. 358, pág. 33; TORO ORTÍ y ESCUDERO RUEDA.

La ponencia (señor MERINO GARCÍA) al contestar no estimó conveniente añadir la expresión «sin ánimo de lucro», porque podría hacer dudar si realizando «el beneficio lógico que se ha de producir alguien viniera a decir que se está fuera de la ley, y que no es admisible que la cooperativa tenga el beneficio del trabajo de sus socios o bien que evitar la intermediación les suponga perder un beneficio al que tienen derecho» (60). Y en su segunda intervención añade que «la inclusión de la frase 'sin ánimo de lucro, sin ánimo especulativo', casi podríamos sustituirla por 'sin ánimo de ganancia ilícita', que vendría a originar una serie de posibilidades de presiones sobre las cooperativas que iban a dificultar su funcionamiento. Era darles ocasión a los enemigos de las cooperativas para unas continuas denuncias...». Y citaba el ejemplo de la venta de un solar social que produce plusvalías (¿serían éstas lícitas?) y la dificultad que ha tenido el Tribunal Supremo para aplicar la norma legal de la exclusión del ánimo de lucro (parece referirse al art. 124 del Código de Comercio), advirtiendo que debe bastar la prohibición de que el socio especule a través de la cooperativa, prevista en el artículo 11, 3.º, d), del Proyecto (61).

Como vemos, la discusión no aportó lo que necesitaba el concepto legal de cooperativa, precisando la noción de la ausencia de ánimo de lucro o beneficio social, que la doctrina y jurisprudencia anteriores se habían esforzado en definir.

Hoy nos encontramos con que el artículo 1 sigue manteniendo la expresión «sociedad», sin ningún otro concepto que desvirtúe o modalice esta calificación.

El mantenimiento de la denominación de sociedad no fue pacífico. El señor GUTIÉRREZ RUBIO destacó que debía decirse «sociedad y empresa», tal como rezaba—y reza—la rúbrica del título I (62). El señor IBARRA LANDETE proponía sustituir «sociedad» por «empresa comunitaria», siguiendo la terminología del III Plan de Desarrollo (63); el señor ANDÚJAR RODRÍGUEZ proponía la expresión «empresa asociativa» (64); el señor ALCAÍNA CABALLERO, la de «sociedad de carácter personalista y no especulativo» (65), y el señor GÓMEZ ESCOLAR, la de «asociación» (66).

La ponencia rechazó estas propuestas de modificación del término «sociedad». Desechó el término «asociación» porque en ésta hay una

(60) «Diario de Sesiones» núm. 358, pág. 40.

(61) «Diario de Sesiones» núm. 360, pág. 14.

(62) «Diario de Sesiones» núm. 358, pág. 26.

(63) «Diario de Sesiones» núm. 360, pág. 7.

(64) «Diario de Sesiones» núm. 358, pág. 39.

(65) «Diario de Sesiones» núm. 360, pág. 2.

(66) «Diario de Sesiones» núm. 360, pág. 5.

unión voluntaria para fines no lucrativos. Precisó que la «sociedad cooperativa» es «previa a la empresa» y que algunas cooperativas (por ejemplo, las de viviendas) no son empresas, pues tienen como única finalidad recoger el dinero de sus socios, invocando la tesis de la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Anónimas, donde se distingue entre «sociedad» y «empresa» (67).

Como se ve, tampoco el debate de la Comisión en torno a este punto afronta de lleno el tema de si la cooperativa es una sociedad en sentido técnico-jurídico (definida en los arts. 1.665 del Código civil y 116 del Código de Comercio), o sea, realiza un beneficio social y puede sufrir pérdidas sociales al obtener ingresos inferiores a lo pagado a los socios en concepto de «anticipos».

La falta de ideas claras en la definición se proyectará luego en el régimen económico de la cooperativa. Tal como exponemos en otro lugar (68), del régimen legal no se desprende con claridad si los «beneficios» o «pérdidas» son sociales o los obtiene o sufre directamente el patrimonio de los socios.

A favor de la primera interpretación está el hecho de que el artículo 19 de la ley permite enjugar «pérdidas de ejercicio» con cargo a reservas sociales (o, alternativamente, repercutiéndolas en los socios en proporción a sus entregas, que es tanto como permitir transformar las pérdidas de «sociales» en «individuales» de cada socio). Incluso podría aducirse el régimen fiscal, que considera la existencia de un beneficio o renta social en la cooperativa (ver nota 57).

A favor de la segunda interpretación está el concepto de «anticipo a cuenta» de la retribución final, que se considera como gasto deducible (artículo 17, 4.º), pero que parece que puede ser repetido del socio si la cooperativa se encuentra con un déficit de ejercicio (cfr. arts. 19 y 48, 5.º, en punto a «anticipos laborales»).

Ello no obstante, el análisis del régimen legal nos descubre peculiaridades que demuestran que no nos hallamos ante una verdadera sociedad: así, el principio de libre adhesión (art. 2, 1.º, apartado a)), que se instrumenta en el artículo 9, reconociendo un verdadero derecho subjetivo a ingresar en la cooperativa, siempre que no existan causas objetivas, previstas en los Estatutos, que lo impidan. La limitación del interés que el socio puede percibir por sus aportaciones [art. 2, 1.º, apartado d)] y la participación del socio en los excedentes que se repartan en concepto

(67) «Diario de Sesiones» núm. 360, págs. 15-16.

(68) Ver «El régimen económico de la cooperativa en la nueva Ley de cooperativas de 16 de diciembre de 1974», que se publicará en el próximo número de la revista *Estudios Cooperativos*, editada por la AECOOP, número colectivo dedicado al estudio de la nueva Ley.

de retorno [apartado e)], que demuestra que no se produce un verdadero beneficio social, repartible entre los socios en proporción a sus aportaciones al capital social.

El concepto se completa diciendo que la cooperativa realiza una actividad economicosocial, en régimen de empresa común, para la ayuda mutua entre sus miembros y al servicio de éstos y de la comunidad. Nociones éstas extraídas del concepto de cooperativa del artículo 8 de los Estatutos de la Alianza Cooperativa Internacional, que no ayudan a perfilar mejor su naturaleza jurídica. Sabido es que los propios Estatutos de la ACI califican así a la cooperativa «cualquiera que sea su forma», es decir, reconociendo que en muchas legislaciones se la considera sociedad, en otras asociación, en algunas sociedad mercantil, etc.

La definición legal tiene la virtud, sin embargo, de destacar algunas nociones esenciales. En primer lugar, que la cooperativa no tiene por objeto (y, al propio tiempo, fin o causa) la realización de una actividad meramente económica, sino de una actividad «economicosocial». De este modo, la cooperativa puede cubrir fines asignados antes exclusivamente a las asociaciones (69).

En segundo lugar, alude al carácter mutualista cuando se refiere al «régimen de empresa en común para la mutua y equitativa ayuda entre sus miembros» y «al servicio de sus miembros».

Por último, es de extraordinario interés destacar que la cooperativa no es una empresa lucrativa, que tenga como fin obtener una ganancia ilimitada (tal como definió el concepto de empresa WIELAND, fijándose, sin duda, exclusivamente en la empresa capitalista). Por el contrario, la cooperativa tiene por fin o causa organizar una «economía de servicio» en el sentido que expuso FAUQUET (70). En este sentido no aspira a obtener una ganancia ilimitada, aunque sea al servicio exclusivo de sus socios, es decir, retornándoles todo el excedente obtenido en su gestión, sino que también debe desarrollar su actividad al servicio «de la comunidad».

(69) El señor NAVARRO LÓPEZ, a quien se debió esta enmienda, la explica diciendo que de este modo «se comprende cualquier cooperativa con fines culturales, recreativos o de cualquier otra clase» («Diario de Sesiones» núm. 360, página 28).

(70) La definición de FAUQUET, primer Director del Servicio de Cooperación de la OIT (citada por VIENNEY, Cl., *L'économie du secteur coopératif français*, París, 1968, pág. 2), es: «Las sociedades cooperativas son asociaciones de personas cuyos miembros persiguen la satisfacción de sus necesidades personales, familiares o profesiones por medio de una empresa común gestionada por ellos mismos, por su cuenta y riesgo sobre la base de la igualdad de derechos y obligaciones.» En esta definición intentaba incluir todas las manifestaciones del Cooperativismo (de trabajadores y de pequeños empresarios), tal como teorizara en su importante libro *Le secteur coopératif*, publicado en 1935 (ver hoy, junto con otras de sus obras, publicado por el Institut d'Etudes Coopératives, París, 1965).

Con esta expresión, la ponencia sustituyó la más ambiciosa de «al servicio de la comunidad nacional» del proyecto, con el asentimiento casi unánime de los miembros de la Comisión de Trabajo de las Cortes.

O sea, que, de acuerdo con su propia definición legal, la cooperativa en ningún caso podrá imponer precios y otras condiciones onerosas a los no socios o desatender las necesidades objetivas de la comunidad, so pretexto de defender al máximo el interés egoísta de sus socios. Para evitarlo está, por un lado, el sistema de autocontrol del movimiento cooperativo, organizado, en parte, de forma autónoma y democrática en la nueva ley, y, por otro, el control administrativo exterior del Ministerio de Trabajo, el cual tiene, en el extremo, la facultad de «descalificar» a la cooperativa (art. 59 de la ley). O sea, declarar que «no es cooperativa». Será entonces ya mera sociedad, civil o mercantil, según los casos.

A partir de estos requisitos contenidos en la definición legal es forzoso llegar a la conclusión de que la cooperativa ni es una sociedad ni, mucho menos, es una sociedad mercantil. Esta conclusión se confirma cuando, apoyándonos en la remisión del artículo 1 a los «principios y disposiciones» de la ley, a los que queda sometida la cooperativa desde el momento de su constitución, desarrollamos en toda su integridad las notas o características de la cooperativa, que la alejan claramente de la sociedad, y en especial de las sociedades mercantiles.

En forma muy esquemática, tales principios y disposiciones peculiares de la Ley de Cooperativas son:

1.º *El principio de puerta abierta*, por el que cualquier interesado en los servicios de la cooperativa tiene derecho a ingresar en ella, y cualquier socio tiene derecho a salir de ella o causar baja, en las condiciones y con los requisitos establecidos, respectivamente, en los artículos 9 y 11 de la ley.

2.º *El principio mutualista*, en virtud del cual sólo pueden formar parte de la cooperativa como socios quienes participen en los servicios o actividad de aquélla (cfr. arts. 1; 2, 1.º, d) y e); 6, 4.º, etc.).

3.º *El principio democrático*, que, sin embargo, ha modificado su estricta formulación de «un hombre, un voto», permitiendo hasta un máximo de tres votos por socio, en proporción a la participación en la actividad social o a la antigüedad, pero nunca en proporción a la participación del socio en el capital social (art. 25, 1.º, de la ley).

4.º *El principio colectivista o de devolución del remanente líquido a la colectividad*, que en la nueva ley se traduce en la constitución de un Fondo de Educación y Obras Sociales inembargable por terceros e irre-

partible entre los socios, ni siquiera en la disolución de la cooperativa. Y un Fondo de Reserva afecto a la explotación y riesgo de la empresa y sólo parcialmente repartible entre los socios existentes en el momento de la disolución, hasta el 50 por 100 de su remanente tras la liquidación, y para satisfacer intereses de las aportaciones a capital que aquéllos hubieren podido percibir y que no percibieron. Supuesto que parece reducirse a las cooperativas cuyos Estatutos no prevean el pago de intereses a tales aportaciones (ver arts. 17 a 20 de la ley).

5.º *El principio de retribución limitada del capital*, que se traduce en el límite a los intereses que los Estatutos pueden fijar a los socios y a los asociados (arts. 2, 1.º, d); 13, 6.º, y 15, 4.º, de la ley).

Por último, no debemos silenciar una importante deficiencia de la definición legal, que es la de no haber precisado los requisitos de los miembros en cuanto a su condición económica. Con ello se elude distinguir entre cooperativas y consorcios de grandes empresarios. Al señor MARTÍNEZ DE SALINAS, que presentó una enmienda a la totalidad, se le replicó por la ponencia que el cooperativismo hoy debe integrar también a los pequeños empresarios, pero la ley no impide que también los grandes se acojan a ella.

2.3. EL ACCESO DE LA COOPERATIVA AL REGISTRO MERCANTIL

Podemos decir que el problema de las relaciones de la cooperativa y el Derecho mercantil sólo entra en el debate de la Comisión de Trabajo de las Cortes al dictaminar el artículo 39 del Proyecto (actual art. 41 de la ley), relativo a la fundación. El artículo 39 decía:

«Constitución: La cooperativa quedará constituida y tendrá personalidad jurídica desde el momento en que se inscriba la correspondiente escritura pública en el Registro General de Cooperativas del Ministerio de Trabajo.»

Junto al requisito de escritura pública y su inscripción en el Registro General, los Procuradores señores POVEDA MURCIA, ESCRIVÁ DE ROMANÍ, RIVAS GUADILLA, MOLA PINTO, MEILÁN GIL y otros defendieron que la cooperativa fuera inscrita, además, en el Registro Mercantil (71). Incluso el señor ESPERABÉ DE ARTEAGA defendió la sustitución pura y simple del Registro Administrativo del Ministerio de Trabajo por el Registro Mercantil (72).

(71) Ver «Diario de Sesiones» núm. 390, págs. 2 y sigs.

(72) «Diario de Sesiones» núm. 390, págs. 7-8.

Los argumentos esgrimidos fueron varios, pero destacan dos de ellos: 1.º La diversa naturaleza de las dos calificaciones, pues la del Ministerio de Trabajo se limitaría a calificar y clasificar la cooperativa. 2.º La de que el artículo 16, 5.º, del Código de Comercio ha admitido la inscripción de «cualesquiera personas o entidades, naturales o jurídicas, públicas o privadas, aunque no se dediquen habitualmente al comercio», convirtiendo el Registro mercantil en un Registro general para la publicidad jurídico-privada de todos los sujetos que realizan actividades económicas (73).

A estas propuestas, el señor SANCHEZ ROF añadió que la norma no debía ser de carácter general, sino que habría de matizarse según clases de cooperativas, consiguiendo así que se añadiera la frase «con los requisitos y salvedades que se establezcan reglamentariamente» (73).

Hubo varias protestas ante la enmienda defendida por los señores POVEDA MURCIA y ESCRIVÁ DE ROMANÍ, extrañándose algunos Procuradores de que la conveniencia (o necesidad) de inscribir a las cooperativas en el Registro Mercantil no se hubiese planteado antes e incluso exigiendo, con evidente intención, que en tal caso la inscripción estuviese «exenta de tributación» (queriendo decir, sin duda, exenta de aranceles), lo que planteaba un problema de competencia de la Comisión (74).

Una objeción muy fundada fue la del señor SÁNCHEZ MORENO, quien afirmó: «Si las cooperativas están definidas como entidades o empresas que sirven a sus miembros y a la comunidad (art. 1), no cabe duda de que están exentas del ánimo de lucro. Lo hayamos dicho o no en la ley, son sociedades no mercantiles.» En segundo lugar, entendía que si el artículo 39 se refería a la constitución y ésta se producía con la inscripción en el Registro del Ministerio de Trabajo, «está de sobra todo lo que se ha dicho respecto del artículo 16, apartado 5.º (del Código de Comercio)», pues dicho precepto había sido invocado como si obligase a las cooperativas a inscribirse en el Registro Mercantil (75).

Llegados a este punto, el señor HERNÁNDEZ GIL, por la ponencia, advirtió a la Comisión que «la mayoría de Procuradores defendían la necesidad de hacer mención a la inscripción en el Registro Mercantil» y de que la ponencia también estaba persuadida de ello, pues «se han dado dos argumentos de gran peso para nosotros, que son el artículo 16 del Código de Comercio y el artículo 17 del Reglamento del Registro

(73) «Diario de Sesiones» núm. 390, pág. 4 (intervención del señor ESCRIVÁ DE ROMANÍ), pág. 10 (señor SANCHEZ ROF), pág. 12 (señor POVEDA MURCIA), etc.

(74) Página 11.

(75) Por ejemplo, por parte de la señorita MÓNICA PLAZA, núm. 390, pág. 15, y del señor ALCAINA CABALLERO, pág. 16.

Mercantil» (*sic*, con evidente error, pues ambos artículos son del Código de Comercio) (76).

De este modo se propuso por la ponencia y fue aprobado por amplia mayoría el texto definitivo del actual artículo 41, que dice:

«Constitución: La cooperativa quedará constituida y tendrá personalidad jurídica desde el momento en que se inscriba la correspondiente escritura pública en el Registro General de Cooperativas del Ministerio de Trabajo, con su toma de razón en el Registro Mercantil y con las salvedades y en los términos que reglamentariamente se establezcan.»

A pesar de ser el resultado de una larga discusión, el texto del precepto nos plantea una serie de incógnitas difíciles de resolver y que no sabemos hasta qué punto podrán ser resueltas por el Reglamento o Reglamentos.

En primer lugar, debemos analizar los argumentos esgrimidos para la justificación del acceso de la cooperativa al Registro Mercantil.

La invocación del Derecho comparado, hecha por el señor SANCHO ROF en un momento avanzado de la discusión (77), no profundiza bastante en el hecho de que las cooperativas en otras legislaciones se inscriben en el Registro Mercantil precisamente porque son empresarios mercantiles. En realidad, las ventajas reconocidas a la publicidad registral deberían haber conducido al replanteamiento de si la cooperativa debía ser sometida al estatuto de las sociedades mercantiles, aunque su fin o causa no fuera el lucro repartible. Pero la discusión no aclaró temas tan interesantes como los efectos jurídico-privados derivados de la «toma de razón», el alcance y ámbito de la calificación del Registrador mercantil y otros. La inseguridad o falta de claridad de las ideas se manifiesta luego al establecer que las cooperativas ya constituidas o en trámite de constitución se «inmatricularán» automáticamente en el Registro Mercantil (art. 44, 6.º).

Más endeble es la invocación de los artículos 16, 5.º, y 17 del Código de Comercio según la nueva redacción dada por la Ley de 21 de julio de 1973. Conviene transcribirlos para mayor claridad:

Art. 16. 5.º: «(El Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de) cualesquiera personas o entidades naturales o jurídicas, públicas o privadas, aunque no se dediquen habitualmente al comercio, cuando realicen actos o posean bienes sujetos a inscripción según las leyes o reglamentos.»

(76) Páginas 11 y 12.

(77) Página 16.

Art. 17: «Será obligatoria (la inscripción) de las personas o entidades comprendidas en el número 5.º del artículo 16.»

En efecto, en nuestra opinión, la inscripción de estas personas o entidades, públicas o privadas, es obligatoria tan sólo cuando hayan de inscribir actos o cosas sometidas obligatoriamente a inscripción por leyes o reglamentos. Por ejemplo, cuando la cooperativa haya de inscribir una emisión de obligaciones, de acuerdo con la Ley de 24 de diciembre de 1964, o cuando haya de inscribir un buque o aeronave, de acuerdo con los artículos 16 del Código de Comercio y 145, 177 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. En efecto, antes que se promulgara la Ley de 21 de julio de 1973, por ejemplo, ya era necesaria la inscripción del propietario del buque: artículo 145, 3.º, que exige hacer constar los «cambios de propiedad del buque»; artículo 147, que impone la obligación de solicitar la inscripción de los títulos en que se contengan sus derechos a los propietarios de buques de matrícula y bandera española, y artículo 149, que dice que «la primera inscripción de los buques será la de propiedad de los mismos».

En nuestra opinión, pues, los artículos 16 y 17 del Código de Comercio se han limitado a generalizar estas disposiciones. Queda en pie un grave problema, que es el siguiente: Al solicitar la inscripción de una entidad no mercantil en el Registro para proceder a inscribir tales actos o casos, ¿el Registrador mercantil podrá extender la calificación a los requisitos de constitución de aquéllas? Evidentemente, parece que no, pues tales entidades ya están constituidas de acuerdo con su legislación. El Registrador se habrá de limitar a calificar la capacidad de la entidad para otorgar el acto en cuestión según sus Estatutos.

Otra cuestión es que a la inscripción de estas entidades no mercantiles no deben serles de aplicación todos los principios registrales (publicidad material, legalidad y legitimación), sino tan sólo parcialmente, a los aspectos calificados por el Registrador, y el de publicidad formal. Los demás principios sólo son aplicables a la otra inscripción, a la de los actos y cosas que la entidad en cuestión está obligada a inscribir.

Por ello nos parece correcta la expresión, desconocida en la práctica anterior, de «toma de razón», que emplea el artículo 41 de la nueva Ley de Cooperativas. Su significado parece claro: Para la constitución de la cooperativa basta la inscripción en el Registro General del Ministerio de Trabajo, que en la actualidad no es meramente administrativo, pues su publicidad, según el artículo 43, 1.º, de la ley, se organiza en base a los «principios de publicidad formal y material, legalidad y legitimación».

La expresión «toma de razón» ha eliminado también los problemas

de la doble calificación, defendida por los Procuradores que propugnaron la enmienda. En nuestra opinión, ahora no puede plantearse la situación de una cooperativa aprobada como tal (calificada) por el Ministerio de Trabajo, pero no calificada como entidad privada para su inscripción por el Registrador mercantil. La cooperativa será calificada en todos sus aspectos al ser inscrita en el Registro del Ministerio de Trabajo, que habrá de ser dotado del personal adecuado. La «toma de razón» en el Registro Mercantil es, pues, automática; es una mera transcripción del contenido del Registro General. No es una verdadera «inscripción», pues el Registrador mercantil no puede oponerse a ella. Parece, pues, que la «toma de razón» tiene por finalidad potenciar la publicidad formal del Registro General de Cooperativas a nivel provincial, haciendo inútiles los Registros Provinciales del Ministerio de Trabajo, que acertadamente fueron suprimidos del Proyecto a petición de los Procuradores señores MORRONDO GARCÍA, ESCRIVÁ DE ROMANÍ, PLAZA DE PRADO, GÓMEZ-ESCOLAR, DE LA MATA GOROSTIZAGA y otros (78). Si bien esta supresión no fue puesta en relación con el papel asignado en el futuro a los Registros Mercantiles en relación con las cooperativas.

El sistema puede funcionar perfectamente si del contenido de las inscripciones del Registro General de Cooperativas (de efectos públicos y privados) se da inmediato reflejo en los Registros Mercantiles. Lo cual requiere una cuidadosa reglamentación decidiendo en cuántos Registros debe darse este reflejo, según el ámbito de actuación de la cooperativa, para evitar al máximo a los interesados tener que acudir al Registro General. Para la futura reglamentación pueden servir de antecedente, en la armonización de estos dos Registros, las Leyes de Montes y de Navegación Aérea (invocadas por un Procurador en la Comisión) y el Decreto de 20 de junio de 1968 sobre abanderamiento, matriculación de buques y Registro Marítimo, el cual, mediante algunos preceptos, intenta coordinar el Registro Marítimo de Buques con el Registro Mercantil. Pero habrá que tener en cuenta una importante diferencia, y es la de que el Registro General de Cooperativas no es ya un Registro meramente administrativo, sino que viene a desempeñar—y, en cierto modo, a reemplazar en los modelos señalados—la función de publicidad jurídico-privada del Registro Mercantil en materia de cooperativas. No se da, pues, una doble calificación, administrativa y mercantil, y más aún, el Registro Mercantil no funciona plenamente como tal Registro más que como complemento del Registro General a los efectos de la publicidad formal.

La conclusión a la que llegamos es bien clara: La toma de razón de la (previa) constitución o modificación de la cooperativa operada me-

(78) «Diario», cit., págs. 39 y sigs.

diante la inscripción en el Registro General es un mero reflejo de la vida registral que se produce íntegramente en este último, y esta toma de razón de la constitución de la cooperativa y de otras circunstancias de su vida en el Registro Mercantil, por sí misma, *no permiten afirmar que la cooperativa sea una entidad mercantil*.

2.4. EL SOMETIMIENTO DE LA COOPERATIVA A LA QUIEBRA Y SUSPENSIÓN DE PAGOS

El tercer punto en que la Ley de Cooperativas puede fundar la calificación mercantil de la cooperativa es el artículo 46, dedicado a la «liquidación de la sociedad cooperativa». En él, después de regular el nombramiento, funciones y facultades de los liquidadores, se dispone en el párrafo 6.º:

«A las cooperativas les será aplicable, en su caso, la legislación sobre suspensión de pagos y quiebras.»

El precepto, leído aisladamente y sin la necesaria reflexión crítica, podría resolvernó definitivamente el problema de la mercantilidad de la cooperativa. El legislador—podríamos decir—somete las cooperativas al Derecho concursal mercantil, luego es claro que las considera entidades mercantiles. Pero esta conclusión nos parece apresurada, sobre todo porque resulta, así interpretada, incoherente con el resto de la ley. El precepto debe interpretarse a la luz del origen de su redacción, que figuraba ya en el Proyecto del Gobierno; de su colocación sistemática en la ley, en sede de liquidación de la cooperativa, y dando el necesario relieve a la sibilina expresión «en su caso», que cuanto menos significa «no en todo caso», y que, en nuestra opinión, es la clave que resuelve el enigma del significado del precepto.

Con respecto a su redacción debe advertirse, aunque pueda resultar sorprendente, que figuraba ya en el artículo 45, 6.º, del Proyecto y fue aprobado por la Comisión de Trabajo de las Cortes sin ocasionar ningún debate. O sea, el precepto figuraba en el Proyecto de ley antes de haberse incluido la «toma de razón» en el Registro Mercantil de las cooperativas. Al artículo 47 del dictamen, los señores FERNÁNDEZ CALVIÑO y PÉREZ PUGA advirtieron la necesidad de añadir al texto primitivo que a la inscripción de cancelación de la cooperativa en el Registro General (donde quedan depositados los libros de contabilidad y documentos relativos al tráfico de la cooperativa, como ocurre con las sociedades y empresarios mercantiles en el Registro Mercantil) se hacía necesario incluir su cancelación en esté Registro. A esta propuesta se debe el último inciso

del artículo 47: «Notificándolo al Registro Mercantil a los efectos oportunos.» A pesar de ello, a nadie le llamó la atención el texto del artículo 46, párrafo 6.º, que podrían haber puesto en relación fácilmente con la reciente discusión sobre la toma de razón de la cooperativa en el Registro Mercantil (79).

De este modo nos enfrentamos con dicho precepto sin ningún dato conocido que apoye una interpretación «subjetiva», o sea, del significado que quiso dar al precepto quien materialmente lo redactó o, en su caso, el propio Gobierno, que aprobó el Proyecto a propuesta del Ministerio de Trabajo y de la Organización Sindical. Forzoso e ineludible es, pues, aportar una interpretación «objetiva» de la ley, que, como anticipábamos, hemos de apoyar en la expresión «en su caso», la cual, repetimos, es lo mismo que decir «no en todo caso». Esta expresión puede interpretarse en los siguientes sentidos:

1.º El legislador con ella prevé que en algunos casos la cooperativa puede ser calificada como sociedad mercantil y, por tanto, que debe ser declarada en quiebra o en suspensión de pagos y no en concurso de acreedores (o, en su caso, el procedimiento de «quita y espera» del Código civil). Puede pensarse que, en este sentido, acoge la doctrina que piensa que las cooperativas de crédito, por ejemplo, son mercantiles (tesis, en la doctrina, de BAYÓN CHACÓN-SERRANO ALTIMIRAS y del profesor SÁNCHEZ CALERO), en tanto que otras cooperativas no son mercantiles, y de ahí la cautela del precepto.

Pero creemos que esta interpretación ha de descartarse, pues lo lógico es que el precepto hubiese distinguido entre la posible aplicación de la quiebra o suspensión de pagos o, alternativamente, del concurso de acreedores.

2.º También podría pensarse que la ley se refiere a aquellas cooperativas, contempladas en el artículo 124 del Código de Comercio, que por realizar actos extraños a la mutualidad (comprando y revendiendo, por ejemplo, cosechas de terceros no socios) han desvirtuado su naturaleza convirtiéndose en verdaderas sociedades, y sociedades mercantiles. Pero creemos, al igual que en la interpretación anterior, que el precepto hubiera sido más explícito.

3.º Otra posible interpretación sería que las cooperativas podrán ser sometidas a quiebra o suspensión de pagos cuando, como consecuencia de la descalificación de las mismas por el Ministerio de Trabajo (artículo 59 de la ley), dejen de ser cooperativas—y con ello entidades civiles—para transformarse en sociedades mercantiles. Sería una aplicación

de la interpretación anterior e igualmente suscita la duda de que el legislador no haya sido más explícito.

4.º La misma interpretación podría hacerse si se entendiera en el sentido de que la ley está previendo—nada menos—una futura situación legislativa en que se extienda la quiebra y suspensión de pagos (como hace el art. 1 de la Ley francesa de 13 de julio de 1967) a todas las personas jurídicas, sean civiles o mercantiles, o que unifique pura y llanamente el Derecho concursal, cualquiera que sea el sujeto deudor, como se preveía en el Anteproyecto español de Ley de Concurso de 1959. Sería, evidentemente, una interpretación rebuscada.

5.º En nuestra opinión, la expresión «en su caso» tiene un significado mucho más sencillo, que se cohonesto con el resto del articulado de la ley, que configura a la cooperativa como una sociedad o entidad civil.

El legislador, acertadamente, ha previsto la conveniencia o necesidad de que las reglas de la liquidación normal sean sustituidas por las de la liquidación concursal, «en su caso», es decir, cuando los liquidadores descubran que el balance de la cooperativa arroja un déficit, un pasivo exigible superior al activo. Porque en esas circunstancias, el peligro de que los liquidadores, aun actuando de buena fe, dejen sin cobrar a los acreedores menos avisados o inteligentes aconseja someter la cooperativa a una liquidación o ejecución universal y judicial, es decir, regida por los principios de comunidad de pérdidas entre los acreedores (*par conditio creditorum*) y por el control o supervisión del Juez. Sería, pues, una norma paralela a la del artículo 170 de la Ley de Sociedades Anónimas, aunque más imperfecta, porque no impone expresamente a los liquidadores la obligación de solicitar la declaración de quiebra o suspensión de pagos. Y recogería normas de la legislación comparada, que sólo prevén esta conversión del régimen de liquidación en el caso de liquidación por resolución administrativa (así, el art. 194 y sigs. de la *Legge fallimentare* italiana, Real Decreto de 16 de marzo de 1942).

El precepto recoge, en fin, una sugerencia que ya hacíamos en nuestro comentario al Reglamento de Cooperación de 1971, al decir: «El defecto más grave en la regulación de la disolución forzosa lo hallamos en que el régimen de liquidación, a falta de previsión expresa, será el general previsto en el artículo 57 del Reglamento. Pero la ley debería establecer un régimen especial de liquidación en situaciones de anormalidad, en las que será frecuente el estado de insolvencia de la cooperativa. Lo más acertado sería someter a la cooperativa disuelta forzosamente a la liquidación concursal, tal como ocurre en el Derecho italiano» (80).

Quizá la expresión «en su caso» ha querido eludir toda concreción

(80) Ver *Análisis crítico...*, cit., pág. 481.

en cuanto a los supuestos en que debe solicitarse el sometimiento a liquidación concursal y sobre quién deberá hacerlo. En este sentido lo creemos muy acertado. Esta liquidación concursal puede ser tan conveniente en un supuesto de disolución por acuerdo de los socios, como por fin del objeto social. Teniendo en cuenta que la disolución forzosa administrativa ha sido suprimida en la ley. Y la obligación de solicitar la declaración judicial de quiebra o suspensión de pagos puede imponerse tanto a los liquidadores como a las autoridades que lleguen al conocimiento de la situación de insolvencia de la cooperativa.

En suma, está claro que el precepto contrapone «liquidación concursal» a «liquidación normal», y no trata de contraponer una liquidación concursal mercantil a la civil. Fue probablemente un *lapsus* que se hablara de «quiebra o suspensión de pagos» y no de «concurso de acreedores». Es posible que el redactor del precepto haya sido «captado» por el texto del artículo 170 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Hasta aquí una posible interpretación, que a muchos podrá parecer caprichosa. En efecto, podría argüirse: aunque la voluntad del legislador en el precepto que comentamos no esté muy clara, es lo cierto que nos encontramos ante una norma de rango legal que permite extender el Derecho concursal mercantil a una clase de personas jurídicas—las cooperativas—para las que es especialmente idóneo. La expresión «en su caso» puede entenderse en el sentido de que se recurrirá a la quiebra o suspensión de pagos (más favorable ésta para la cooperativa) cuando se descubra insolvencia, como en el artículo 170 de la Ley de Sociedades Anónimas. Por último, la norma podría tener plena efectividad, aunque se continuara manteniendo que la cooperativa, según se desprende de los artículos 1 y 2, que definen su concepto, y de algunas remisiones al Código civil (como la del art. 35, 4.º, en cuanto al plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contra los miembros del Consejo Rector y el Director), es una entidad civil.

En este sentido, la norma sería un supuesto más de generalización o extensión de preceptos y principios mercantiles a la cooperativa, sin dejar de ser ésta una sociedad civil. Sería la misma situación que se da ahora en Francia en relación con las cooperativas que no adoptan forma de sociedad mercantil, así como también con las sociedades de construcción, que el legislador francés no ha querido declarar empresarios mercantiles, respetando de esta manera viejos esquemas, pero que en virtud de la Ley de 13 de julio de 1967 ha sometido a la quiebra y al arreglo judicial preventivo de liquidación.

Esta segunda interpretación nos parece perfectamente admisible y coherente dentro de la Ley de Cooperativas, siempre que no se deduzca de ella el carácter mercantil de la cooperativa. De este modo, por lo demás,

la cooperativa se beneficiaría de la posibilidad de someterse a la suspensión de pagos (que, como vimos, ha sido declarada en alguna ocasión sin suficiente fundamento legal), y, tanto en régimen de suspensión como en el de quiebra, los acreedores se verían beneficiados con el régimen de retroacción de la quiebra (que, aunque excesivamente riguroso en el régimen de la quiebra del Código de Comercio, es muy satisfactorio en la suspensión de pagos, cuya ley, en su art. 21, sólo remite a las acciones de impugnación). Por otro lado, el régimen represivo penal para los administradores de la cooperativa, si se aplican las instituciones concursales mercantiles, es más severo que si se utiliza el concurso de acreedores.

2.5. CONCLUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA Y RÉGIMEN DE LA COOPERATIVA EN LA NUEVA LEY

Con esta interpretación, en suma, se ampliaría en un aspecto más la incorporación de normas y principios mercantiles a la Ley de Cooperativas, como observamos en el régimen de constitución de la cooperativa; escritura e inscripción en un Registro organizado sobre la pauta del Registro Mercantil; similar régimen legal para la situación de sociedad en constitución (cfr. arts. 41 y 42 de la ley); una publicidad registral idéntica a la del Registro Mercantil y quizá más racionalizada, tal como hemos interpretado la ley en el epígrafe anterior, y también en el régimen de impugnación de los acuerdos sociales, tomado y perfeccionado del artículo 68 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas, con remisión al procedimiento del artículo 70 de ésta (cfr. art. 27 de la ley). En el reconocimiento de un ámbito de representación legal o típico para el Director de la Cooperativa, en «los asuntos pertenecientes al giro o tráfico normal de la empresa cooperativa», con las limitaciones expresadas en el artículo 28 de la ley (cfr. art. 32), régimen de representación que, por cierto, la ley ha olvidado establecer para el Consejo Rector o su Presidente en el artículo 28, 1.º

Al llegar aquí *podemos más bien preguntarnos qué normas del estatuto del empresario mercantil no se aplican a las cooperativas*, teniendo en cuenta que el nuevo régimen de la contabilidad, establecido por Ley de 21 de julio de 1973, para los empresarios mercantiles apenas si establece diferencias de régimen respecto a la contabilidad de los no comerciantes. Quizá en este aspecto debería haberse regulado mejor el régimen formal y material de la contabilidad de la cooperativa, brevemente esquematizado en el artículo 40 de la ley, o haber procedido a otra remisión al régimen mercantil.

Por esta vía, pues, hemos de relativizar la conclusión de que la nueva

Ley de Cooperativas sigue calificando a éstas como sociedades no mercantiles. Poco a poco, la división o compartimentación de nuestro ordenamiento privado en dos grandes bloques va abriendo paso, como vemos, a un Derecho que atiende a las exigencias de organización de la empresa, superando paulatinamente nociones y prejuicios muy arraigados.

La nueva Ley de Cooperativas constituye un buen ejemplo de la extensión de las normas del estatuto del comerciante, a pesar, como hemos podido ver, del esfuerzo del legislador en mantenerla separada del Derecho mercantil, como «Derecho de la especulación» y «del capitalismo».

Ello no obstante, hubiera sido de desear una mayor claridad de ideas en los redactores de la ley, quienes estaban obligados a enfocar, con los necesarios asesoramientos doctrinales, uno de los aspectos esenciales de nuestra legislación cooperativa: las razones, fundamentos y consecuencias del divorcio entre las cooperativas—y las mutuas—y el Derecho mercantil. Porque, tal como se ha promulgado la ley, el tema queda lo suficientemente confuso para que, según el Juez que entienda en el asunto, se declare la quiebra o suspensión de pagos o se rechace la demanda, por interpretar, por ejemplo, que la previsión de sometimiento de la cooperativa a la quiebra o suspensión de pagos tan sólo se prevé en la ley en caso de disolución. El Derecho es así, y si la ley no está clara es posible que las materias que son objeto de nuestro trabajo den lugar a una «tópica» tan variada, y a una inseguridad tan incómoda, como la que en su día originó la noción—tan denostada por un sector de la Comisión de Trabajo—de la «ausencia de ánimo de lucro».

3. CONCLUSIONES GENERALES

Primera.—Del estudio de la legislación y jurisprudencia se desprende que en nuestro ordenamiento, en virtud del artículo 124 del Código de Comercio, que continúa vigente, las cooperativas y mutuas de seguros no son sociedades mercantiles, siempre que no desvirtúen su naturaleza violando el principio mutualista o de doble cualidad.

Este divorcio entre las cooperativas y mutuas y el Derecho mercantil ha tenido graves consecuencias para el régimen jurídico de aquéllas y su desarrollo económico.

Segunda.—La doctrina mercantilista actual, que defiende la calificación mercantil de las mutuas de seguros y de los contratos que éstas estipulan con sus socios, parte de una interpretación errónea del significado que la expresión «prima fija» tenía en el Código de Comercio,

como equivalente a precio de un contrato de seguro lucrativo, especulativo o de cambio.

Tercera.—Por consiguiente, creemos que las mutuas de seguros no son sociedades mercantiles y, en consecuencia, el régimen jurídico de su constitución y funcionamiento, supletorio de la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 16 de diciembre de 1954, su Reglamento de 2 de febrero de 1912 y sus Estatutos, no es el del Código de Comercio, sino el del Código civil, en virtud de lo que establece el artículo 36 de este último, es decir, de la sumisión de las «asociaciones de interés particular» a las reglas de las sociedades (bien civiles o bien mercantiles, según la naturaleza de la «asociación»).

Cuarta.—La Ley de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974 no ha calificado a las cooperativas como sociedades mercantiles, según se desprende de su definición en el artículo 1 y de otros preceptos de la ley.

Ello no obstante, gran parte de su régimen jurídico revela la extensión a las cooperativas de normas surgidas históricamente en el Derecho de sociedades mercantiles. Así lo comprobamos en el régimen de constitución de la cooperativa; en el de sus órganos, en especial en el ámbito de la representación de la Dirección; en el Registro General de Cooperativas, organizado según el modelo del Registro Mercantil para lograr una publicidad legal jurídico-privada; en el régimen de impugnación de los acuerdos sociales; en las causas de disolución de la cooperativa, y en otros aspectos.

Quinta.—En especial es de destacar el artículo 46, 6.º, de la Ley de Cooperativas, que al prever el sometimiento de la cooperativa, «en su caso», a la quiebra y suspensión de pagos, permite entender que extiende a ellas el régimen concursal mercantil, aun sin modificar su naturaleza de entidad no mercantil, tal como ocurre en el artículo 1 de la Ley francesa de 13 de julio de 1967.

FRANCISCO VICENT CHULIÁ

Profesor Agregado de Derecho Mercantil
de la Facultad de Derecho de Valencia

JURISPRUDENCIA

Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABAILEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. TAL COMO DISPONE EL ARTÍCULO 117 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, SOLAMENTE PUEDEN SER DISCUTIDAS EN EL RECURSO GUBERNATIVO LAS CUESTIONES A QUE SE REFIERE LA NOTA DE CALIFICACIÓN, SIN QUE HAYAN DE SER EXAMINADAS AQUELLAS OTRAS PLANTEADAS CON POSTERIORIDAD A SU EXTENSIÓN Y QUE ESTUVIESEN BASADAS EN OTROS MOTIVOS O EN DOCUMENTOS NO PRESENTADOS EN TIEMPO Y FORMA.

Resolución de 14 de octubre de 1975 (B. O. del E. de 14 de noviembre).

Antecedentes de hecho.—La Sociedad Anónima «Feyconsa» compró a doña Marcela del Rosario y doña María del Carmen Bexanilla Oria dos parcelas de terreno mediante escritura otorgada ante el Notario de Santander don Mariano Lozano Díez, el 16 de septiembre de 1969, que fue declarada exenta del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales por la Abogacía del Estado e inscrita en el Registro de la Propiedad número 1 de Santander el 3 de octubre siguiente; que con fecha 30 de marzo de 1974, el señor Delegado de Hacienda remitió al Registro una comunicación exponiendo que si bien la referida escritura había sido declarada exenta provisionalmente sin hacerse constar la liquidación que correspondería de no mediar la exención, habiéndose ahora practicado dicha

liquidación por un importe de 2.061.406 pesetas, se solicitaba se extendiera la nota de afección a que se refiere el artículo 15, 2.º, de la ley y tarifas de los Impuestos sobre Sucesiones, Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, y el artículo 45, 3.º, del Reglamento General de Recaudación, para garantizar el pago de la referida liquidación y, en su caso, del recargo del apremio del 20 por 100 sobre la misma; que complementando la anterior comunicación, fue presentada certificación del señor Abogado del Estado, según la cual, por nueva presentación de la copia de la escritura con fecha 15 de marzo de 1974, se había girado liquidación que sustituía a otra anteriormente anulada y cuyo importe ascendía a 2.614.406 pesetas.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Santander I la petición expresa formulada por el señor Delegado de Hacienda en su comunicación, fue calificada con nota del tenor literal siguiente:

«Denegada la nota marginal que se solicita en el precedente oficio, al que se acompañan nota descriptiva de los bienes y certificación expedida el día 1 de los corrientes por el señor Abogado del Estado, porque, a juicio de este Registrador, no son de aplicación, en el momento de solicitarse la afección, los preceptos invocados, artículo 15, 2.º, del Texto Refundido de la ley y tarifas de los Impuestos sobre Sucesiones, Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, todo ello según razonadamente se expone a continuación:

Primero.—Para practicar la nota de afección son requisitos, según el precepto invocado:

- A) Que se declare una exención provisional.
- B) Que se gire una liquidación caucional por la cantidad que procediera ingresar en tal momento de no mediar la exención provisional.
- C) Que se haga constar tal liquidación al pie del documento o, en su caso, se solicite por el Delegado de Hacienda.
- D) Por su propia naturaleza de deuda tributaria sujeta a condición, que se solicite en tanto la deuda tiene tal carácter, no cuando incumplida aquélla la deuda se convierte en pura y simple, y puede hacerse efectiva mediante el apremio y con la garantía de la anotación de embargo.

Segundo.—De los documentos presentados resulta:

- A) Que la exención provisional girada, y a la que sirve de garantía la nota de afección, ha quedado sin efecto.
- B) Que la liquidación caucional girada en el momento de causarse la exención u otras, pero, desde luego, aquélla, ha sido anulada por acuerdo de la Abogacía del Estado, fecha 19 de enero del corriente año.
- C) Que en sustitución de la misma, con fecha 15 de marzo, por nueva presentación del documento, no sujeto en este momento a exención alguna, se han girado nuevas liquidaciones, cuyo ingreso o apremio está pendiente.

Tercero.—Con independencia de ello, se observan los siguientes defectos:

A) Derivados del Registro en relación con los documentos presentados:

Uno. Están presentadas con anterioridad a 30 de marzo, y pendientes de despacho, 25 escrituras de compraventa de pisos del edificio construido sobre los solares en que solicita la nota, así como un mandamiento de embargo.

Dos. La inscripción previa de tales títulos, al alterar físicamente las fincas, produce una discordancia entre el documento por el que se pretende la nota y el propio Registro.

Tres. Sin perjuicio de la condición de terceros de tales titulares, el régimen especial de propiedad horizontal en que quedan constituidas las fincas sobre las que se pretende la nota hace inseparable, en orden a la disposición, los elementos comunes de un edificio de las partes privativas, conforme al artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal.

B) Derivados de los documentos presentados:

Uno. Discordancia entre lo ordenado en el artículo 15 del Texto Refundido y lo requerido en el oficio.—El precepto señala que se haga constar la liquidación, que hubiese debido girarse de no mediar la exención, por cuya cantidad se afecta la finca.—En el oficio, a tal cantidad se añade el importe de un eventual recargo del 20 por 100 por apremio.

Dos. Discordancia entre lo que se señala como deuda tributaria en el oficio y la que consta en la certificación expedida por el señor Abogado del Estado.—En el primero se fija como deuda la cantidad de 2.061.046 pesetas. En la segunda se fija la de 2.614.406 pesetas.

Como resumen de la calificación, este Registrador estima que la nota de afección que contempla el artículo 15, 2.º, del Texto Refundido es consecuencia de la exención provisional y sirve de garantía a la liquidación caucional girada en tal momento, en el cual, o mientras pende la condición de su posible efectividad, es cuando puede solicitarse. Incumplida la condición y sustituida la liquidación caucional por nuevas liquidaciones, deja de tener aplicación el precepto indicado. El apremio y la anotación de embargo constituyen la garantía de su inmediata efectividad.

Los defectos señalados bajo los números 1.º, 2.º y 3.º A, número 3, se consideran insubsanables, por lo que no procede anotación preventiva.

Contra esta calificación cabe recurso gubernativo ante el Presidente de la Audiencia Territorial, que deberá interponerse en el plazo de cuatro meses a contar desde la fecha de esta nota.»

Logrado el aseguramiento de los intereses del Tesoro, el Abogado del Estado, Jefe de la Delegación de Hacienda de Santander, interpuso, a efectos exclusivamente doctrinales, recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que se recurría sólo contra los apartados 1.º y 2.º de la nota, calificados de insubsanables; que si bien por la Delegación de Hacienda se solicitó del Registrador que practicara la nota de afección de los bienes en garantía de la liquidación practicada, al amparo del párrafo 2.º del artículo 15 del Texto Refundido que regula el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, no es propiamente este párrafo el que era aplicable, sino el primero del mismo artículo, ya que aquél prevé la hipótesis de liquidaciones caucionales, no exigibles de momento, y en el caso que se contempla, la liquidación respecto de la que se pretende la nota de afección tiene ya en este momento el carácter de liquidación plenamente exigible, siéndole de aplicación, por tanto, el párrafo primero, que establece que los bienes y derechos transmitidos quedarán afectos a la responsabilidad del pago del impuesto, salvo que el poseedor resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral, no existiendo esta protección cuando en el Registro conste expresamente la efección; que este precepto coincide con el del artículo 74 de la Ley General Tributaria y con el 45, 1.º, en relación con el 12, 2.º, del Reglamento General de Recaudación; que las normas anteriores nos llevan a la siguiente interpretación:

Primero.—El párrafo primero del artículo 19 del Texto Refundido se refiere a las liquidaciones ordinarias, mientras que el párrafo segundo lo es para las liquidaciones de tipo caucional.

Segundo.—Dentro del supuesto de dicho apartado primero quedan excluidos los casos en que la deuda tributaria se encuentra en situación de apremio, para los que existe un procedimiento especial dirigido a lograr la afección.

Tercero.—Pero hay otros supuestos en los que la liquidación ha sido girada, pero todavía está pendiente de notificación al contribuyente; está en período voluntario de pago, por haber sido ya notificada y no haber transcurrido el plazo para su ingreso, o, finalmente, está apremiada sin haberse presentado todavía el mandamiento de embargo en el Registro; casos todos estos en que debe tener aplicación el apartado 1.º; que si bien lo normal es que ni el adquirente ni los que traigan causa del mismo puedan inscribir sin pagar el Impuesto, pueden a veces darse situaciones que interese fiscalmente proteger con la afección de este apartado 1.º del artículo 15, como es en el caso de doble venta previsto en el artículo 1.473 del Código civil cuando no haya pagado el impuesto el primer comprador que no ha inscrito, y pueda hacerlo el segundo que cumplió esta obligación, y que al registrar su título se encontraría en la situación de tercero protegido, con perjuicio para el crédito de la Hacienda Pública por la primera transmisión; que otro supuesto similar es el caso del recurso en donde, por error u omisión de la Oficina Liquidadora, no se ordenó se practicara la nota marginal de afección prevista en el 2.º apartado de ese artículo 15 para caso de revocación de la exención provisional, y revocada ahora esa exención, debe obtenerse esa nota de afección no por el apartado 2.º, sino por el 1.º; que el hecho de que se solicitase esta nota por la Delegación de Hacienda, en base al apartado 2.º del artículo 15, que no era el correcto, no es motivo para no practicarla, ya que el Registrador, como el Juez, debe aplicar las normas legales adecuadas, aunque no se invoquen en su integridad por los interesados o aunque se hayan citado erróneamente, que se insiste en el hecho-de que por haber incurrido la Oficina Liquidadora en la omisión, consistente en no girar la liquidación caucional inherente a las exenciones provisionales, no priva a la Hacienda Pública del derecho a conseguir con posterioridad la afección registral de los bienes transmitidos, una vez girada la liquidación que procedía, si bien no fundada en el apartado 2.º, sino en el apartado 1.º, del artículo 15 del Texto Refundido, ya citado, y que el funcionario calificador, por los documentos presentados, podía conocer perfectamente que se encontraba ante la situación del caso 2.º, antes indicado, y debió practicar el asiento; que esperar a que termine el período voluntario de pago y cumplir con todos los trámites del procedimiento de apremio exige mucho tiempo, y si no se practica la nota puede el titular registral enajenar la finca y perjudicar el derecho de la Hacienda; que por eso es inaceptable el criterio mantenido por el Registrador en el punto D) del apartado 1.º de la nota de calificación, cuando indica que la garantía adecuada es la anotación administrativa de apremio; que, por el contrario, la nota de afección no está sujeta a tantas formalidades y ha de considerarse como el mecanismo registral idóneo para obtener la garantía que se pretende.

El Registrador informó: Que no procede admitir el recurso a efectos doctrinales, establecido por el artículo 112 del Reglamento Hipotecario, cuando los defectos—como en el presente caso—han sido calificados de insubsanables, ya que, conforme a tal precepto, para esta forma excepcional de recurso se requiere que los defectos señalados al documento tengan el carácter de subsanables; que la razón de ello es sencilla, ya que el interesado acude al Registro para obtener un asiento, bien directamente, bien a través de un recurso, pero no, como sucede aquí, en que se pretende obtener una declaración o interpretación de un precepto legal, abandonando o renunciando a obtener el asiento que se pretendía, dado que al aceptar y no recurrir del defecto tercero, calificado de insubsanable, admite que ni el asiento que se solicitaba, y fue objeto de calificación, ni el que se pretende ahora deducir, al amparo del párrafo primero del artículo 15 del Texto Refundido, pueden practicarse; que la nota recurrida se limita a calificar la petición que de forma expresa hizo el Delegado de Hacienda, es decir, «practicar la nota de afección que previene el párra-

fo 2.º del artículo 15 de la ley», no pudiendo entrar a calificar la que hace derivar el recurrente del párrafo 1.º del mismo artículo, porque no se había solicitado y lo impediría el principio de rogación; que el recurrente manifiesta que la nota de afección solicitada, y por lo que se recurre, deriva de norma diferente y para distintos supuestos del que fue objeto de calificación, lo cual supone también vulneración del referido principio de rogación; que carece de fundamento la interpretación que hace el señor Abogado del Estado del párrafo 1.º del artículo 15 de la citada ley, deduciendo del mismo la existencia de una nota de afección en el Registro, ya que dicho párrafo contempla el supuesto normal de una liquidación no sujeta a exención provisional, en cuyo caso el Estado no necesita nota alguna que asegure sus intereses fiscales frente a un tercero, puesto que éste para poder inscribir su título habría de acreditar previamente el pago del Impuesto; que el caso de doble venta, citado por el recurrente, lejos de demostrar la existencia de un tercero, lo que hace es confirmar nuestra afirmación; que así como en una liquidación ordinaria no puede surgir un tercero hipotecario, cabe que esto ocurra cuando provisionalmente se ha declarado una exención, y de ahí la norma del apartado 2.º del artículo 15; que en realidad la pretensión del recurrente tiene la naturaleza de una consulta, como el propio recurrente lo pone de manifiesto en el penúltimo párrafo de su escrito; que el recurso gubernativo no es el procedimiento adecuado para obtener declaraciones de derechos que no consigna expresamente la ley, y que como resumen de su informe manifiesta:

Primero.—Que, por su propia naturaleza, considera improcedente el recurso, a efectos doctrinales, cuando los defectos del documento calificado han sido declarados insubsanables.

Segundo.—Que a cualquier efecto es improcedente el recurso al no recurrirse lo que fue objeto de calificación, es decir, la petición expresa formulada por el Delegado de Hacienda.

Tercero.—Que en el recurso gubernativo no pueden debatirse cuestiones que no han sido objeto de calificación.

En virtud de providencia del Juzgado de Santander, el Abogado del Estado, en el preceptivo informe exigido por el artículo 115 del Reglamento Hipotecario, alegó: que entendía que en los documentos administrativos debía emitir el informe del funcionario o autoridad que conoció del expediente, o sea, en este caso, el Delegado de Hacienda, pero que para dar cumplimiento a la providencia judicial lo formulaba ratificándose en su escrito y agregando: que es equivocada la interpretación que el funcionario calificador hace del párrafo 2.º del artículo 112 del Reglamento Hipotecario para fundamentar la improcedencia del recurso a efectos doctrinales en el supuesto debatido, ya que lo que esta disposición establece es que se puede recurrir siempre a efectos doctrinales, incluso cuando habiéndose señalado en la nota defectos subsanables, se ha procedido posteriormente a su subsanación, pudiendo interponer el recurso no sólo el Notario en defensa de su prestigio profesional, sino también los particulares interesados en provocar una doctrina jurisprudencial sobre el tema planteado con vistas a casos análogos futuros; que si bien el principio de rogación impide al Registrador practicar asientos distintos de los solicitados, al interesado le basta citar, al hacer su petición registral, la clase de asiento que solicita, acompañando la documentación que le sirve de base, sin estar obligado a fundamentar su petición citando los preceptos legales aplicables, y si lo hiciera sería intrascendente el error en que pudiera incurrir; que en el presente caso se ha solicitado una nota marginal de afección a favor del Estado y el error cometido al citar el precepto legal aplicable no afecta a la clase de asiento pretendido; que aun cuando no es corriente la necesidad o conveniencia de que la afección regulada en el apartado 1.º del artículo 15 sea reflejada en un asiento registral para

proteger los intereses del Tesoro Público, pueden existir situaciones especiales o extraordinarias en que interese consignar en el Registro dicha afección a favor del Tesoro, como es el supuesto de la doble venta (previsto por el art. 1.473 del Código civil), en que el titular inscrito, luego de vender a una persona que no pagó el Impuesto, otorgue una nueva transmisión, y de forma análoga, la hipótesis de que el vendedor presente en la Oficina Liquidadora el documento comprensivo de la venta solicitando, de conformidad con el artículo 125 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, de vigencia supletoria, que sólo se giren las liquidaciones que puedan ser a su cargo adjuntando una copia más del documento, con la cual actuará la Oficina Liquidadora para exigir el Impuesto a cargo del comprador, y que otro supuesto similar, demostrativo de la necesidad o conveniencia de proteger los intereses del Tesoro con la nota de afección objeto de debate, es el propio de la hipótesis a que se refiere el recurso.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, pero declarando la personalidad del recurrente para interponer el recurso, y que la improcedencia del recurso a efectos doctrinales, en el supuesto que nos ocupa, no puede deducirse, como pretende el funcionario calificador, del contenido del artículo 112 del Reglamento Hipotecario, si bien el reconocimiento explícito por el recurrente de la existencia de un defecto insubsanable, que no impugna, contradice la pretensión que es objeto del recurso siendo razón suficiente para rechazarlo.

Sólo el Abogado, Jefe de la Delegación de Hacienda de Santander, en representación de la Administración del Estado, se alzó de la decisión presidencial e impugnó los extremos del auto, excepto en lo relativo a la inadmisibilidad o no del recurso a efectos doctrinales, planteado como cuestión previa por el Registrador.

Y la Dirección General resuelve la alzada del señor Abogado del Estado acordando (1) desestimar el recurso planteado en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—Al no haber apelado el Registrador de la decisión presidencial, no procede entrar en el examen de la falta de personalidad del recurrente, basada en que no cabe un recurso a efectos doctrinales cuando el defecto señalado en la nota tiene el carácter de insubsanable.

Pedida por el Delegado de Hacienda la extensión en los libros registrales de la nota de afección establecida en el artículo 15, 2.º de la Ley de 6 de abril de 1967 por la liquidación girada a una escritura que se declaró con anterioridad provisionalmente exenta, petición que ha motivado la nota denegatoria del Registrador, y reconocido a su vez por el recurrente en su informe que en la forma solicitada era correcta la postura del funcionario calificador, se interpone ahora este recurso a efectos doctrinales y una vez logrado por el Estado a través de otros medios el aseguramiento de su derecho, al solo objeto de obtener la declaración de que en todo caso de liquidación no caucional de un acto suieto al Impuesto de Transmisiones, y que sea ya plenamente exigible, pueda ordenarse en todo momento por el Estado la práctica de una nota general de afección, al amparo del artículo 15, 1.º, de la misma ley.

A la vista de lo expuesto se observa que la cuestión a debatir no es la primitivamente solicitada y, como ya tiene declarado reiteradamente este

(1) VISTOS los artículos 112 a 136 del Reglamento Hipotecario, 74 de la Ley General Tributaria, 15 del texto refundido de la Ley y tarifa de los Impuestos Generales de Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Decreto de 6 de abril de 1967), 45 del Reglamento General de Recaudación de Contribuciones de 14 de noviembre de 1968 y las Resoluciones de 21 de septiembre de 1911, 27 de marzo de 1935, 10 de agosto de 1939, 22 de mayo de 1965 y 19 de diciembre de 1966

Centro Directivo, solamente las cuestiones a que se refiere la nota de calificación pueden ser discutidas en el recurso gubernativo, sin que hayan de ser examinadas aquellas otras planteadas con posterioridad a su extensión y que estuviesen basadas, tal como indica el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, en otros motivos o documentos no presentados en tiempo y forma.

COMENTARIO.—Al intentar extraer de los tres considerandos de la resolución la doctrina sentada por la misma, para colocarla en el resumen de cabecera, no hemos encontrado más de lo extractado del tercer considerando, que a su vez es reproducción del contenido del artículo 117 del Reglamento Hipotecario.

En efecto, los tres considerandos, en un impresionante número de prestidigitación (nada por aquí, nada por allá), dejan reducido a nada el voluminoso paquete de problemas que aparecen de los resultandos, y lo más asombroso es que tal como estaban las cosas en el momento de resolver la Dirección, ésta no debía actuar de otra manera porque aquellos problemas habían quedado disueltos como un azucarillo en un vaso de agua, y si hubiese entrado en ellos habría transgredido efectivamente el artículo 117 del Reglamento Hipotecario.

Todo provino, al parecer, de una precipitada redacción del escrito solicitando la nota marginal de afección al amparo del artículo 15, párrafo 2.º, del Texto Refundido, cuando en realidad se pretendía obtener al amparo del número 1.º del mismo artículo, por entender que este número, en relación con el 74 de la Ley General Tributaria y otros preceptos del Reglamento General de Recaudación, admite implícitamente notas marginales de afección distintas de las expresamente admitidas por los números 2.º y 3.º de dicho artículo 15. Este descuido sólo se pone de manifiesto en el escrito de recurso, que se interpone solamente a efectos doctrinales y contra los apartados de la nota, en los que el Registrador demostraba cumplidamente que no se daba ninguno de los requisitos del apartado 2.º del artículo 15 citado. El Registrador, en su informe, después de una densa cortina de humo en torno a que no cabe recurso a efectos doctrinales tratándose de defectos insubsanables (art. 112 del Reglamento Hipotecario), lanza todos sus efectivos hacia el punto débil de su adversario, argumentando que pretender ahora que se declare que procedía pedir y obtener una supuesta nota marginal distinta de la regulada por el artículo 15, 2.º, para el supuesto de las liquidaciones caucionales en los casos de exención o reducción provisional, era tema nuevo no previsto en la nota, que daba al recurso naturaleza de consulta convirtiéndole en totalmente improcedente.

El Abogado del Estado, aun dudando que le correspondiese a él emitir el informe, se opone a la interpretación del artículo 112 del Reglamento hecho por el Registrador, considera intrascendente la cita equivocada del precepto legal en que se amparaba la nota marginal pedida y defiende la procedencia de esta nota marginal de afección general, aparte de las específicamente contempladas en los números 2.º y 3.º del artículo 15, presentando además del caso concreto del recurso otros dos más (doble venta y caso del art. 125 del Reglamento del Impuesto), que demuestran la utilidad de la nota marginal de afección en garantía de liquidaciones ordinarias.

El Presidente de la Audiencia sólo le da la razón en lo de que cabe también recurso a efectos doctrinales en caso de defectos insubsanables, pero confirma la nota considerando que el reconocimiento explícito por el recurrente de un defecto insubsanable, que no impugna, es razón suficiente para rechazar el recurso.

Ante esta situación, y aunque por el visto parece que la Dirección estuvo tentada de entrar en la cuestión de fondo (si es posible pedir y obtener notas de afección a liquidaciones del Impuesto en supuestos distin-

tos a los expresamente contemplados por la ley), termina por considerar más ajustado a derecho no resolver sobre ello por tratarse de nueva cuestión no abordada por la nota de calificación. Y al no haberse apelado por el Registrador el auto en cuanto al extremo de si cabe el recurso a efectos doctrinales tratándose de defectos insubsanables, tampoco entra la Dirección en el examen de la falta de personalidad. Por ello, como dijimos al principio, todos los problemas desaparecen por arte de magia (2).

Por tanto, después de alabar a la Dirección por su cautela al no prejuzgar una cuestión grave que no estaba directa y claramente planteada desde el principio del proceso de calificación-recurso, debemos limitarnos a enumerar algunos de los principales problemas que latían en el fondo de la controversia, aunque, naturalmente, sin pretender resolverlos.

A) El recurso a efectos exclusivamente doctrinales tratándose de defectos insubsanables.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la linde entre lo subsanable y lo insubsanable no es fija ni clara, no sólo porque los criterios de distinción no estén fijados por la Ley, sino también por la facilidad con que un defecto, en principio, subsanable sufre mutación en insubsanable y viceversa; aunque estas mutaciones aparecen principalmente no en los defectos propios de los títulos, sino en los pseudodefectos resultantes de su encaje con el Registro.

En segundo lugar, si bien con cierta relación con lo dicho, cuando se solicitan al Registrador determinados asientos que no implican registración normal de títulos ordinarios, en ocasiones suena mal hablar de defectos porque en la solicitud lo que se aprecian son excesos. El particular o autoridad que solicita un asiento improcedente conforme a ley, no omite un requisito, a su solicitud no le falta nada, sino que le sobra todo. Por ello en casos como el del recurso, la terminología y los conceptos creados en torno a las faltas subsanables e insubsanables de los títulos resultan inservibles, y en rigor, la cuestión de si procedía o no el recurso a efectos exclusivamente doctrinales contra una negativa a practicar una

(2) Las Resoluciones citadas en el Vistos resultan conectadas con los artículos 112 a 136 del Reglamento Hipotecario citados en el mismo.

Así la cita de la Resolución de 19 de diciembre de 1966 en cuanto acudió a la doctrina de la rogación en la actuación registral que se manifiesta también en que la función calificadora no puede extenderse más allá o a otros extremos no solicitados por las partes o interesados en el título que motivó el asiento de presentación. Se trataba de una instancia en la que para neutralizar unas notas marginales de extinción de prohibición temporal de disponer en las que se añadió como coetilla que tal extinción no se extendía a una sustitución condicional también establecida, los interesados solicitan más bien que la supresión de dicha frase final de las notas marginales la aclaración total del contenido registral en el sentido de que no había tal sustitución fideicomisaria condicional. Por cierto que acude un tanto incongruentemente a dicha doctrina de la rogación, pues en definitiva revoca la nota y el auto presidencial y resuelve que procede cancelar la parte final de las notas marginales, lo cual, al parecer no había sido expresamente pedido.

La Resolución de 22 de mayo de 1965 también dijo que solamente pueden ser objeto de debate los extremos contenidos en la nota del Registrador, y dado que el Notario recurrente se ha conformado con la integridad de la nota aceptando los defectos señalados, ha de rechazarse de plano el planteamiento de una cuestión que no aparece señalada por el funcionario calificador y que introduciría un nuevo defecto en la resolución del expediente. No obstante lo acertado de este único considerando, la Resolución, al menos tal como resulta del Anuario, resulta un tanto incomprensible por cuanto revoca el auto apelado, confirmatorio de la nota de calificación, con la cual no se había conformado el Notario recurrente (del escrito de apelación no se da referencia). Se trataba del caso de una declaración de obra nueva sin intervención de uno de los conductos: problema que parece tener mala suerte siempre que pretende acercarse a la jurisprudencia registral (Ver las Resoluciones de 21 de junio y 19 de diciembre de 1917).

También la Resolución de 27 de marzo de 1935 se refiere a lo mismo: no pueden examinarse tampoco en las apelaciones los extremos que no hayan sido comprendidos en la nota.

La Resolución de 10 de agosto de 1939, aunque incidentalmente afirma también que en el recurso únicamente procede discutir los problemas planteados en la calificación y que hayan podido ser oportunamente examinados por las partes, por lo que no entró en una indicación del Registrador en su informe a pesar de haber sido recogida y desarrollada por el auto presidencial recurrido. Y también la de 21 de septiembre de 1911 estima improcedente resolver las cuestiones que no han sido planteadas oportunamente por el Registrador en la nota y sí en el informe.

nota de afección no prevista en la ley—según el Registrador (y prescindiendo ahora del error de concepto de la solicitud)—tenía que plantearse y resolverse prescindiendo de la distinción entre defectos subsanables e insubsanables de los títulos.

Y entrando en la cuestión de este apartado en términos generales, lo cierto es que los autores, obsesionados por el recurso notarial a efectos meramente doctrinales (el Notario recurre, no obstante, y frente a la actitud resignada de los interesados que subsanan), no prestan atención al problema. Cuando ROCA SASTRE separa el doble fin utilitario y doctrinal que puede tener el recurso gubernativo nos deja en la duda respecto a su opinión sobre el mismo, y ello porque acaso este planteamiento del doble fin no sea del todo correcto, por cuanto el fin meramente doctrinal, con vistas al futuro (casos iguales posteriores), se hace prácticamente más utilitario aún que el fin propiamente utilitario.

El texto literal del último apartado del artículo 112 del Reglamento Hipotecario parece reducir este recurso, a primera vista, a los defectos subsanables, en razón a la referencia que hace a la subsanación de los defectos; pero la verdad es que la inscripción, en virtud de la subsanación de los defectos, no se hace requisito del recurso a efectos doctrinales, sino que se menciona en el apartado como una circunstancia eventual que no le impide (aun cuando...). La solución es dudosa. El Presidente de la Audiencia se inclina a la admisión del recurso a efectos doctrinales, aun tratándose de defectos insubsanables, y la Dirección vimos cómo se abstenía por no apelar el Registrador de esta apreciación. Me inclino a la posición del Presidente de la Audiencia porque el texto reglamentario discutido no distingue ni eleva la inscripción mediante la subsanación a requisito del recurso, y, sobre todo, por lo impreciso y mutable de los defectos subsanables e insubsanables y el amplio campo de la calificación registral, en el que la distinción entre defectos subsanables e insubsanables estorba más que ayuda.

B) Requisitos de la nota de afección en garantía de liquidaciones caucionales.

Nos referimos aquí a los dos supuestos taxativamente determinados por los números 2.º y 3.º del artículo 15 del Texto Refundido de los Impuestos de Sucesiones, T. P. y A. J. D.: liquidaciones caucionales en casos de exenciones o reducciones provisionales pendientes de ulteriores requisitos para ser definitivas y liquidaciones caucionales provisionales de liquidaciones futuras de extinción o consolidación de usufructos. Ambos supuestos son similares, aunque no totalmente idénticos, y ambos implican una estridente distorsión en la antes pacífica coordinación entre Impuesto y Registro, derivada de ese aborto de Derecho financiero que es la liquidación caucional, que, naturalmente, no es una liquidación.

El Registrador de Santander enumera con acierto y meticulosidad los cuatro requisitos de la nota de afección del número 2.º del artículo 15 (valederos *mutatis mutandis* para la del núm. 3.º del mismo). En el tercero de los requisitos, acaso con excesiva condescendencia para la Hacienda, se aparta un tanto del texto del artículo admitiendo que la liquidación caucional y su importe pueda figurar en documento separado y posterior, aunque no esté incluida en la misma nota de exención provisional (o reducción) al pie del documento presentado a Registro. Para mí esta tolerancia no deja de tener sus peligros, pues aunque una nota de afección practicada con posterioridad a la inscripción del documento, en virtud de un documento complementario o aclaratorio de la nota de exención, no procedería si hubiese surgido un tercero registral, hay que tener en cuenta que el tercero en general (el que confía en una certificación o exhibición del folio) tiene también derecho a confiar en el artículo 15, 2.º, que ordena que la liquidación caucional nazca con la nota al pie del docu-

mento y con éste pase al Registro la afección en el momento mismo de la inscripción.

De todas maneras me resisto a entrar más a fondo en la cuestión, pues creo que todos los esfuerzos deben encauzarse a la desaparición de las liquidaciones caucionales, que no solamente originan múltiples problemas, sino figuras fiscales morbosas, como esas presentaciones de la fe de vida del usufructuario cada cuatro o nueve años, del artículo 76, 2.º, del Texto Refundido, que parecen estar directamente encaminadas a ir cavando la fosa de usufructuarios ancianos o menos ancianos, puesto que lo razonable es que la carga de la prueba de la muerte deba correr a cargo de la investigación fiscal y no convertir las notas al pie de los documentos con constitución de usufructo en esquelas mortuorias anticipadas de los usufructuarios.

C) Si además de las notas de afección en garantía de liquidaciones caucionales de los números 2.º y 3.º del artículo 15, el número 1.º del mismo artículo admite implícitamente un *numerus apertus* de notas marginales de afección en garantía de cualquier liquidación del impuesto por la transmisión de la finca objeto de la nota.

No cabe duda que si el artículo 74, 1.º, de la Ley General Tributaria se interpreta en términos amplios, especialmente en toda la amplitud que permiten sus palabras «liquidadas o no», y, en cambio, al tercero protegido por la fe pública registral (único protegido en inmuebles frente al superprivilegio de la Hacienda) se le entiende en el restringidísimo sentido de los hipotecaristas (con los cuatro requisitos del tercero hipotecario), y si se admite que la frase final del artículo 15, 1.º, del Texto Refundido permite implícitamente pedir y obtener la nota marginal en el Registro de la Propiedad de esa genérica afección, que el artículo 74, 1.º, de la Ley General Tributaria tan ampliamente describe, entonces no hay duda que los supuestos en los que la Administración fiscal podría pedir al Registrador notas de afección serían muchos y éstas muy perturbadoras.

Afortunadamente esto no es así: porque en el artículo 15, 1.º, no aparecen las palabras liquidadas o no; porque si bien el artículo 74, 2.º, de la Ley de Reforma Tributaria regula la nota marginal para la afección por las liquidaciones caucionales en los casos de exenciones o bonificaciones provisionales y condicionales, guarda total silencio sobre nota marginal alguna para reflejar la afección general establecida en el artículo 74, 1.º, lo que conduce a un claro *a sensu contrario*, y porque el legislador fiscal tiene organizada la garantía registral de sus créditos tributarios por impuestos de transmisiones de fincas precisamente a través de una norma prohibitiva de la inscripción sin previo pago de aquéllos (art. 254 de la Ley Hipotecaria), y no es lógico superponer otro sistema de garantía a través del Registro contradictorio con éste.

De todas maneras, repetimos, no tratamos de resolver el problema, sino de plantearlo, y de paso apuntar los inconvenientes de que abusando de la condición privilegiada de la Hacienda los eventuales descuidos de la legislación o de la administración fiscal deterioren el principio de publicidad registral por medio de notas marginales de afección indeterminadas, imprecisas, inesperadas o injustas.

D) Acabamos de decir injustas pensando en un caso que, aunque incidentalmente, el recurrente insiste en presentar como demostración de que existen supuestos en que la nota marginal de afección es necesaria, aun tratándose de liquidaciones ordinarias, porque la prohibición del artículo 254 de la Ley Hipotecaria es insuficiente garantía para la Hacienda. Me refiero al *caso de la doble venta*. Aunque los casos de doble venta dolosa no sean muy frecuentes, sí son frecuentes las dobles ventas por error, negligencia, etc. La legislación fiscal no tiene previsto el caso.

Puede defenderse un riguroso trato fiscal de la doble venta partiendo del artículo 7 del Texto Refundido, de tan rancio abolengo como pertinaz injusticia en nuestra legislación fiscal: los impuestos se exigirán prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a su validez y eficacia. Es verdad que luego el artículo 17 dulcifica un tanto la rigurosidad del principio, pero es insuficiente para dar una solución razonable al caso de la doble venta, salvo que se entienda que la denegación de la inscripción de la venta que llega en segundo lugar al Registro es suficiente declaración o reconocimiento administrativo de su nulidad, rescisión o resolución por virtud de la otra venta que se inscribió, lo cual es más que dudoso. Parece, por el contrario, que cualquiera que sea la solución que, en definitiva, tomen ambos compradores sobre la venta que ha de prevalecer cuando la inscrita es la otorgada en segundo lugar, hará falta nada menos que una resolución firme para conseguir la devolución del impuesto pagado por quien, en definitiva, nada adquirió, devolución siempre condicionada a la demostración de falta de efectos lucrativos (2.º y 3.º del mismo art.), y todo ello con la amenaza de que al menor descuido habrá una tercera liquidación sobre lo mismo (art. 17, 5.º). También está claro que la venta no inscrita, sea la primera o la segunda, cuando aún no ha sido liquidada, no puede ampararse tampoco en la exención del artículo 65, 1.º, 11, ni en el principio de que a una sola convención no puede exigirse más que el pago de un solo derecho (art. 43 del Reglamento), porque no encaja propiamente en ninguno de estos textos legales. Pero lo cierto es que sólo una de las dos ventas ha de prevalecer y que es injusto que, a sabiendas, se liquide el impuesto por las dos ventas cuando transmisión no hay más que una, aunque de momento, por el complejo mecanismo del principio de inoponibilidad, no se sepa la que, en definitiva, va a prevalecer. Si la legislación fiscal tiene aquí una laguna o una injusticia sólo trabajosamente justificable, me parece que pretender excepcionales defensas en garantía de la liquidación girada sobre la venta no inscrita ni inscribible, al menos de momento, es excesivo. Pero seguir por este camino me conduciría a entrar en mis heterodoxias sobre la distinción entre inoponibilidad y fe pública registral y a mis ideas sobre las injusticias resultantes de separar excesivamente los impuestos de transmisiones de su origen histórico como impuestos de Registro (liquidación como hipotecas, de préstamos que han de vivir sin garantía porque la hipoteca se ha de denegar; liquidación como anotaciones de los embargos que no se pueden anotar, etc.).

Otro caso, que el Abogado del Estado alega en su informe en defensa del *numerus apertus* de notas marginales de afección, es el del artículo 125 del Reglamento del impuesto, pero éste es mucho más inocuo. Silencia u olvida el recurrente que el Registrador nunca inscribirá la venta con la copia del vendedor que lleve nota de no corresponderle a él pagar el impuesto, sino que exigirá el cajetín y la carta *de pago* de la Oficina Liquidadora, que es lo legal y reglamentariamente exigido.

T. C. G.

REGISTRO MERCANTIL

1. VULNERA LA PROHIBICIÓN LEGAL DEL VOTO PLURAL Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ENTRE EL CAPITAL SOCIAL Y EL DERECHO DE VOTO, SIN ENCAJAR EN LA EXCEPCIONAL PERMISIÓN DE LIMITAR EL NÚMERO DE VOTOS QUE PUEDEN CORRESPONDER A UN ACCIONISTA, LA CLÁUSULA ESTATUTARIA: «CADA SERIE DE ACCIONES DA DERECHO A UN VOTO, ADOPTÁNDOSE LOS ACUERDOS POR MAYORÍA DE VOTOS», CUANDO EL CAPITAL SOCIAL ESTÁ DIVIDIDO EN SEIS SERIES DE ACCIONES DE 100 PESETAS, CUATRO DE LAS MISMAS DE UNA SOLA ACCIÓN, OTRA DE 12.899 Y OTRA DE 7.488.

EN LOS RECURSOS GUBERNATIVOS SÓLO PUEDEN RESOLVERSE LAS CUESTIONES SEÑALADAS EN LA NOTA DE CALIFICACIÓN SIN QUE EL ACUERDO DEL REGISTRADOR PUEDA AÑADIR NUEVOS DEFECTOS, Y LA REFERENCIA DEL ARTÍCULO 58 DEL REGLAMENTO A LA INCLUSIÓN EN EL ACUERDO DE TODOS LOS MOTIVOS DE SUSPENSIÓN O DENEGACIÓN HAY QUE ENTENDERLA EN EL SENTIDO DE QUE SE MANTENGA O SE RECTIFIQUE LA NOTA RECURRIDA EN TODO O EN PARTE.

Resolución de 24 de septiembre de 1975 (B. O. del E. de 7 de octubre).

Antecedentes de hecho.—Mediante escritura autorizada por el Notario de Castelló de Ampurias don Juan Veciana Vila el día 26 de noviembre de 1974, se constituyó una Sociedad Anónima denominada «Formación de Patrimonios, S. A.» (FOPASA), que se había de regir por los Estatutos incluidos en la misma, en los que se establece:

«Artículo 5.º El capital social es de dos millones treinta y nueve mil cien (2.039.100) pesetas, dividido en seis series de acciones, denominadas A, B, C, D, E, F, y numeradas correlativamente a partir del número 1, en la siguiente forma:

Serie A, compuesta de 12.899 acciones, numeradas correlativamente del número 1 al 12.899, ambos inclusive.

Serie B, compuesta de 7.488 acciones, numeradas correlativamente del número 1 al 7.488, ambos inclusive.

Serie C, compuesta de una acción, número 1, única de dicha serie.

Serie D, compuesta de una acción, número 1, única de dicha serie.

Serie E, compuesta de una acción, número 1, única de dicha serie.

Serie F, compuesta de una acción, número 1, única de dicha serie.

En junto, pues, el capital social está dividido en 20.391 acciones, y éstas, a su vez, en seis series, en la forma expuesta. Las acciones son ordinarias y nominativas, representadas por títulos de una acción cada uno, cortados de libros talonarios, correspondientes a cada serie de acciones, constando en los títulos las circunstancias que exige el artículo 43 de la ley y yendo autorizadas por la firma de dos Administradores, como mínimo. Las acciones estarán todas suscritas y liberadas por su valor nominal. Las acciones se inscribirán, además, en un libro especial, en el que se anotarán las sucesivas transferencias y la constitución de derechos reales sobre las mismas. Todas las acciones, cualquiera que sea su serie, tendrán un valor nominal de 100 pesetas.

Artículo 6.º La propiedad de una sola acción confiere a su titular la condición de socio y los derechos de participación económica y preferencia de suscripción, que regula el artículo 39 de la ley; es indivisible ante la Sociedad, y a sus copropietarios incumben los derechos de representación única y de responsabilidad solidaria, que impone el artículo 40. Para el ejercicio del derecho de voto en Juntas generales, cada serie integra de acciones dará derecho a un voto, por lo que para su ejercicio deberán estar representadas por un solo socio. La representación deberá recaer siempre en la persona de un socio y ser conferida por escrito y con carácter especial para cada Junta. Excepto en los casos de representación delegada, no podrá acumularse en la persona de un socio el derecho de más de un voto, sea cual fuere el número de acciones y series que éste posea. Sin embargo, y por excepción, las series C y D, si se transmitieran por título hereditario y la propiedad de todas las acciones que las integren en tal momento recayere en una sola persona, otorgarán a ésta el derecho de doble voto.»

El artículo 11 establece: «Las Juntas generales, salvo las del artículo 58 de la ley, quedarán válidamente constituidas en primera convocatoria si concurren mayoría de socios o la mitad, por lo menos, del capital desembolsado, y en segunda, con los socios concurrentes cualquiera que sea su número. Las presidirá el Presidente del Consejo de Administración, quien estará asistido por el Secretario del propio Consejo, si lo hubiere, o en otro caso, por la persona que designen los accionistas asistentes a la Junta. Cada serie de acciones da derecho a un voto, y los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos. Los acuerdos constarán en acta, que se extenderá en el Libro correspondiente, y en la que constarán las circunstancias exigibles en el artículo 94 de la ley, siendo aprobadas en una de las dos formas prevenidas por el artículo 62 de la misma.»

Presentada en el Registro Mercantil de Gerona primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción de la precedente escritura de constitución de la Sociedad 'Formación de Patrimonios, S. A.', porque los artículos 6 y 11 de sus Estatutos vulneran el principio de proporcionalidad entre el capital social y el derecho de voto, recogido en el artículo 38 y disposición transitoria séptima de la Ley de 17 de julio de 1951. Se califica el defecto de insubsanable.»

Don José Luis Avila Beloso, socio constituyente de la referida Sociedad Anónima, interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la Sociedad Anónima es una Sociedad de capital y de personas, que tiene como finalidad principal la agrupación de muchas personas y capital acogiéndose a la limitación de responsabilidad concedida a los socios; que el párrafo 3.º de la Exposición de Motivos de la ley reguladora de la misma aclara que «ha seguido el sistema de imponer con carácter obligatorio la forma anónima a todas aquellas Sociedades que además de limitar de cualquier forma la responsabilidad de sus socios, tengan un capital superior a cinco millones de pesetas», principio al que responde el artículo 4.º de la ley; que los socios

de «Formación de Patrimonios, S. A.», teniendo en cuenta que el capital social en un futuro próximo habrá de exceder de cinco millones de pesetas y pretendiendo limitar su responsabilidad patrimonial a sus aportaciones dinerarias, han acudido a la forma anónima, ya que en otro tipo de Sociedades, como puede ser la Regular Colectiva, no se da el beneficio de la limitación de responsabilidad; que del examen de los artículos 5 y 6 de los Estatutos se desprende que a cada serie de acciones corresponde un voto, prescindiendo del número de acciones que integren la serie, y en caso de ser varios los socios poseedores de acciones de una misma serie habrán de agruparse para ejercitar el voto a través de una de ellos debidamente designado; que asimismo se limita a un solo voto el derecho de cualquier socio, sea cual fuere el número de acciones y series de acciones que éste posea, y solamente se excluye de esta regla las series C y D en caso de transmisión a título hereditario a una sola persona, en cuyo caso poseería dos votos; que por ello no puede deducirse que se confiara un voto plural, más de un voto a ninguna acción, y sí, en cambio, que se ha limitado el número de votos posibles a cualquier serie de acciones, ya que la serie equivale, cualquiera que sea el número de títulos que la integren, a un voto, sin que esta limitación conculque el principio de proporcionalidad; que así, pues, los artículos estatutarios que sirven de base para la nota denegatoria se ajustan en todo a lo prescrito por los artículos 37 y 38 de la ley; que se pueden citar varios precedentes de Sociedades Anónimas constituidas e inscritas de características análogas a las de la Sociedad que nos ocupa, y que la doctrina mantenida por la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1957 abona la tesis del recurrente.

El Registrador mercantil, de conformidad con su cotitular, dictó acuerdo manteniendo la calificación con los siguientes razonamientos: Que los artículos 6 y 11 de los Estatutos sociales, contenidos en la escritura cuya inscripción se solicita, vulneran el principio fundamental para las Sociedades Anónimas, de proporcionalidad entre el capital de la acción y el derecho de voto, que está recogido en el artículo 38 de la ley que las regula; que la doctrina es unánime en cuanto a la inadmisibilidad de las con voto plural, y en este sentido se pronuncian todos los tratadistas; que la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1957, en contra de lo pretendido por el recurrente en su escrito, proclama la nulidad no sólo de las acciones de voto plural, sino incluso el voto de calidad del Presidente, ya que rompe la ecuación entre el voto y el capital; que tal es el criterio mantenido también por la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado en las resoluciones de 17 de julio y 5 de noviembre de 1956; que el referido principio de proporcionalidad, aun cuando la ley no lo cita expresamente, como lo hacía el proyecto de la misma, se encuentra reconocido con la dicción del actual artículo 38 y disposición transitoria séptima, y así lo entiende la doctrina mercantilista; que la Sociedad Anónima es eminentemente capitalista, y si lo que se pretendió fue la constitución de una Sociedad personalista debió acudirse a la figura de la Sociedad Colectiva o bien a la de Responsabilidad Limitada, pues en otro caso cabe pensar que nos hallamos ante un contrato simulado o ante una Sociedad para cuya identificación sería necesario desvelar su personalidad; que con la creación de series de acciones compuesta cada serie de una única acción, se incurre en un contrasentido terminológico si se tiene en cuenta la acepción que las voces «serie» y «en serie» tienen en el *Diccionario* de la Academia; que las alegaciones del recurrente son insuficientes para desvirtuar el hecho de que las series de acciones C, D, E y F confieren un voto plural en comparación con las A y B, careciendo de valor la manifestación que hace de una posible ampliación de aquellas series a efectos de la calificación, y que si se admitiera la inscripción del tipo de Sociedad que se pretende se abriría la puerta de acceso al Registro de figuras prohibidas por la Ley 110/1963,

de 20 de julio, relativa a la represión de prácticas restrictivas de la competencia.

Elevado el expediente a la Dirección General, ésta (1) acordó confirmar la nota del Registrador sin entrar en el examen de los nuevos defectos 2.º y 3.º de su acuerdo, que no se mencionan en el resultando correspondiente, en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—Autorizada la escritura de constitución de la Sociedad Anónima «Formación de Patrimonios», la cuestión que ha de examinarse en este expediente es la relativa a la posible creación por los otorgantes de acciones de voto plural—prohibidas por el artículo 38 de la ley—, según podría deducirse de la lectura de las cláusulas 6.ª y 11 de los Estatutos de la mencionada Sociedad, cuando conceden un solo voto a cada una de las series de acciones emitidas, cualquiera que sea el número de éstas y de titulares de las mismas.

La prohibición legal establecida en el artículo 38 de la ley tiene su fundamento en la debida correlación que debe existir entre el valor nominal de cada acción y el capital social, según se deduce de la lectura de la disposición transitoria séptima de la ley cuando habla de «proporcionalidad entre el capital de la acción y el derecho de voto», y su objeto es evitar los fraudes y abusos que por parte de los accionistas puedan cometerse para lograr el dominio de la Sociedad a través de la Junta general.

No sólo se infringe el supuesto legal en los casos de creación directa de acciones con voto múltiple, sino también cuando el objetivo se alcanza por vía indirecta mediante procedimientos que provocan igualmente una ruptura en la proporcionalidad que ha de existir entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto.

La única excepción a la regla general de prohibición es la que el propio artículo 38 establece en su párrafo 2.º, al permitir que pueda fijarse en los Estatutos el número máximo de votos que un mismo accionista puede emitir en la Junta general, independientemente del número de acciones que posea, pues aunque se rompa la correlación voto-capital, ello, en este caso, no sólo no perjudica, sino más bien favorece la tutela de las minorías al limitar el voto del gran accionista.

En consecuencia, procede examinar si las cláusulas estatutarias discutidas vulneran o no el principio de proporcionalidad indicado, y en caso afirmativo si encajan dentro de la limitación permitida por la ley.

De la simple lectura de los artículos de los Estatutos relativos al capital social, dividido en seis series, cuatro de ellas, por ciento, con la singular particularidad de constar de una sola acción, y confiriendo a cada uno de sus titulares un derecho de voto igual al que correspondería al de las otras dos seis, de 12.899 y 7.488 acciones, respectivamente, claramente se deduce que con una simple operación matemática, en la que dividiendo y divisor sean la misma cifra—juntamente el número de acciones de cada serie—, se ha logrado, por vía de disminución, el que la única acción de cada una de las otras cuatro series tenga un valor múltiple en cuanto al voto que ejerce su titular, pudiendo, en consecuencia, en los supuestos normales, un 0,02 por 100 de capital adoptar acuerdos que serían válidos frente a la posible oposición del 99,98 por 100 restante o impedir su adopción en los casos del artículo 58 de la ley.

Igualmente hay que rechazar el que tales cláusulas se acomoden a los límites de número máximo de votos que pueda corresponder a un accionista, tal como lo autoriza el mencionado artículo 38 de la ley, pues aparte de que este precepto expresa el término voto en plural, y en el caso controvertido solamente se otorga a los posibles titulares de esas dos series

(1) VISTOS los artículos 37, 38 y disposición transitoria 7.ª de la Ley de 17 de julio de 1951, 58 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1957 y las Resoluciones de 17 de julio y 5 de noviembre de 1956.

uno solo, hay que subrayar que el artículo 38 permite la limitación del número de votos únicamente en sentido subjetivo a los accionistas, pero no objetivamente a series completas de acciones.

En los recursos gubernativos sólo pueden resolverse las cuestiones señaladas en la nota de calificación, sin que el acuerdo posterior del Registrador mercantil pueda añadir nuevos defectos no incluidos antes, pues de ellos no puede tener conocimiento el recurrente al ser posteriores al escrito de interposición del recurso e ignorarse, por tanto, la actitud que ante los mismos podría adoptar, por lo que la referencia del artículo 58 del Reglamento del Registro Mercantil hay que entenderla referida a que se mantenga la nota recurrida o se rectifique en todo o en parte por conformarse el funcionario calificador con la petición del recurrente, y, en consecuencia, no se entra en el examen de los nuevos defectos 2.º y 3.º del acuerdo.

COMENTARIO.—A) *La ilicitud de las acciones de voto plural y la creación indirecta de acciones de voto plural.*—En ningún pasaje de la resolución aparece el menor indicio que ayude a imaginar los motivos para la constitución de una Sociedad con vulneración tan ostentosa del principio de correlación entre los derechos económicos y políticos de los accionistas. El nombre social nada ayuda a este esfuerzo de imaginación, que no puede pasar de entrever una especie de consorcio entre dos Sociedades (series A y B) y cuatro personas físicas que desean una superlimitación de responsabilidad patrimonial. Por ello desistimos de toda referencia a la abundante literatura sobre «descorrimiento del velo» de la personalidad jurídica, uno de los capítulos más de moda dentro de los estudios sobre cómo las figuras e instituciones jurídicas pueden ser utilizadas para finalidades diferentes y aun contrarias a las que originaron y justificaron su nacimiento (desde los matrimonios blancos a la transmisión meramente fiduciaria de propiedad).

El escrito del recurrente comienza por confesar que sólo se pretendía obtener la limitación plena de responsabilidad de los socios y que por la cuantía que pronto se esperaba alcanzar se acudía a la obligada forma de Sociedad Anónima (art. 4 de su ley reguladora), reconociendo, pues, implícitamente que en lo demás no se pretendía una típica y verdadera sociedad por acciones. Afirma que los Estatutos no confieren voto plural a ninguna acción y no hacen más que limitar el número de votos posibles a cualquier serie de acciones, sin que esta limitación conculque el principio de proporcionalidad ni los artículos 37 y 38 de la ley; alega en su favor, sin muchas explicaciones—al menos según el considerando—, la sentencia de 1 de febrero de 1957, así como que se han inscrito en el Registro varias Sociedades de características análogas.

El Registrador mantiene justamente lo contrario: que existe un claro voto plural de todas las acciones de las cuatro últimas series, así como que la sentencia citada por el recurrente lo que hace es rechazar las acciones de voto plural e incluso el voto de calidad del Presidente, citando en igual sentido dos resoluciones de la Dirección; se refiere de paso a la idea del «desvelo» de la personalidad, estima imposible la serie de una sola acción y termina considerando que la inscripción en el Registro de Sociedades del tipo de la sometida a calificación abriría la puerta del Registro a figuras prohibidas por la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (2).

La Dirección, partiendo de que la prohibición del voto plural está fundada en el principio de proporcionalidad y correlación entre capital

(2) Aunque el Registrador, al menos según el considerando, no desarrolla este último argumento, probablemente se estaba refiriendo a los acuerdos de concentración de empresas que puedan conducir a posiciones de dominio en el mercado originantes de prácticas abusivas (art. 21, 7, de la Ley de 20 de julio de 1973. Reglamentos de 4-3-65 y 5-2-70).

y voto del socio, afirma que esta prohibición puede vulnerarse no sólo directa, sino también indirectamente, según se vulnere de una u otra forma esa proporcionalidad. Añade que la única excepción admisible a la proporcionalidad es la de fijar un máximo de votos por accionista, la cual se explica por querer proteger la ley a las minorías frente al gran accionista. Analiza las normas estatutarias del caso y mediante operaciones matemáticas obtiene la enorme vulneración de la proporcionalidad que de ellas resulta, y concluye por decidir que suponen una transgresión de la proporcionalidad que no puede encajarse en la excepción admitida de la limitación de votos por accionistas.

Creo que la escritura calificada representaba una vulneración tan clara y cuantitativamente tan grande del principio de proporcionalidad, que no hay más remedio que mostrarse conforme con la nota de calificación y con el fallo de la Dirección. Por ello todo lo que a continuación diremos sólo significa un toque de atención dirigido a advertir que el artículo 38 de la Ley de Sociedades Anónimas no es tan claro y decisivo como parece para solucionar todos los casos que puedan plantearse en torno al derecho de voto en su relación con las acciones, la naturaleza y cuantía de éstas y su pertenencia a un determinado accionista (3).

El artículo 38 de la Ley de Sociedades Anónimas no sienta expresamente el principio de la proporcionalidad. En su redacción definitiva se suprimió la siguiente frase, que contenía el proyecto del Gobierno: «En ningún momento podrá quebrantarse el principio de proporcionalidad entre el capital de la acción y el derecho de voto.» Esta supresión podía ser un argumento para defender que se rechazaba tal principio recogiendo de él sólo la manifestación más destacada, o sea, la prohibición del voto plural. En cambio, la disposición transitoria séptima, al colocar en la misma línea las acciones de voto plural y «cualesquiera otras que supongan una derogación del principio de proporcionalidad entre el capital de la acción y el derecho de voto...», a efectos de Derecho transitorio, permite mantener que, a pesar de aquella supresión, el principio de proporcionalidad está implícitamente consagrado por el artículo 38 al prohibir las acciones de voto plural, aunque se admitan como excepciones, de interpretación restrictiva, las cláusulas estatutarias exigiendo un número mínimo de títulos para votar o fijando un número máximo de votos por accionista.

La doctrina, en general, parte de la existencia del principio de proporcionalidad, y por ello con más o menos detalle estudian una serie de supuestos que consideran incluidos en la prohibición de voto plural, aun no tratándose de acciones de voto plural en sentido estricto.

(3) Prueba de que el principio de proporcionalidad y el derecho de voto es permanente fuente de dudas y de que latén contradicciones internas dentro del artículo 38 de la Ley es que la Sentencia del T. S. de 1 de febrero de 1957 es alegada tanto por el recurrente como por el Registrador en defensa de sus contradictorias opiniones. Creo que con más derecho podía alegarla el segundo, pero dejamos que el lector interesado busque en el texto completo de la misma las razones del recurrente para traerla a colación (*).

También la Dirección General en las Resoluciones de 17 de julio y 5 de noviembre de 1956 utiliza el principio de proporcionalidad con gran elasticidad, pues estima inválida la cláusula estatutaria que concede voto decisivo, plural o de calidad, al Presidente de la Junta general para caso de empate por entender que atenta a tal principio (sin que quepa estimarlo decisión arbitral), pero también estima que tal principio no está acogido en términos tan estrictos que den a la estructura de las Juntas un carácter puramente capitalista (como prueba la permisón de fijar un número máximo de votos por accionista y la conjunción del criterio viril con el de capital para «quorums»), por lo que sí se pueda fijar para decidir empates de capital dicho criterio viril o, como dice la Resolución, la mayoría relativa de socios en los grupos iguales de votos en que se haya escindido la Junta. En cambio, sí considera lícita la previsión del voto dirimente del Presidente en los acuerdos del Consejo de Administración porque en él no juega el principio de proporcionalidad de votos y acciones.

(*) Ver la referencia a esta Sentencia y al voto *per capita* como limitación al número máximo de votos de un mismo accionista en ANGEL DE VELASCO, *La Ley de Sociedades Anónimas*, 1973, página 185.

Así, GARRIGUES (4) enumera hasta nueve ejemplos de supuestos de voto plural indirecto, en su opinión tan prohibidos como el de voto plural en sentido estricto. El caso del recurso creo que encaja perfectamente en el segundo de los ejemplos que GARRIGUES pone: concesión de un mismo voto por grupos iguales de acciones de distinto valor nominal o por grupos desiguales de acciones del mismo valor. Efectivamente, los Estatutos calificados por el Registrador de Gerona conceden el mismo voto (uno) por grupos desiguales de acciones: (extrema desigualdad de las series A y B y las cuatro restantes) del mismo valor (100 ptas.).

BÉRGAMO (5) incluye también entre los casos de artilugios utilizables para crear por vía indirecta acciones de voto plural (tan ilícitas como las creadas por vía directa) el de atribuir igual voto a grupos desiguales de acciones de idéntico valor nominal, así como atribuir igual voto a grupos iguales de acciones de valor nominal diferente.

Queda, pues, demostrado que la doctrina contenida en los considerandos primeros de la resolución está conforme con la dominante de los autores. Estos considerandos sólo merecen una muy ligera crítica al considerar la permisión de fijar un número máximo de votos por accionista como única excepción a la regla general de prohibición (del voto plural), cuando en rigor es excepción al principio de proporcionalidad, y no la única, porque la permisión de cláusulas que exigen un mínimo de acciones para intervenir en las Juntas es otra excepción al principio de proporcionalidad, de fundamento contrario (protección contra el derecho de voz del accionista de mínima cuantía), y, en cierto sentido, una interpretación amplia de la permisión de convenios de agrupación o sindicación de acciones para ejercitar el derecho de voto también puede desembocar en ruptura del principio de proporcionalidad entre capital y votos.

En cambio, es muy interesante la distinción que hace el considerando penúltimo entre limitaciones en sentido subjetivo (limitaciones al accionista votante) y limitaciones en sentido objetivo (limitaciones ínsitas en la acción misma por virtud de las cláusulas estatutarias). Esta distinción permite establecer un primer criterio ordenador de las varias figuras mezcladas dentro del artículo 38 de la ley para después, acudiendo al fundamento y explicación realista de cada una resolver las contradicciones latentes en el mismo artículo ante un caso concreto.

Porque lo cierto es que el principio de proporcionalidad entre capital de la acción y derecho de voto y sus varias excepciones originan tantas dudas en nuestro artículo 38 como en otras legislaciones. En todas resulta poco claro lo que, en definitiva, el legislador persigue. Ni siquiera el voto plural *stricto sensu* es unánimemente rechazado, y posiblemente los reformadores futuros de la Ley o Leyes de Sociedades deban prestar atención al artículo 38 para darse cuenta de que no es tan pacífico como a primera vista parece. Acaso lo más conveniente sea sentar el principio general de proporcionalidad y a continuación todas y cada una de sus excepciones admisibles, determinando de forma clara los límites y requisitos de estas excepciones, todo ello sin perder de vista la posible incidencia de la cambiante realidad del derecho vivo de Sociedades.

En cambio, no creo conveniente seguir ciertas orientaciones de la doctrina italiana, que BÉRGAMO expone. La jurisprudencia italiana estima nulo el acuerdo de emitir acciones de voto plural; pero ciertos autores, partiendo de la distinción entre impugnabilidad de acuerdos no tomados de conformidad con la ley (art. 2.377) y nulidad de acuerdos de objeto imposible o ilícito (art. 2.379), quieren incluir en lo primero las vulneraciones de la prohibición del voto plural y del principio de proporcionalidad en

(4) GARRIGUES y URÍA, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, II.

(5) ALEJANDRO BÉRGAMO, *Sociedades Anónimas Las acciones*, II, pág. 454

general, criterio que también encontramos en el Código suizo, según el cual los acuerdos de emisión de acciones de voto privilegiado, así como los acuerdos tomados en base a tales votos, pueden ser impugnados cuando ocasionen un perjuicio evidente a los intereses de los accionistas sin que lo exija el fin de la Sociedad. Acaso tales orientaciones prescindan indebidamente de la incidencia que las garantías de terceros y el orden público mercantil tienen en las prohibiciones de ruptura de la proporcionalidad y en los efectos de la vulneración de tales prohibiciones.

La *legislación suiza* establece el principio de proporcionalidad y el de que todo accionista tendrá, por lo menos, un voto, aunque sólo posea una acción, pero luego admite que los Estatutos puedan limitar el número de votos del accionista; que en las disminuciones de valor nominal de las acciones se conserve el número primitivo de votos, y que el derecho de voto dependa del número de acciones y no de su valor nominal, aunque esto con restricciones.

En la *Ley alemana* se prohíbe la emisión de acciones de voto plural, pero la autoridad puede dar permiso para ellas si lo exige el interés de la Sociedad o de la economía nacional; se admiten acciones preferentes sin derecho de voto, así como que los Estatutos limiten el número de votos de un mismo accionista y otras excepciones a la proporcionalidad en supuestos especiales (KONZERNOS).

El *Código italiano* no establece el principio de proporcionalidad, limitándose a decir que todas las acciones atribuyen el derecho de voto (artículo 2.351, 1.º) y que no pueden emitirse acciones de voto plural (artículo 2.351, 3.º), prohibición que aparte de las excepciones de Derecho transitorio (D. t. 212) tiene otra, aunque no lo parezca, en las acciones de voto limitado: el acto constitutivo puede establecer que las acciones privilegiadas en el reparto de beneficios o en la cuota de disolución tengan derecho de voto solamente en las asambleas extraordinarias. Las acciones con voto limitado no pueden superar la mitad del capital social (artículo 2.351, 2.º).

La *Ley francesa* de 1966 es más sincera en materia de voto plural. Sienta el principio de que «el derecho de voto unido a las acciones de capital o de disfrute es proporcional a la cuota de capital que representan, y cada acción da derecho a un voto, al menos. Toda cláusula contraria se reputa no escrita». Pero comienza este artículo 174 dejando a salvo las disposiciones de otros cuatro, en los que admite:

- Las dos excepciones a la proporcionalidad que resultan del artículo 82, según el cual en la fase constituyente cada suscriptor dispone de un número de votos igual al de las acciones suscritas, pero sin que puedan exceder de diez, y los votos de los aportantes no dinerarios o beneficiarios de ventajas particulares no serán tenidos en cuenta para el cómputo de la mayoría en los acuerdos referentes a dichas aportaciones y ventajas.
- Que los Estatutos limiten el número de votos de que cada accionista dispone en las asambleas, con la condición de que esta limitación sea impuesta a todas las acciones sin distinción de categoría (artículo 177).
- Las acciones de voto doble (6), reguladas en los artículos 175 y 176.

(6) Traducimos la expresión *vote double* por voto doble siguiendo a BÉRGAMO, que afirma que la *Ley francesa* ha admitido éste como reducción de la anterior práctica del voto múltiple. Pero desconocemos los criterios de la jurisprudencia francesa interpretativa de estos preceptos en relación con la posibilidad de acciones privilegiadas en cuanto al voto que no concedan voto *exactamente doble* de las demás (por ejemplo, triple, o voto y medio).

Puede ser atribuido por los Estatutos o por una asamblea general extraordinaria un derecho de voto doble al conferido a otras acciones, atendida la cuota de capital social que representen, a todas las acciones totalmente liberadas (descubolsadas) que hayan pertenecido como nominativas durante dos años, al menos, a un mismo accionista. Además, en caso de aumento de capital con cargo a reservas, beneficios o primas de emisión, puede conferirse el derecho de voto doble desde la emisión a las acciones nominativas atribuidas gratuitamente a un accionista, en razón de acciones antiguas por las que gozase de este derecho.

El derecho de voto doble puede ser reservado a accionistas de nacionalidad francesa y a los pertenecientes a un estado miembro de la CEE.

Toda acción convertida en al portador o transmitida en propiedad pierde el derecho de voto doble. Sin embargo, la transmisión por causa de herencia, liquidación de comunidad conyugal o donación entre vivos a favor de un cónyuge o pariente heredero abintestato ni hace perder el derecho adquirido ni interrumpe el plazo de dos años para adquirir el voto doble.

En cambio, el artículo 174 se ha olvidado de dejar a salvo también el caso de otro precepto, que igualmente rompe la proporcionalidad: Los Estatutos pueden exigir un número de acciones para abrir el derecho de participar en las asambleas generales ordinarias (art. 168). El olvido es disculpable si consideramos que este rechazo estatutario del accionista mínimo es sólo posible para las Juntas ordinarias y con un límite: el número mínimo de acciones exigido para participar no puede ser superior a diez.

Este límite, que tiende a garantizar que sólo se priva de voto al accionista mínimo, se ha olvidado en nuestra ley y, por otro lado, tampoco es suficiente si hay pocas acciones de gran valor nominal relativo.

Prueba de la falta de criterio definitivo y uniforme en las legislaciones sobre el principio de proporcionalidad entre acciones y votos es la también vacilante normativa sobre la materia en el *Proyecto de Sociedad Anónima Europea*, en cuyos artículos 48 y 49 se acumulan normas no muy coordinadas entre sí:

- Se admiten acciones de diferente valor nominal (art. 48, 2.º).
- Las acciones podrán conferir derechos diferentes en lo que se refiere al reparto de beneficios y del activo social (art. 49, 1.º).
- Son admitidas las acciones sin derecho a voto, si bien con varias restricciones: su valor nominal no puede sobrepasar la mitad del capital; deben conferir los derechos reconocidos a todo accionista y no han de ser tenidas en cuenta para el cálculo de *quorums* o mayorías legales o estatutarias; tienen derecho de voto en los acuerdos que modifiquen la relación entre las diversas categorías de acciones (art. 49, 2.º).
- Quedan prohibidas las acciones con voto plural.

El principio de correlación y proporcionalidad no está, pues, consagrado e incluso parece que la contradicción entre rechazar el voto plural y admitir las acciones sin voto no resulta superada por una reducción de éstas a su campo propio (bonos de disfrute, etc.).

En definitiva, las polémicas sobre el voto plural y el principio general de proporcionalidad entre capital y votos han ido siendo puestas en sordina por las normas legales con varia fortuna; pero es excesivo optimismo creer que han acabado. Es lo que ocurre en todos los casos en que la ley para cortar abusos concretos ha de colocar vallas a la libertad de pacto, la cual, en cualquier momento, enarbolando el principio de auto-

mía de la voluntad, intenta demostrar que las vallas deben colocarse en otro sitio (7).

De todas maneras, repetimos que nada de lo dicho va contra las razones del Registrador y de la Dirección al calificar y resolver como lo hicieron. Sólo hemos tratado de insinuar que no debe creerse que basta el artículo 38 para considerar resuelto todo problema relativo a correlación entre acciones y votos.

B) *Defectos nuevos incluidos por el Registrador en el informe o en el acuerdo del recurso gubernativo.*—El resultando último del recurso no contiene ninguna referencia a los defectos segundo y tercero del acuerdo del Registrador, que, según indica el considerando último, fueron añadidos al defecto único consignado en la nota de calificación. Por ello no cabe hacer comentario ninguno sobre tales defectos. Haremos solamente unas breves observaciones a la doctrina sentada por dicho último considerando.

El artículo 58 del Reglamento del Registro Mercantil obliga a incluir todos los motivos de suspensión o denegación, tanto en la nota de calificación como, *en su caso*, en el acuerdo. El sentido de las palabras «en su caso» es muy importante, puesto que el párrafo segundo del mismo artículo impone corrección disciplinaria al Registrador que alega (ya sea en una nueva presentación o en trance de dar cumplimiento a la resolución favorable al recurrente) defectos no comprendidos al decidir sobre la reforma. Es cierto que la corrección disciplinaria queda también templada y condicionada por la frase «si procediere, según las circunstancias del caso»; pero a pesar de ello no hay duda de que la cuestión debía haber quedado menos imprecisa.

Este artículo 58 reproduce, con ligeras variantes, el 127 del Reglamento Hipotecario. Este resulta más ajustado a la mecánica del recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la Propiedad, porque cabe mantener que en ella no hay otra calificación que la hecha en la nota, así como que en el informe no hay calificación. De todas maneras queda también dudoso qué ocurre con los defectos incluidos en el informe y no en la nota, y hasta qué punto deben ser sometidos a la norma del artículo 117 del mismo Reglamento Hipotecario, que parece estar pensando sólo en el rechazo de peticiones del recurrente y de documentos presentados por éste. Esta cuestión de los defectos nuevos incluidos en el informe y no en la nota, que el Reglamento Hipotecario deja en duda, principalmente a efectos de una futura corrección disciplinaria, resulta más grave en el Reglamento del Registro Mercantil, donde el Registrador dicta un acuerdo en el que después de una especie de recurso de reposición (aunque se califique de mera preparación del recurso) debe acordarse «mantener total o parcialmente la calificación, expresando en este último caso los defectos que se estimen *definitivamente* subsistentes y su alcance» (art. 57, regla 4.ª). Este precepto permite mantener que en el acuerdo, el Registrador mercantil continúa calificando definitivamente y no informando, como el Registrador de la Propiedad en el informe. Pero además, el artículo 58 ordena incluir todos los motivos de suspensión o denegación en el acuerdo, y cuando se refiere a los nuevos defectos, considera

(7) Aunque hemos visto que la gran polémica doctrinal suscitada desde principios de siglo en torno a las acciones del voto plural llevó a muchos textos legales a establecer preceptos prohibitivos de las mismas, lo cierto es que cuando la Exposición de motivos de nuestra Ley de 1951 las consideró proscritas en la legislación de la mayoría de los países se dejaba engañar un poco por las apariencias, pues lo que suelen hacer las legislaciones es sentar el principio de proporcionalidad o la prohibición de acciones de voto plural, admitiendo luego bastantes cosas en contrario.

En la polémica sobre este tipo de acciones terciaron juristas europeos de gran altura, desde NUSSBAUM, en contra, a SCIALOJA, a favor, pasando por AGNUS, ANTONELLI, CASINELLI, FRÉ, MAZAUD, MICHEL y FAURE, ASCARELLI, etc. En España, además de la defensa de PEDROL, las han tratado RUIZ SALAS, URÍA, etc.

nuevos los no comprendidos al decidir sobre la reforma, dando a entender acaso que no son nuevos, a efectos de la corrección disciplinaria, los comprendidos en el acuerdo, aunque no figurasen en la nota.

Es decir, que el tono general de los artículos 57 y 58 conducen a interpretar las palabras «en su caso», del apartado 1.º del artículo 58, en su sentido más sencillo, o sea, en todo caso en que haya acuerdo del Registrador por haberse entablado (preparado) recurso y no haber accedido el Registrador a la reforma.

La Dirección ha interpretado las palabras «en su caso» en otro sentido, estimando que el Registrador en el acuerdo debe mantenerse en los límites prejuzgados por la nota, y que el artículo 58 del Reglamento lo que hace es advertirle que no se olvide de ninguno de los motivos o defectos de la nota, sin consentirle añadir otros nuevos. Averiguar cuál de las dos interpretaciones es más acorde con la naturaleza del recurso gubernativo contra la calificación registral nos conduciría muy lejos. A primera vista, la doctrina de la Dirección parece acertada para una mejor defensa de los interesados contra la calificación registral (8), pero acaso deba ser templada estimando que solamente son motivos o defectos nuevos aquellos que no guarden ninguna relación con los de la nota y sean totalmente independientes de los contenidos en ella. Porque la verdadera calificación, en sentido estricto, consiste en la denegación o suspensión hecha y acaso los nuevos motivos o defectos, de alguna manera relacionados con los antiguos o que sean formulación más completa, detallada o acertada de los antiguos, puedan ser resueltos en el recurso atendiendo a la defensa del recurrente a través de un informe para mejor proveer pedido al mismo, con lo cual se evitarían los retrasos y perjuicios de un nuevo recurso y se centraría la eventual corrección disciplinaria en criterios más equitativos.

Especialmente resulta inadecuada la interpretación dada al artículo 58 del Reglamento si el acuerdo ha de dictarlo Registrador distinto del que extendió la nota. La corrección disciplinaria no procedería al Registrador del acuerdo por no ser culpable del descuido de la nota, y acaso tampoco al que la extendió, que no tuvo oportunidad de defenderla en los considerandos del acuerdo. Pero aun prescindiendo de tan excepcional supuesto acaso tenga grandes ventajas, *en cuanto sea posible*, que el Centro Directivo resuelva sobre todas las cuestiones planteadas en el acuerdo, aunque no coincidan completamente con la nota, por razones de economía procesal, salvando la indefensión del recurrente a través del artículo 59 del Reglamento.

T. C. G.

(8) Así lo entendieron las Resoluciones de 27 de marzo y 4, 6, 26 y 29 de abril de 1929. También las Resoluciones de 21 de septiembre de 1911 y de 10 de agosto de 1939

2. SOCIEDAD COLECTIVA: ADMINISTRACION.—LA REGULACIÓN LEGAL QUE PARA LAS SOCIEDADES COLECTIVAS ESTABLECE EL CÓDIGO DE COMERCIO EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN SÓLO TIENE APLICACIÓN CUANDO EL CONTRATO SOCIAL NO HAYA DISPUESTO OTRA COSA, SEGÚN SE DEDUCE DE LOS ARTÍCULOS 121 Y 129 DE DICHO CUERPO LEGAL.

Resolución de 29 de septiembre de 1975 (B. O. del E. de 8 de octubre).

Por escritura otorgada ante el Notario de León don José López y López el 4 de septiembre de 1954, se constituyó la Sociedad Regular Colectiva «Vélez y Compañía», que se inscribió en el Registro, y fue modificada por otra otorgada en la misma ciudad el 3 de mayo de 1958, también inscrita en el Registro; que entre las cláusulas contenidas en estas escrituras, con arreglo a las cuales se rige la Sociedad, se comprenden las transcritas a continuación: Cláusula decimotercera: «La Sociedad estará administrada y regida por un socio con el nombre de Gerente, designado por la Junta de socios cada cinco años; pero en caso de situaciones especiales o por otros motivos apreciados a juicio de la Junta, podrá ser depuesto en el cargo, nombrando a uno de los asesores o a los dos mancomunadamente.» Cláusula vigésima: «Los socios se reunirán siempre que los convoque el Gerente o cuando lo solicite del mismo la cuarta parte del capital y obligatoriamente una vez al año, dentro de los cuatro meses siguientes al ejercicio que finalizó, para examen y aprobación de las cuentas. Las Juntas serán convocadas con ocho días de anticipación y por escrito, indicando los asuntos a tratar.» Cláusula vigésimo primera: «Las Juntas serán presididas por el Gerente, y a no poder ser así, le sustituirá el socio de más edad. Para poder tomar acuerdos es preciso que los socios que asistan representen, como mínimo, la mitad del capital social, excepto para los casos de disolución de la Sociedad y modificación de las escrituras que regulen el régimen de la misma, que será necesaria la asistencia de socios que representen, como mínimo, los dos tercios del mismo. Si no pudieran tomar acuerdo por falta de número suficiente de socios presentes y representados, se convocará nuevamente a Junta con el mismo orden de asuntos a tratar y con el margen de fechas suficientes y que exige la cláusula 20, pudiendo tomar acuerdos en esta Junta segunda, siendo obligatorios igualmente para todos, cualquiera que sea el número de socios que asista y partes que representa, excepto para los casos de disolución y modificación de escrituras, que deberán asistir o estar representados, como mínimo, la mitad de las participaciones sociales.» Cláusula vigésimo tercera: «Los acuerdos se tomarán por mayoría de votos, presentes y representados, y se registrarán en un Libro de Actas obligando a todos los socios. La representación de los socios para la asistencia a las Juntas se dará por escrito y sólo podrá recaer en otro socio. Los votos se contarán

teniendo en cuenta que la participación más pequeña en el capital da derecho a un voto y los demás en la proporción correspondiente»; que de los Libros del Registro Mercantil aparece que la referida Sociedad está integrada por siete socios; que el 12 de febrero de 1975, don Abilio Castañón Gutiérrez, como Gerente de la Sociedad, otorgó escritura ante el Notario de Armunia don Juan Antonio Lorente Pellicer, en la que se recoge el acuerdo adoptado en la Junta general de socios celebrada en León el 27 de junio de 1974 reeligiendo al citado señor Castañón Gutiérrez como Gerente de la Sociedad, cargo para el que fue nombrado por la Junta celebrada en León el 27 de julio de 1969 e inscrito su nombramiento en el Registro Mercantil; que de la transcripción de la certificación del acta, extendida en el Libro de Actas de la Sociedad el 26 de julio de 1974, que se hace en la escritura, resulta que se reunieron los socios don Abilio Castañón Gutiérrez, doña Ana Vélez Rodríguez y doña Laudelina Castañón Gutiérrez, a los que se había convocado oportunamente para nombrar Gerente, acordando unánimemente reelegir a don Abilio Castañón Gutiérrez para que continuara en el cargo por otro período.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Presentada la precedente escritura en este Registro, a las diez horas treinta minutos del día 19 de febrero de 1975, con el número 496 del Diario seis, se deniega su inscripción por observarse los siguientes defectos:

Primero.—No se acredita el consentimiento de todos los socios de la Sociedad para el nombramiento del Gerente, único socio administrador de la Sociedad, infringiendo así los artículos 127, 129 y 143 del Código de Comercio, ya que el nombramiento se hace por sólo tres socios, uno de ellos el propio nombrado Administrador, de los siete que, según el Registro, integran la Sociedad.

Segundo.—Aunque se admitiera la posibilidad del nombramiento de Gerente Administrador por mayoría de capital, de la certificación inserta en la escritura, y que sirve de base a su otorgamiento, no resulta acreditado que los tres socios se reunieran en Junta, como exige la cláusula decimotercera de las que rigen la Sociedad; ni que los socios, especialmente los cuatro no asistentes, hayan sido convocados a la Junta con los requisitos que exige la vigésima de tales cláusulas; ni de cuál de las dos convocatorias previstas en la cláusula vigésimo primera—incompletamente transcrita en la escritura—se trata, en su caso.

Tercero.—Ambigüedad en la determinación del plazo de duración del nombramiento, ya que en la certificación incorporada a la escritura se dice que el Administrador 'continúe por otro período' (sin determinar cuál sea éste) y que el nombrado acepta su nombramiento 'desde este momento'; en el otorgamiento de la escritura se designa al Gerente sin hacer precisión alguna, por tanto, no se puede saber si el momento en que comienza a surtir efecto el nombramiento es el de la fecha de la aceptación del cargo por el nombrado, el de la terminación del plazo de duración del nombramiento anterior o cualquiera otro, y, en su consecuencia, tampoco puede saberse el día en que finaliza su cometido.»

Los defectos primero y tercero son insubsanables, por lo que no procede practicar anotación preventiva, que tampoco ha sido solicitada.

Don Abilio Castañón Gutiérrez interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que de conformidad con la regla general establecida por el artículo 121 del Código de Comercio, el nombramiento de Gerente se regula por las cláusulas números 13, 21 y 23 de los Estatutos sociales, según las cuales será designado por la Junta de Socios cada cinco años, no siendo preciso el consentimiento de todos los socios, pues basta el acuerdo adoptado en la Junta por socios que representen la mitad del capital social; que la Junta de

Socios de 26 de julio de 1964 se celebró con la asistencia de los tres socios que figuran al margen de la certificación del acta, y que representaban justamente la mitad del capital social, como podía comprobarse en el propio Registro Mercantil; que, por tanto, no son aplicables al presente caso los artículos 127, 129 y 143 del Código de Comercio, pues se refieren al supuesto de que no estuviese regulada en los Estatutos la forma de nombrar Gerente, de tomar acuerdos y de celebrar las Juntas; que el segundo punto de la nota es contrario a los artículos 131 y 132 del Código de Comercio; que la objeción del funcionario de que no resulta acreditada la reunión de la Junta queda desvirtuada por la certificación del acta de la misma, que dice textualmente «que los socios figurados al margen se han reunido para el nombramiento de Gerente, oportunamente convocados al efecto»; que no puede negarse, pues, la celebración de la Junta y su convocatoria estatutaria, no existiendo ninguna reclamación de los socios no asistentes, únicos legitimados para la impugnación, y sin que pueda tomarse en consideración la tacha de falsedad de la certificación al no estar declarada por sentencia firme; que no se consideró preciso señalar si la Junta se celebraba en primera o segunda convocatoria, pues había representación y asistencia suficiente para celebrarla y acordar el nombramiento incluso en primera convocatoria; que no hay ambigüedad en la determinación del plazo de duración del nombramiento, ya que el período de cinco años vencía el 26 de julio de 1964, que es precisamente la fecha de celebración de la Junta, en cuyo acto el Gerente aceptó su reelección para el cargo por un nuevo período, y que para la anterior inscripción de nombramiento de Gerente hecha en el mismo Registro fue suficiente la certificación del acuerdo tomado con la misma asistencia de socios y de capital, por lo que no es explicable el cambio de criterio del Registrador.

El Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación con los siguientes razonamientos: Que en este recurso se contempla como problema fundamental el de determinar si en una Sociedad Regular Colectiva para el nombramiento de Gerente, Administrador único de la Sociedad, es necesario el consentimiento de todos los socios o si es suficiente el acuerdo tomado por los socios que representen la mitad del capital social; que el nombramiento de Administrador en la Sociedad Regular Colectiva es de gran trascendencia para los socios, no pudiendo en ningún caso ser indiferente para los mismos, y así se deduce de las características esenciales que para este tipo de Sociedad señala el Código de Comercio, y que son: la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios por las obligaciones contraídas por los Administradores (art. 127); el ser una Sociedad de trabajo, en la que todos los socios son gestores natos de la Sociedad, salvo que renuncien expresamente (art. 129), y ser esencialmente personalistas, no pudiendo los socios prescindir de la cualidad intransmisible que tienen de Gestores natos sin que preceda su consentimiento (art. 143); que los artículos 127, 129 y 143 del Código de Comercio, citados, tienen naturaleza imperativa y no pueden ser desplazados por la voluntad de las partes ni excluidos en su aplicación sin desvirtuar la naturaleza esencial de la Sociedad Regular Colectiva; que contra esto no se puede objetar el contenido del artículo 121 respecto a las Sociedades Mercantiles en general, ni el del último párrafo del artículo 125, que se refiere a las Sociedades Colectivas, ya que estos preceptos del Código de Comercio deben interpretarse en el sentido de que la insuficiencia de pacto será completada por la regulación legal para que no se produzca ineficacia del contrato; que los artículos 131 y 132 del Código de Comercio, aducidos por el recurrente en apoyo de sus tesis, no son aplicables al caso, ya que lo que se pretende inscribir es el nombramiento de Gerente de una Sociedad Regular Colectiva hecho por tres de los siete socios que la integran, no la inscripción de actos realizados por los Administradores; que aun cuan-

do no se admitiere el primer defecto señalado en la nota, ha de apreciarse que la Junta celebrada no fue válida al no reunir los requisitos exigidos por las cláusulas vigésima y vigésimo tercera, que establecen que las Juntas sean convocadas con ocho días de anticipación y por escrito, previéndose la celebración en primera o segunda convocatoria, ya que en la certificación unida a la escritura, cuya inscripción se deniega, no se dice que fueran convocados los cuatro socios no asistentes, ni la antelación con que lo fueren los asistentes, ni si fue por escrito, ni si se trata de primera o segunda convocatoria, requisitos todos indispensables, cuyo cumplimiento habría que presumir, pues no puede deducirse de la documentación presentada; que dada la importancia del asunto a tratar en la Junta y el contenido de los citados artículos 127, 129 y 143 del Código de Comercio debió extremarse el cuidado a fin de que todos los interesados tuvieran el debido, formal y anticipado conocimiento de la pretendida Junta, como resulta de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de abril de 1970; que el nombramiento de Gerente no es un acuerdo de los comprendidos en la cláusula vigésimo primera, sino en la cláusula decimotercera, debido a lo cual, conforme al párrafo último del artículo 125 del Código de Comercio, habrán de aplicarse el propio artículo 125 y el 129 del mismo Código, que exigen unanimidad de todos los socios que constituyen la Sociedad, siendo éste el criterio seguido por las resoluciones del Centro Directivo de 7 de febrero de 1953, 19 de noviembre de 1957 y 2 de noviembre de 1971; que es inoponente el hecho de que los socios no asistentes no hayan impugnado el nombramiento ni exista sentencia firme de ningún Tribunal, puesto que el Registrador califica los documentos presentados por lo que de ellos resulte, conforme a la facultad que le confieren los artículos 5 y 44 del Reglamento Mercantil; que no hay precisión en la determinación del plazo de duración del nombramiento, ya que pueden estimarse tres momentos como comienzo del mismo: el día siguiente del término del nombramiento anterior conforme a los datos del Registro, el de la fecha del acuerdo y aceptación del nombrado y el del otorgamiento de la escritura, y que el Registrador no tiene por qué subordinarse a criterios anteriormente seguidos por él mismo o por sus predecesores en el cargo (resoluciones de 18 de noviembre de 1970 y 5 de diciembre de 1961).

Vistos los artículos 121, 125, 127, 129 y 31 del Código de Comercio, y 1 y 90 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956.

Considerando que para la resolución de este recurso gubernativo se hace necesario tener en cuenta el contenido de los asientos registrales de la Sociedad Colectiva «Vélez y Compañía»; que en lo relativo a la administración y gestión de la misma publican una serie de pactos—cláusulas 13, 16, 20, 21 y 23 de la escritura de constitución—acerca de la forma de llevarla a cabo, así como del nombramiento temporal de Gerente por la que denominan Junta de Socios y del funcionamiento de ésta.

Considerando que a tales pactos sociales habrá que atenerse, dado que la regulación legal que para las Sociedades Colectivas establece el Código de Comercio en materia de administración sólo tiene aplicación cuando el contrato social no haya dispuesto otra cosa, según se deduce de los artículos 121 y 129 de dicho Cuerpo legal, por lo que la autonomía privada no encuentra límites en esta materia en orden a la organización interna de este tipo de Sociedad—salvo, claro es, los derivados de una disposición de carácter imperativo—y puede, en consecuencia, adoptar todas las posibles soluciones, incluso aquellas que aparecen inspiradas en estructuras de Sociedades de tipo capitalista, siempre que la debida adaptación para que no se desvirtúe la esencia personalista de esta clase de Sociedad.

Considerando que en el presente caso, y al estar para vencer el plazo de vigencia de nombramiento de Gerente, reunidos tres de los siete so-

cios—que integran el quórum mínimo de asistencia exigido en la cláusula 21 de la escritura de constitución—, que representan la mitad del capital social, acuerdan prorrogar por unanimidad, y de conformidad con lo establecido en la cláusula 17, el nombramiento del actual Gerente por un nuevo plazo de cinco años, con lo que al cumplir las previsiones contractuales, el acuerdo concluido se encuentra ajustado a lo pactado por todos los socios en la escritura fundacional, que fue debidamente inscrita en el Registro Mercantil, y produciendo el asiento todos los efectos legales, según el artículo 1 del Reglamento que lo regula, por lo que no es necesario que el nombramiento efectuado lo sea por la unanimidad de los socios y, en consecuencia, no cabe apreciar la existencia del primer defecto señalado en la nota.

Considerando que la trascendencia que en las Sociedades Colectivas tiene el nombramiento de Administrador, por la repercusión de los actos que realiza a nombre y por cuenta de la Sociedad, que obliga no solamente a ésta, sino también a todos los socios, personal y solidariamente con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones, exige como contrapartida que aparezcan claramente cumplidos todos los requisitos que, como garantía de la legitimidad de los acuerdos a adoptar, se pactaron al constituirse la Sociedad, y es indudable que de la escritura calificada no resulta justificado que se hiciera la convocatoria en la forma que prescribe la cláusula vigésima ni si se trataba de una primera o segunda convocatoria, así como tampoco es suficiente la escueta referencia que en la certificación social se hace a que fueron convocados todos los socios, pues es necesario conocer las circunstancias en que tuvo lugar, a fin de que no ofrezca duda racional alguna de que su no presencia no fue debida a irregularidad o defecto en la citación.

Considerando, por el contrario, que no existe ambigüedad en la determinación del plazo de duración del nombramiento, ya que al ser una prórroga del que estaba a punto de finalizar, claramente se deduce que la fecha a tener en cuenta no es la de aceptación del cargo por el nombrado, sino desde el día en que terminó su primer mandato.

Esta Dirección General ha acordado, con revocación parcial del acuerdo del Registrador, confirmar el defecto segundo de la nota de calificación.

COMENTARIO.—Plantean los antecedentes de la resolución que se comenta el problema de determinar—como cuestión principal—si es o no necesario el consentimiento de todos los socios colectivos para el nombramiento de Gerente, y como cuestiones secundarias, los requisitos de convocatoria y Junta de Socios para proceder a tal designación, así como la de concretar a partir de qué momento comienza el nombramiento de Gerente a producir sus efectos, si es a contar de la fecha de aceptación del cargo por el nombrado o de la terminación del plazo del nombramiento anterior.

La figura del Gerente tiene una extraordinaria importancia en la Sociedad Regular Colectiva, fundamentalmente en atención a la responsabilidad ilimitada y solidaria de todos los socios por las deudas sociales —artículo 127 del Código de Comercio— y al hecho de que el Gerente —órgano social a quien se atribuye la administración y representación de la Compañía—está facultado para realizar todos los actos concernientes al giro o tráfico de la empresa, con las repercusiones económicas que tal actividad pueda suponer para el patrimonio social y para el privativo de los socios, conforme a lo dispuesto en el citado precepto del Código de Comercio.

Para el enfoque del problema principal es conveniente, por tanto, y con carácter previo, fijar los supuestos incluidos en el Código de Comercio acerca de la administración y representación de esta forma de Sociedad.

En materia de administración—gestión interna—, el Código de Comer-

cio diferencia: 1) Cuando la administración no se hubiere limitado por acto especial a alguno de los socios, todos ellos tendrán la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes—artículo 129 del Código de Comercio, coincidente con la solución dada para el supuesto similar en la Sociedad civil por el artículo 1.695, 1.º, del Código civil—. 2) Cuando hubiese socios especialmente encargados de la administración, los demás no podrán inmiscuirse en la misma—artículo 131 del Código de Comercio—. Análoga regla mantiene el artículo 1.692 del Código civil respecto de la Sociedad civil.

En materia de representación—gestión externa centrada en el «uso de la firma social»—contempla el artículo 132 del Código de Comercio el supuesto de que «la facultad privativa de administrar y de usar de la firma social haya sido conferida en condición expresa del contrato social», por lo que al lado del mismo cabe admitir el de que la facultad privativa de administrar y usar de la firma social se confiera simplemente sin condición expresa del contrato social.

De lo anterior resulta que el Código de Comercio contrapone los socios administradores a los socios gestores, encomendando a estos últimos además de la administración, el uso de la firma social. Dentro de esta última categoría, a su vez, el artículo 132 da pie a la distinción expresada de que el poder que se concede al socio tenga carácter revocable o irrevocable, y que depende de la circunstancia de que todos los demás socios hayan considerado o no como factor determinante de la constitución de la Sociedad que ésta sea administrada y regida expresamente por uno de ellos. En resumen, en la Sociedad Colectiva puede haber administradores dotados de la simple facultad de administrar o de la administración y el uso de la firma social—sea con carácter revocable o irrevocable—. En este segundo supuesto nos encontramos ante la figura del Gerente considerado en su doble aspecto de Gestor y Administrador.

Para el nombramiento de Gerente es necesario destacar su carácter originario o sobrevenido, es decir, diferenciar el supuesto de designación al tiempo de otorgarse el contrato de Sociedad, del de la designación posterior. Según las normas del Código de Comercio parece indudable que en el caso del artículo 132—o sea, cuando la facultad privativa de administrar y usar de la firma social se confiera como condición expresa del contrato—se necesitará el unánime consentimiento de todos los socios, ya se haga la designación en el momento del otorgamiento o con posterioridad, ya que ésta equivaldrá a una modificación sustancial de dicho contrato, conforme a los artículos 119, 2.º, y 25 del Código de Comercio.

Parece también evidente que para la designación originaria de los socios que hayan de encargarse de la administración y representación de la Sociedad se necesitará también el unánime consentimiento de los demás, dado el carácter de Gestores y Administradores natos que todos los socios tienen en la Sociedad Colectiva. Pero el problema se plantea en la designación posterior del Gerente, que implica dos actuaciones: destitución del actual y nombramiento de uno nuevo. En este punto es conveniente hacer una nueva distinción, según que en las cláusulas y condiciones del contrato social se hubiere previsto o no tal supuesto. Si se ha previsto parece que dada la redacción del artículo 121 del Código de Comercio habrá de estarse a lo pactado, posición mantenida por la Dirección. En caso contrario, es decir, cuando nada se hubiere previsto en el contrato, es indudable que los socios, con arreglo al artículo 132, podrán privar de la administración al que la obtuvo, salvo que éste hubiere sido designado como condición expresa del contrato, o sea, con carácter irrevocable. Por ello entendemos que basta la petición de uno solo de los socios de revocar el nombramiento para que ésta se produzca. Vacante el cargo, se necesitará el consentimiento de todos los socios para que pueda designarse a un nuevo Gerente.

En este punto se plantea el problema con toda su fuerza, pues si, como

hemos visto, en la vía legal se exige el consentimiento unánime de todos los socios para la designación del Gerente, surge la duda de si esta regla puede quedar sin efecto por las estipulaciones consignadas en el contrato. Entendemos que, conforme al principio de libertad de pacto del artículo 121 del Código de Comercio, los socios pueden estipular en el contrato social una serie de facultades—entre ellas, la designación de un nuevo Gerente—y atribuírselas a la Junta. La licitud de tal pacto descansa en la posibilidad de renuncia de los derechos individuales del socio que implícitamente envuelve la firma del contrato social, en el que los socios expresan su voluntad de excluirse de la administración, a la que naturalmente están llamados, y la de someterse a la designación de la mayoría para el nombramiento de un nuevo Gerente. Este es el criterio que fija la resolución que se comenta al mantener la aplicación prioritaria de las normas de administración pactadas en el contrato social, siempre que no desvirtúen la esencia personalista de esta clase de Sociedad.

En cuanto al cumplimiento de los requisitos de convocatoria, los socios tienen que actuar de acuerdo con lo pactado en el contrato social, extremo que no se acredita, puesto que en la certificación que se acompaña a la escritura únicamente se dice que «se reúnen los socios que figuran al margen para nombrar Gerente de la Sociedad». El hecho de que los socios no asistentes a la reunión no hayan impugnado el nombramiento es inoponente a efectos registrales, como acertadamente señala el Registrador, pues los artículos 5 y 44 del Reglamento del Registro Mercantil le atribuyen la facultad de calificar los documentos presentados por lo que de ellos resulta. Finalmente, en cuanto al plazo de duración, por tratarse de una prórroga, aquél empezará a contarse desde el día en que finalizó el primer mandato.

E. F. C.



II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ,
JOSÉ QUESADA SEGURA,
JAVIER SÁENZ VILLAR,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ Y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

FALTA DE IDENTIDAD DE COSA JUZGADA. DESESTIMACION DEL RECURSO DE CASACION POR NO PLANTEARSE BIEN EL CONCEPTO DE LA INFRACCION ALEGADA. EL TERCERO DEL PARRAFO ULTIMO DEL ARTICULO 40 DE LA LEY HIPOTECARIA. INTERPRETACION DEL ARTICULO 66 DE LA MISMA LEY. LEGITIMACION ACTIVA DE LA ACCION DE RECTIFICACION REGISTRAL. VENTA POR CONGREGACION RELIGIOSA (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—La excelentísima señora doña María Teresa Rojas y Roca de Togores, Marquesa del Bosch de Ares, deduce demanda contra la Congregación Salesiana de Alicante; contra la Sociedad «Construcciones San Martín, S. A.»; contra la Caja de Ahorros del Sureste de España, y contra aquellas personas desconocidas que traigan causa de la inscripción segunda de la citada Congregación, exponiendo en síntesis: que la Congregación Salesiana acudió en su día al procedimiento especial de la Ley de 11 de julio de 1941, obteniendo a su favor declaración expresa de ser personas interpuestas los titulares que figuraban en la inscripción primera de la finca objeto de la litis, siendo la propia Congregación la que había adquirido la finca, practicándose la inscripción segunda a su favor y cancelándose la primera en virtud del correspondiente mandamiento, sin que se recogieran en la nueva inscripción practicada las condiciones resolutoria de la adquisición que figuraban en la anterior inscripción, según las cuales revertiría la finca a los transmitentes si no se construía una escuela en el plazo de un año o si se abandonaba durante el espacio de un año; que la referida Congregación había gravado la finca con una hipoteca a favor de la Caja de Ahorros del Sureste de España y vendió una participación de dicha finca a «Construcciones San Martín, S. A.». Suplica se dicte sentencia por la que se declare que la adquisición de la Congregación Salesiana, que figura en la inscripción segunda, lo fue con las referidas condiciones resolutorias, que deben consignarse en el Registro, y que al haberse cumplido el evento

de las mismas por abandono del Colegio, debe producirse la reversión a favor de los titulares de la expectativa, declarándose igualmente que es nula la compra efectuada por «Construcciones San Martín, S. A.», y en cuanto a la hipoteca existente, que debe pagar la deuda la Congregación Salesiana.

La Congregación demandada contesta diciendo que no ha abandonado en ningún momento la Escuela ni los terrenos y que no deben inscribirse condiciones de ningún género en el Registro.

La Compañía «Construcciones San Martín, S. A.», contesta alegando que había adquirido una participación indivisa de la finca sin que constaran cargas ni condiciones en el Registro, por lo que no sospechó que iba a verse arrastrada a este pleito, solicitando, en consecuencia, la absolución de la demanda y que se mandase cancelar la anotación preventiva de dicha demanda.

La Caja de Ahorros del Sureste de España, por su parte, contesta diciendo que su hipoteca tiene el carácter de primera, con prioridad registral respecto a terceros, no pudiendo imponérsele ninguna modificación en cuanto a la obligatoriedad personal del pago ni en lo referente a la garantía real establecida.

La solución del caso en Primera Instancia y en apelación.—El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Alicante desestimó la demanda, ordenando cancelar la correspondiente anotación preventiva.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia dictó sentencia, ante el recurso de apelación de la actora, confirmando y revocando parcialmente la sentencia recurrida, declarando que la finca registral adquirida por la Congregación Salesiana lo fue con las condiciones que constan en la inscripción primera, por lo que no constando en la inscripción segunda debe rectificarse el Registro para darles entrada, sin que tal rectificación afecte a la hipoteca de la Caja de Ahorros del Sureste de España ni a la participación comprada por «Construcciones San Martín, Sociedad Anónima», por ser terceros, que no deben ser perjudicados, y absolviendo a los tres demandados de las demás pretensiones de la parte actora.

Los dos recursos de casación.—Tanto la parte demandante como la Congregación Salesiana demandada interponen recursos de casación por infracción de ley.

La parte demandante se basa en los dos siguientes motivos: 1.º Infracción por violación del artículo 4 del Código civil, en relación con los cánones 1.530, 1.531, 1.532 y 1.679 del *Codex*, y de la doctrina legal sobre los artículos 4 y 1.302 del Código civil, porque la venta efectuada por la Congregación a favor de «Construcciones San Martín, S. A.», es nula por no haberse cumplido los requisitos de validez del Derecho canónico. 2.º Infracción por violación de los artículos 17 y 34 de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos 40—final—, 66 y 70 de la misma ley. No se ha aplicado el artículo 66, a pesar de estar presentada con anterioridad a la adquisición de «Construcciones San Martín, S. A.», la instancia de rectificación del Registro, habiéndose suspendido el asiento de presentación en virtud de la interposición de recurso gubernativo, y prorrogado después en virtud de la anotación de la demanda origen de este pleito.

La Congregación Salesiana basa su recurso en los siguientes motivos: 1.º Falta de aplicación del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, que niega el ejercicio de acciones de rectificación a quienes no sean titulares del dominio o de un derecho real. 2.º Violación del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos 1.940, 1.041, 1.954, 1.963 y 1.964 del Código civil. 3.º La sentencia recurrida es contraria a la cosa juzgada, pues en sentencia anterior del Tribunal Especial de la Ley de 11 de junio de 1941 se ordenó

practicar la inscripción «sin que consten cargas», con cancelación de la inscripción precedente, y ahora se pretende modificar la sentencia firme de ese Tribunal. 4.º Violación de los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria, por cuanto la prohibición de disponer que resulta de la cláusula final rescisoria del primitivo contrato de permuta de la inscripción primera no debe tener acceso al Registro por estar contenida en un contrato oneroso. 5.º Violación del párrafo 2.º del artículo 1.118 del Código civil, porque la discutida condición resolutoria por abandono del Colegio es de carácter negativo y debe entenderse cumplida cuando se cumplió la obligación principal de edificación del Colegio. 6.º Violación del artículo 1.116 del Código de Comercio, por ser una condición resolutoria contraria a la moral y a las buenas costumbres.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre, declara no haber lugar a ninguno de los dos recursos interpuestos por lo siguiente:

«Considerando que por el primer motivo del recurso interpuesto por la actora, doña María Teresa de Rojas v Roca de Togores, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación del artículo 4 del Código civil, en relación con los cánones...; infracciones que se hacen estribar en que el contrato por el que 'Construcciones San Martín, S. A.', adquirió de la Congregación Salesiana una participación mayoritaria indivisa en la finca litigosa no reúne los requisitos o solemnidades esenciales que dada su naturaleza son exigibles y que concreta...; mas frente a lo expresado cabe señalar: a) que si bien en el suplico de la demanda, entre otras pretensiones, lo es la de nulidad del referido contrato, se justifica, conforme al extremo c) de los fundamentos de derecho, en que nadie puede dar lo que no tiene, o lo que es igual, no puede darse lo que no es propio, intentándose un desplazamiento patrimonial de un bien concreto sin contar con el acuerdo de su verdadero titular, en cuyo único aspecto es discutida y objeto de decisión en la recurrida sentencia, por lo que en realidad aquella otra controversia traída al recurso no fue objeto de debate en el pleito ni de decisión en la sentencia, mercediendo, consecuentemente, calificarla de cuestión nueva; b) porque es tan sólo en el escrito de réplica en el que se agrega que el Rescripto Pontificio autorizando la venta operada de la finca de autos 'viene montado sobre la base de un precio ciertamente superior al que sirvió de contraprestación en el contrato traslativo', y si en vía de resumen, como así lo califica el actor, se afirma que el contrato de transmisión a favor de 'Construcciones San Martín, S. A.', se produce usando de un poder o autorización de la Santa Sede, que establece un precio muy superior al que percibe la Congregación Salesiana, además de que tales alegaciones no se reflejan o llevan al suplico, pues solamente se reitera el de la demanda, en el que la nulidad que es objeto de petición lo es por causa bien distinta, como ya quedó expresado, es que no es conforme a la génesis o razón de demandar, cuando es precisamente, y en propio decir del actor en su escrito de réplica, 'la compraventa que pretendió producir la Congregación Salesiana en favor de 'Construcciones San Martín, S. A.', la que comporta la previsión establecida para que opere la resolución'; resolución que se refiere a la del contrato de permuta o compraventa entre doña Mariana Moreno y Pérez de Vargas y sus hijos, causantes de la actora, y la Congregación Salesiana, de lo que resultaría que de darse aquella causa de nulidad imposibilitaría la de la condición resolutoria, que es la principal pretensión y fundamento de la demanda, sin perjuicio de aquella otra motivación anulatoria a los efectos de la reversión que dicha condición aparejaría; c) porque aunque se estimara que aquella referencia en el escrito de réplica al Rescripto Pontificio fue bastante para que en los escritos de dúplica se hiciere por los demandados las oportunas defensas u oposiciones, tendría-

mos que, aunque como argumento meramente subsidiario, no deja de tratarse de dicha cuestión en la recurrida sentencia, y así, cuando en el décimo de sus considerandos, precisamente remitido a la pretendida declaración de nulidad a la que se viene haciendo referencia, en el aspecto con que es discutida y decidida, se justifica su improcedencia, tanto por no existir ninguna prohibición para enajenar por parte de la Congregación Salesiana como por reunir 'Construcciones San Martín, S. A.', los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria para ser tenido como tercero hipotecario, que impide tal pretendida declaración de nulidad de la adquisición ni la consecuente del asiento registral producido, no se deja de razonar sobre la circunstancia 'de si en el Rescripto Pontificio—necesario para la enajenación de bienes de instituciones religiosas que rebasen cierta cuantía—se autorizaba la venta por mayor o menor precio del estipulado en la escritura sea trascendente en esta litis, pues ningún interés, y, por tanto, ninguna acción, tiene la actora, que no fue parte en dicho acto, para impugnarlo, ello sin tener en cuenta que antes de la compraventa, y después del Rescripto, se recibió por la Congregación un préstamo garantizado con hipoteca, que entre principal, intereses, comisiones, gastos y costas aseguraba una cantidad superior a los 18 millones de pesetas', por lo que, consecuentemente, nunca cabría decir se hubiere violado el canon 1.132 (*sic*), único precepto aplicable a la cuestión litigiosa desde este aspecto en el que quiere ser examinado por el recurso, todo lo que obliga a la desestimación de este primer motivo.»

«Considerando que por el motivo segundo del propio recurso, y por igual vía a la de su anterior, se denuncia la violación 'de los artículos 17 y 34, en relación con los artículos 40—párrafo final—, 66 y 70, todos ellos de la Ley Hipotecaria', pretendiéndose combatir la declaración mantenida en la recurrida sentencia de ser tercero hipotecario 'Construcciones San Martín, S. A.', respecto a la adquisición por compra de una participación indivisa del inmueble, al que se refiere la inscripción segunda, que motiva la inscripción cuarta, y sin que, por tanto, pueda afectarle la rectificación registral correspondiente a la referida segunda inscripción para obtener su acomodación extrarregistral, en cuanto a la condición resolutoria que aparece en la inscripción primera, y que sustancialmente apoya en que cuando 'Construcciones San Martín, S. A.', inscribió su título adquisitivo de dicha participación indivisa en el inmueble propiedad de la Congregación Salesiana, se hallaba cerrado el Registro a su acceso: primero, por la actuación gubernativa sobre rectificación registral, y segundo, al cesar sus efectos por enlazarse con la anotación preventiva de la demanda que motiva la litis; mas preciso se hace tener en cuenta que, conforme se razona en el décimo de los considerandos de dicha recurrida sentencia, la demandada 'Construcciones San Martín, S. A.', además de haber adquirido de buena fe, a título oneroso, de la Congregación Salesiana, que en el Registro de la Propiedad figuraba como titular dominical, extremos o requisitos éstos que no se discuten y, por el contrario, se le reconocen por el recurrente, cuando seis meses después de la adquisición presentó su título traslativo del dominio para su inscripción, esto es, dieciocho días después de haber solicitado la actora y don José de Rojas y Moreno la rectificación de la inscripción segunda, la nota de suspensión del asiento de presentación, extendida por el Registrador mientras se tramitaba el recurso gubernativo, quedó sin base al resolverse el recurso de apelación, que contra la negativa del Presidente de la Audiencia se interpuso ante la Dirección General, que confirmó dicha negativa, y como la anotación preventiva de la demanda no se realizó hasta el 30 de diciembre de 1970, teniendo presentado su título adquisitivo 'Construcciones San Martín, S. A.', el 12 de noviembre de 1969, no se enlazaron aquellos efectos, a los que se refiere el recurrente, de la suspensión gubernativa y la anotación de demanda, y ello, según expresión literal de la sentencia, porque la retroacción de efectos que el

artículo 66 contempla es para los supuestos de suspensión o denegación de inscripción de títulos por faltas subsanables o insubsanables, pero no para casos, como el presente, en que la única vía utilizable es la judicial y presentada en aquel intervalo, esto se, entre la cesación de efectos suspensivos declarada por la nota del Registrador durante la tramitación del expediente gubernativo y la anotación de demanda, proclama la recurrida sentencia que 'quedando en primer lugar debió inscribirse antes de extenderse la anotación preventiva de la demanda, en cuyo momento se cumplió la última exigencia para ser tenida por tercero hipotecario y ser protegida contra cualquier nulidad o resolución del derecho del transmitente'; pero es que además, continúa razonando la tan meritada sentencia, 'aun en el caso de que la anotación de demanda se retrotrajere a la fecha del asiento de presentación de la referida instancia, tampoco podría perjudicarlo, de conformidad a lo dispuesto en el párrafo último del artículo 40, ya que, según el mismo, la rectificación del Registro no perjudica a los derechos adquiridos por terceros a título oneroso y de buena fe durante la vigencia del asiento que se declara inexacto, y como la compraventa tuvo lugar cuando el asiento publicaba una titularidad dominical a favor de la Congregación sin restricción alguna, 'Construcciones San Martín, S. A.', quedaba amparada por dicho precepto', por lo que, en consecuencia, sea cualquiera la interpretación que deba darse a lo sentado por la recurrida sentencia al decir 'debió inscribirse' o se tome a ese tercero, al que se refiere el artículo 40, como simplemente civil, cual parece ser el sentir de la sentencia y no menos conforme a la realidad de dicho precepto, o lo sea al hipotecario, cual pretende el recurrente, en cuyo caso no operaría tal protección, es lo cierto que el juzgador de instancia se atuvo, con criterio más o menos acertado, que no es del caso examinar, a los preceptos que se dan como violados en el motivo y sin que, por tanto, pueda jugar dicho concepto de infracción, cuando, como ha quedado expresado, el juzgador los tuvo en cuenta y aplicó, por lo que el motivo ha de ser desestimado, y con ello el recurso interpuesto por la actora ..»

«Considerando que entrando en el examen del recurso interpuesto por la Congregación Salesiana, se formula el primer motivo, al amparo del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la violación del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, y aunque no precisa el párrafo de dicho artículo que se estima infringido, máxime cuando en la sentencia hay referencia expresa al mismo en cuanto a su último párrafo—considerando décimo—y a su segundo párrafo—considerando quinto—, de su fundamentación se desprende que está queriendo referirse al párrafo primero, en cuanto determina quiénes están legitimados para el ejercicio de la acción encaminada a la rectificación registral; mas es precisamente a dicha legitimación a la que la recurrida sentencia dedica su sexto considerando, con expresa cita del tan mencionado artículo, para estimar incluidas entre las que dicho párrafo primero señala a la actora, como legitimada para el ejercicio de la expresada acción, como titular, bien de una expectativa de derecho, bien de un derecho real en formación, o una situación jurídica de pendencia, por lo que podrá haber incurrido el juzgador de instancia, en su caso, en una interpretación errónea de dicho artículo, pero lo que no puede decirse es que lo haya violado, por lo que el motivo ha de decaer; argumento que cabe perfectamente reiterar, en cuanto al segundo motivo se refiere, toda vez que denunciada la violación del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos... del Código civil, no deja el juzgador de instancia de hacer referencia tanto a la prescripción tabular, como a la extintiva, en el séptimo de los considerandos de la recurrida sentencia, con expresa cita del meritado artículo 35 de la Ley Hipotecaria, como implícito del artículo 1.693 del Código civil, y si bien de su análisis en relación a los hechos declarados en dicha sentencia llega a conclusión contraria a la pretendida por el recu-

rente, al igual que se expresó en relación al anterior motivo, podrá haber incurrido en alguna otra infracción, pero lo que no puede decirse es que lo haya desconocido, ya que la prescripción tabular se halla recogida en el primero de los citados preceptos y a la extintiva se refieren los segundos, con lo que, como ya quedó indicado, al igual que su anterior, hay que desestimar este segundo motivo.»

«Considerando que el tercer motivo del recurso denuncia, al amparo del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la sentencia que se recurre es contraria a la cosa juzgada, con referencia a la sentencia dictada por el Juzgado Especial de la Ley de 11 de julio de 1941, con fecha 20 de junio de 1965; mas aparte de no citarse precepto infringido y concepto por el que lo fuere, incurriendo en defecto formal determinante de su inadmisibilidad en esta fase de desestimación, es que, conforme establece el artículo 1.252 del Código civil, para que la presunción de cosa juzgada surta efectos en juicio distinto de aquel en que recayó la sentencia de que se trate, preciso se hace que entre el caso resuelto por la misma y el planteado en el que se invoca exista la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, teniendo declarado con reiteración esta Sala que aquella identidad respecto de la causa, que es la razón o motivo de pedir, ha de ser fundamental, de tal forma que de no accederse se diera una manifiesta contradicción entre los fallos, y como de los hechos declarados probados por la recurrida sentencia y no combatidos en el recurso resulta que seguidos autos por el Juzgado Especial sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de bienes eclesiásticos, por los trámites establecidos en la Ley de 11 de julio de 1941—que tuvo por objeto la inscripción de bienes de la Iglesia, Ordenes y Congregaciones religiosas inscritos a nombre de personas interpuestas al entonces fallecidas o desaparecidas—, se dictó sentencia ordenando la cancelación de la inscripción de los bienes descritos a nombre de personas que eran interpuestas, y la inscripción a favor de la Congregación Salesiana, con lo que se canceló la inscripción primera y se extendió la que constituye inscripción segunda, en la que no aparece alusión alguna a la condición resolutoria pactada 'y que constaba relacionada con todo detalle en la inscripción primera', por lo que es claro que entre aquel proceso y el actual juicio no se da aquella identidad de causa, teniendo en cuenta que la de éste no sólo es la rectificación registral para llevar a esta segunda inscripción aquella condición, sino que lo es la reversión de los bienes inscritos a nombre de la Congregación en favor de la actora y un tío de la misma, al dar por cumplida la condición resolutoria a la que estaban afectos, como no menos y conforme declara la recurrida sentencia, ni los litigantes son los mismos, ni las cosas litigiosas guardan el más elemental parecido, por lo que tampoco en cuanto al fondo el motivo puede prosperar.»

«Considerando que los motivos cuarto, quinto y sexto, últimos de este recurso, al denunciar, respectivamente, por el concepto de violación, la de los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria, párrafo segundo del artículo 1.118 del Código civil y artículo 1.116 de este propio Código, han de ser desestimados en razón a que todos ellos traen al recurso cuestiones no debatidas en el pleito ni decididas en la sentencia y, por tanto, sin acceso a este extraordinario recurso.. »

COMENTARIO.—A la hora de recoger doctrina legal de esta sentencia debemos observar que, salvo en lo relativo al problema de la cosa juzgada, no hay propiamente doctrina alguna sobre el fondo, ya que el Tribunal Supremo se limita a desestimar los motivos de ambos recursos por defectos formales, al no haberse invocado el adecuado concepto de infracción de los preceptos alegados. Por tanto, el Tribunal Supremo no ha resuelto en esta sentencia los problemas hipotecarios planteados. Una vez más, el

estrecho campo de actuación del recurso de casación ha impedido la formación de doctrina hipotecaria. Pero lo cierto es que en los «considerandos» se abunda en la tesis de la Audiencia, lo que a primera vista podría inducir a la confusión de entender que se acepta la doctrina de ésta. Pero no es así, como tendremos ocasión de ir exponiendo en cada uno de los temas planteados. Y al no ser así creemos que están de enhorabuena la Ley y Reglamento Hipotecario, pues en algún punto se ha desvirtuado el sentido de los mismos, como, por ejemplo, a propósito del tercero del último párrafo del artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

A) *El asiento de presentación: suspensión en caso de recurso gubernativo y prórroga del mismo por anotación de demanda.*—Es antecedente del presente pleito la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de noviembre de 1970, magníficamente comentada en esta REVISTA por TIRSO CARRETERO (1). La parte demandante había intentado previamente en la esfera del procedimiento registral obtener la inscripción de las condiciones resolutorias que habían sido indebidamente canceladas con ocasión de la sentencia dictada en el procedimiento especial de la Ley de 11 de julio de 1941, sobre inscripción de bienes eclesiásticos a nombre de personas interpuestas. A tal efecto presentó en el Registro una instancia (suponemos que iría acompañada del título en que constaban las condiciones) solicitando la rectificación de la inexactitud registral con la constancia de tales condiciones. El Registrador denegó la rectificación pretendida. La interesada recurre gubernativamente, extendiéndose en el trámite correspondiente la nota marginal de suspensión del asiento de presentación, conforme al artículo 114 del Reglamento. Confirmada la nota del Registrador por el Presidente de la Audiencia, se produce la apelación, y la Dirección General desestima el recurso, diciendo que el recurso gubernativo no es el medio idóneo para resolver un problema de rectificación, dejando la puerta abierta a la interesada para que acuda a los Tribunales con objeto de que pueda decidirse acerca de esta cuestión para la que la vía gubernativa no es competente. Antes que esta resolución llegase al Registro de la Propiedad e influyese en la nota marginal de suspensión del asiento, la interesada obtiene asiento de presentación para la anotación de la demanda con fecha 30 de diciembre de 1970. Se plantea el problema de si el primitivo asiento de presentación de la instancia de rectificación, suspendido por la nota marginal del artículo 114 del Reglamento Hipotecario, enlaza y se prorroga en virtud del asiento de presentación de la demanda. Cuestión importante, a efectos de la prioridad registral, teniendo en cuenta que entre ambos asientos (con posterioridad al de la instancia de rectificación, pero con anterioridad al de la demanda) se había presentado la escritura de adquisición de la Entidad «Construcciones San Martín, Sociedad Anónima». Si el asiento de presentación de la rectificación no enlazaba con el de la demanda, quedaba como preferente el de «Construcciones San Martín, S. A.», una vez que constase la resolución gubernativa negativa. Si existía tal enlace, el asiento de dicha Sociedad quedaría supeditado al resultado del litigio.

La sentencia de la Audiencia considera que no hay enlace entre ambos asientos de presentación y que no es aplicable al caso el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, pues éste se refiere exclusivamente al recurso gubernativo por faltas en los títulos, no al supuesto de rectificación, para el que la única vía utilizable es la judicial.

En cambio, la actora recurrente entiende que el artículo 66 es perfectamente aplicable al caso, pues «recurrída la denegación de la inscripción solicitada era de necesaria aplicación el último párrafo de dicho artículo, a cuyo tenor el término quedaba en suspenso y, por tanto, el Registro

(1) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 484, págs. 671 y ss

técnicamente cerrado hasta la resolución definitiva del recurso, como lo impone el artículo 114 del Reglamento; mas cuando esta resolución llegó, ya había sido presentado en el Registro el mandamiento para la anotación de demanda judicial; al finalizar los efectos del actual asiento, ya estaban en juego los de la anotación y, por consiguiente, el Registro seguía cerrado, no pudiendo abrirse para inscribir la compraventa antes de dicha anotación». Con la consecuencia de que «Construcciones San Martín, S. A.», no es tercero hipotecario protegido, porque cuando acudió al Registro, ya estaba el mismo técnicamente cerrado, por lo que el derecho del recurrente es preferente y excluye el título de compraventa, a que se alude por imperativo del artículo 17 de la ley».

¿Cuál es la postura del Tribunal Supremo sobre este interesante problema?—Confirmando lo que hemos dicho antes, entendemos que el Tribunal Supremo no entra en la discusión, a pesar de recoger las declaraciones de la Audiencia. Esto nos parece clarísimo en vista de lo que se lee al final del segundo «considerando»: «Es lo cierto que el juzgador de instancia se atuvo con criterio más o menos acertado, *que no es del caso examinar*, a los preceptos que se dan como violados en el motivo y sin que, por tanto, pueda jugar dicho concepto de infracción, cuando, como queda dicho, el juzgador los tuvo en cuenta y aplicó.» Es decir, la sentencia se limita a desestimar el motivo por haberse invocado el concepto de infracción *por violación* del artículo 66 y demás que se alegan, cuando tal infracción no puede tener lugar si el juzgador de instancia aplica tales preceptos. Parece que quiere indicar que el concepto adecuado hubiera sido *interpretación errónea*. Realmente es una posición muy formalista; pero, en fin, no queremos criticar la postura del Tribunal Supremo de no querer entrar en el fondo, pues, al fin y al cabo, es consecuencia del carácter extraordinario que tiene el recurso de casación en nuestro sistema. Lo que queda claro es que no se dicta doctrina alguna sobre el problema, de modo que no estará permitido recoger como doctrina del Tribunal Supremo la de la Audiencia por el mero hecho de que ésta se resume en la presente sentencia.

¿Cuál es nuestra posición sobre el fondo del problema?—Ante todo, creemos que tiene razón el recurrente cuando dice que la Entidad adquirente no había cumplido el requisito de la inscripción en la forma que exige el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Nuestra interpretación de este requisito es la siguiente: el artículo 34 sólo concede la protección registral al tercero «una vez que haya inscrito su derecho». Luego *antes* de inscribir no tiene tal protección. Esto demuestra que el principio de prioridad está íntimamente enlazado con el de fe pública registral. De nada le vale al tercero del artículo 34 tener los tres primeros requisitos de protección, si antes de cumplir el último se le adelanta otro tercero. Sencillamente, porque ya no es el tercero del artículo 34. La frase «una vez que haya inscrito su derecho» debe ser objeto de interpretación sistemática, en línea con las ideas de los artículos 32, 24 y 25: equivale a «una vez que haya presentado su título, si después lo inscribe» (arts. 24 y 25 de la Ley Hipotecaria), pero sin que pueda perjudicar al tercero que presentó e inscribió antes (artículo 32 de la Ley Hipotecaria), pues para éste, el título de aquél es un título no inscrito.

A la vista de esta interpretación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria habría que concluir, sin más, que «Construcciones San Martín, S. A.», no era un tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino un simple tercero civil antes de la inscripción.

Pero en este caso, la cuestión de prioridad se complicaba porque se discutía si el asiento preferente había sido o no prorrogado por el de la anotación preventiva, según dijimos antes.

Aun así entendemos que la interpretación que la Audiencia hace del artículo 66 de la Ley Hipotecaria no debe prevalecer en este caso, a pesar de que puede pensarse que viene fomentada por la propia Resolución de la Dirección General de 11 de noviembre de 1970, al decir que el recurso gubernativo no es el medio idóneo para la rectificación de errores.

Pensamos que el asiento de presentación de la rectificación quedó en suspenso a partir de la nota marginal del artículo 114 del Reglamento Hipotecario, acreditativa de haberse interpuesto recurso gubernativo, hasta que llegó al Registro la resolución definitiva de la Dirección (argumento: artículo 66, párrafo último, de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos 114 y 126 del Reglamento Hipotecario). Y en ese período de suspensión se produjo el enlace y consiguiente prórroga en virtud del asiento de presentación referente a la anotación de la demanda (argumento: artículo 66, párrafo penúltimo) (2).

Y que no se diga, como hace la sentencia de la Audiencia, que el artículo 66 de la Ley Hipotecaria sólo se refiere al recurso gubernativo por faltas en los títulos y no a la rectificación de errores, pues a ello cabe oponer lo siguiente: 1.º Que dentro del artículo 66 de la Ley Hipotecaria hay que considerar incluido el recurso gubernativo por obstáculos registrales, ya que éstos son también faltas o defectos que impiden la inscripción, y la rectificación de errores puede tener un «obstáculo registral», como aquí sucedía, que puede ser discutido en el recurso gubernativo. 2.º Que, como dice TIRSO CARRETERO (3): «En materia de rectificación de errores es conveniente restringir la doctrina inhibicionista de la resolución (de 11 de noviembre de 1970). Es cierto que el Centro Directivo no puede suplir el consentimiento del Registrador ni el de los interesados allí donde la Ley Hipotecaria ha establecido claramente que hace falta providencia judicial o sentencia en juicio ordinario para superar esta falta de consentimiento. Pero cuando no se trate de esto—termina diciendo TIRSO—, sino de decidir toda clase de desacuerdos entre interesados y Registrador sobre la calificación del error o sobre el procedimiento legal para su rectificación, sí debe acudir la Dirección a interpretar la norma discutida de la Ley o el Reglamento Hipotecario y determinar en alzada de jurisdicción voluntaria lo procedente». 3.º Que si se admite la suspensión del asiento de presentación en base a la nota marginal del artículo 114 del Reglamento Hipotecario, como parece admitir la Audiencia, lo lógico es reconocer también el enlace con el asiento de presentación de la demanda, pues son cuestiones íntimamente unidas que tienen el mismo fundamento. 4.º Que en otro caso, se produce indefensión para el interesado, pues si hubiera sabido que la nota marginal del artículo 114 del Reglamento Hipotecario no iba a tener el efecto del artículo 66 de la Ley Hipotecaria habría interpuesto directamente la demanda, sin agotar el recurso gubernativo, y la hubiera presentado rápidamente en el Registro (4). 5.º Que una cosa es que la Dirección General resuelva el recurso sobre rectificación de errores en sentido negativo, y otra que no se haya iniciado, admitido y resuelto un recurso gubernativo, aunque la propia Dirección estime que no es el medio adecuado, pues, en cualquier caso, la iniciación y resolución se han producido, y esto debe bastar, a efectos del artículo 66 de la Ley Hipotecaria.

(2) Recordemos aquí lo que dicen los dos últimos párrafos del artículo 66 L. H.: «Cuando se hubiere denegado la inscripción y el interesado, dentro de los sesenta días siguientes al de la fecha del asiento de presentación, propusiera demanda ante los Tribunales de Justicia para que se declare la validez del título, podrá pedirse anotación preventiva de la demanda, y la que se practique se retrotraerá a la fecha del asiento de presentación. Después de dicho término no surtirá efecto la anotación preventiva de la demanda, sino desde su fecha». «En el caso de recurrir gubernativamente contra la calificación del título, todos los términos expresados en los dos párrafos anteriores quedarán en suspenso desde el día en que se interponga el recurso hasta el de su resolución definitiva».

(3) En el comentario a la citada Resolución. Lugar citado en la nota 1, pág. 682.

(4) Recuérdese que en el escrito de interposición del recurso gubernativo ya se decía que había surgido un tercero hipotecario, «y se corre el riesgo de que ocurra otro tanto respecto a una sociedad a la que ha vendido la Congregación Salesiana parte de la finca» (RCDI, núm. 484, pág. 669).

En fin, no debe olvidarse que estamos hablando de la suspensión, prórroga y efectos de un asiento de presentación, y si se admite como válido (y no se declara la nulidad) el asiento de presentación de la instancia de rectificación acompañada del título respectivo, lo lógico será aplicar a ese asiento los efectos que la ley asigna a todo asiento de presentación. Y aunque hay algún autor que vacila acerca de la procedencia del asiento de presentación en los casos de rectificación de errores, en definitiva, aconseja su práctica (5), y es lo procedente, no ya como consejo, sino como obligación, por dos razones: 1.ª Porque se va a iniciar un procedimiento registral que va a motivar un asiento, y la iniciación se produce por el asiento de presentación (art. 416 del Reglamento Hipotecario). 2.ª Porque la fecha de la rectificación es importante a efectos del principio de prioridad (art. 220 de la Ley Hipotecaria) y no va a quedar supeditada esa fecha a la exclusiva actuación del Registrador, sino que lo lógico es que se relacione con la de un asiento de presentación (argumento: art. 24 de la Ley Hipotecaria).

B) *El tercero del último párrafo del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, ¿es un tercero civil o debe haber inscrito su título?*—Se señala también como tesis de la Audiencia, la de que el tercero del último párrafo del artículo 40 de la Ley Hipotecaria es un tercero meramente civil, que no necesita el requisito de la inscripción de su título. Se expone esta idea como argumento subsidiario para el caso de que se entendiera aplicable el artículo 66 de la Ley Hipotecaria en la cuestión que acabamos de examinar.

El Tribunal Supremo destaca esta opinión de la sentencia recurrida sin aceptarla tampoco como doctrina, ya que no entra en el examen de la cuestión de fondo. Sin embargo, parece simpatizar con tal interpretación del artículo 40 de la Ley Hipotecaria al decir que «no es menos conforme a la realidad de dicho precepto». Pero esto es un clarísimo *obiter dictum* sin valor alguno, ya que no expresa que sea una interpretación mejor que la del recurrente, sino que «no es menos conforme», y, sobre todo, el Tribunal Supremo dice a continuación que «no es del caso examinar» cuál de las dos interpretaciones es la mejor.

De modo que tampoco aquí existe doctrina legal sobre el tercero del último párrafo del artículo 40. Y menos mal que es así, pues es una interpretación errónea la que considera que no es necesario el requisito de la inscripción a efectos del tercero de dicho artículo.

Realmente es insólito que pueda pensarse que este precepto se refiere al tercero civil que no ha inscrito su título. A nadie se le había pasado por la imaginación esta peregrina interpretación, que destrozaría definitivamente el principio de prioridad registral, bastante deteriorado ya por la tesis monista del tercero hipotecario. Piénsese que el titular del derecho o expectativa, que pretende acceder al Registro en virtud de la solicitud de rectificación, es también un tercero respecto a la relación en que es parte ese otro tercero adquirente a título oneroso y de buena fe (el problema de la reversibilidad del tercero, apuntado por GARCÍA ARANDA y GARCÍA HERGUEDAS) (6), y aquél puede ser también a título oneroso y de buena fe, y si sólo se defiende al tercero civil que no ha inscrito, se perjudica al tercero que instó la rectificación con anterioridad a la presentación de su título por aquél. Con la tesis del tercero civil se infringen los artículos 32 y 24 de la Ley Hipotecaria, y también el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que hemos visto sólo concede protección al tercero «una vez que haya inscrito».

En esta cuestión del requisito de la inscripción para la protección regis-

(5) Nos referimos a ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., tomo II, pág. 197.

(6) Véase el estudio de estos autores sobre el tercero en RCDI, núm. 508, págs. 592 y ss., especialmente sobre «reversibilidad» en la pág. 598.

tral no hay discusión alguna entre hipotecaristas, y podríamos decir que es el punto en que coinciden las tesis monista y dualista del tercero, pues ambas entienden que los terceros de los artículos 32 y 34 requieren la inscripción de su título.

En relación con el último párrafo del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, ROCA SASTRE entiende que es el tercero del artículo 34, de donde se desprende que ha de tener inscrito su derecho. En cualquier caso, aun suponiendo que la rectificación no pudiera perjudicar al tercero del artículo 32 en la versión de la tesis dualista, éste también requiere la inscripción. Por eso decimos que la interpretación de la Audiencia es insólita.

En la misma línea que la doctrina, y de acuerdo con el recurrente, nosotros creemos que dicho artículo 40 se refiere a un tercero que ha inscrito su título con prioridad al que insta la rectificación registral, prescindiendo de la discusión acerca de si es un tercero del artículo 34 o del 32, que no se plantea en este caso. Nos basamos en que la Ley Hipotecaria no pretende proteger al tercero meramente civil que no ha inscrito su título, sino sólo al que ha inscrito (arts. 34 y 32); por lo que cuando señala la protección del tercero del último párrafo del artículo 40, ha de referirse a ese tercero protegido por la ley, que prescindiendo de la discusión acerca de otros requisitos, es el que ha inscrito su título. Sólo en casos aislados, la Ley Hipotecaria tiene en cuenta al tercero civil, pero es durante un plazo limitado de dos años y con carácter excepcional (7). Y no es ese el supuesto del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, que es un artículo de carácter general, verdadero compendio de las enfermedades de la inscripción. En relación con esta interpretación referida al tercero que ha inscrito, debe tenerse en cuenta lo que con todo acierto dijo MORELL: «La ley tiende siempre a amparar los derechos inscritos, a favorecer al que inscribe, y, por tanto, a que la inscripción verificada perjudique a los que no hubiesen inscrito. Por tanto, y como regla general, puede afirmarse que siempre que la ley habla de perjuicio de tercero, ese tercero es el que no ha inscrito ni intervenido en el acto o contrato que se inscribió, y siempre que habla de no poder ser perjudicado un tercero, ese tercero es el que funda su derecho en un título inscrito» (8). Y VILLARES PICÓ completa la frase de MORELL diciendo: «Tal tercero favorecido es el tercero del artículo 32, el del 31, el del 34, el del 37, el del último párrafo del 40, el del 69, el del 220 de la ley vigente» (9). En cualquier caso, si se entendiera que ese tercero favorecido por el último párrafo del artículo 40 es meramente civil, se llegaría por ese camino a una prioridad exclusivamente civil, conculcándose la prioridad registral, en contra de los artículos 17, 24 y 32 de la Ley Hipotecaria. Como dice GARCÍA-BERNARDO LANDETA, a otros fines, pero que puede ser recogido aquí al objeto que ahora tratamos, «si el artículo 40, apartado último, excluyese al tercero del artículo 32, el artículo 25, que proclama el principio *prior tempore potior iure*, no tendría sentido alguno». Y más adelante añade: «Si se fijase la preferencia por los títulos, se afirmaría que es mejor la publicidad de la escritura notarial que la del Registro de la Propiedad» (10).

Por todo ello, no comprendemos cómo ha podido seguirse esa concepción por la Audiencia, ni siquiera como argumento de carácter subsidiario. Tampoco comprendemos por qué al Tribunal Supremo, a pesar de no haber querido entrar en el problema, se le ha escapado ese *obiter dictum*,

(7) Los artículos 28 y 207 L. H. se refieren, al parecer, a un tercero civil que no ha inscrito y al que no le perjudica la inscripción durante el plazo de dos años. Esta es la opinión de VILLARES PICÓ, aunque es una cuestión discutible en la que no queremos entrar.

(8) MORELL, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, tomo II, pág. 593, 2.ª ed., 1925.

(9) VILLARES PICÓ en su estudio publicado en la *Revista Crítica*, núm. 469, pág. 1547.

(10) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, «Los terceros registrales o internos», en *RCDI*, núm. 469, página 1523. Este autor hace esas declaraciones con el propósito de rebatir la tesis de ROCA SASTRE sobre el último párrafo del artículo 40 L. H. Nosotros las hacemos nuestras frente a la tesis de la Audiencia, que pretende considerar como tercero civil al del último párrafo del citado precepto.

que, aunque carece de valor, podría inducir o confusión si no se insiste en que no contiene doctrina legal. Esperamos que en el futuro no se seguirá la interpretación de la Audiencia, pues podría destruirse buena parte de la legislación hipotecaria.

C) *Falta de identidad de cosa juzgada. Función calificadoradora del Registrador en la concreción registral de la cosa juzgada.*—Decíamos antes, y ahora lo confirmamos, que es en el problema de la falta de identidad de cosa juzgada donde esta sentencia contiene doctrina sobre el fondo. Se planteó en el recurso el problema de si había identidad en la causa de la cosa juzgada entre la sentencia dictada en el procedimiento especial de la Ley de 11 de julio de 1941 sobre inscripción a nombre de la Congregación Religiosa de la finca, que figuraba a nombre de personas interpuestas, y la sentencia dictada en el presente proceso relativo a la constancia de condiciones resolutorias en la adquisición de la Congregación, que habían sido indebidamente canceladas. La presente sentencia destaca que no hay identidad de causas ni de personas en dichos procesos. Tiene toda la razón el Tribunal Supremo, hay perfecta compatibilidad entre ambos fallos: la sentencia del Tribunal Especial de la Ley de 1941 tenía por objeto declarar que la finca fue realmente adquirida por la Congregación, en lugar de por las personas interpuestas, siendo esa la causa de pedir del procedimiento previsto en dicha ley, lo cual no se opone a que posteriormente se declare en otro pleito que la finca inscrita a nombre de la Congregación está afectada a cargas o condiciones que no figuraban anteriormente o que fueron indebidamente canceladas.

Hasta aquí la doctrina de la sentencia acerca de la cosa juzgada. Pero queremos comentar en relación con este problema la importancia de la función calificadoradora del Registrador para que quede bien concretada en el Registro la cosa juzgada, porque creemos que el presente pleito no se habría producido si se hubiera denegado la cancelación pretendida por el mandamiento judicial que se dirigió al Registrador con motivo de aquella sentencia del Tribunal Especial. No tratamos de criticar, en concreto, la calificación registral de aquel mandamiento, pues no conocemos los términos en que estaba planteado. Simplemente, tratamos de hacer unas consideraciones de carácter general sobre la función calificadoradora a propósito de aquella cancelación, que ahora se considera que fue indebida. El Registrador tiene facultades para calificar la congruencia del mandato con la clase de juicio o procedimiento seguido, según el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, y aquí estamos ante un supuesto de incongruencia de este tipo. En efecto, el mandato judicial no era congruente con la clase de procedimiento regulado en la Ley de 1941, en lo relativo a la cancelación de la inscripción primera de la finca en su integridad, pues ello llevaba consigo la cancelación de los derechos o expectativas de personas que eran totalmente ajenas a aquel procedimiento. Es discutible si el procedimiento de la Ley de 11 de julio de 1941 debe dar lugar sólo a una nueva inscripción a favor del ente eclesiástico, sin cancelación alguna, o si se debe producir la cancelación de la inscripción anterior. TIRSO CARRETERO entiende que no procede tal cancelación, «puesto que ambas, conjuntamente, forman el contenido registral» (11). Aunque tiene razón, en parte, TIRSO CARRETERO, nosotros creemos que procede decretar la cancelación de la inscripción precedente, al menos en lo relativo a la titularidad registral que en ella figura, pues, como dicho autor reconoce, se altera «el fundamental extremo del titular registral», y, además, no se trata de una inscripción de transferencia, sino de un caso de simulación relativa o de representación oculta, en que lo procedente es efectuar tal cancelación parcial. Pero de lo que no cabe duda, de lo cual queremos ocuparnos aquí, es que no procede

(11) TIRSO CARRETERO, *RCDI*, núm. 484, pág. 673

cancelar las cargas o condiciones que puedan favorecer a otras personas. Si se interesase la cancelación total de la inscripción que contiene tales cargas o condiciones existiría incongruencia entre el mandato judicial y la clase de juicio o procedimiento seguido (art. 99 del Reglamento Hipotecario), y, en todo caso, se pretendería una cancelación sin consentimiento del titular de las cargas o condiciones, ya que no interviene en el procedimiento regulado por la Ley de 1941. Por ello insistimos en que el Registrador debe denegar la cancelación pretendida en esos términos absolutos. Actuando así evita que pueda quedar perpetuada en el Registro una cosa juzgada que no es propiamente tal. En el presente caso, el recurrente entendía que había identidad de causa en la cosa juzgada. Hemos visto que no es así, pero la discusión se evita si desde el principio el Registrador exige una mayor concreción en este tipo de mandatos judiciales de cancelación. A propósito de esto advertimos que algunos mandamientos de cancelación se refieren genéricamente a la cancelación de una inscripción, lo cual es improcedente si la inscripción en cuestión contiene varios actos jurídicos, algunos de los cuales son extraños al procedimiento seguido. En estos supuestos sólo es congruente interesar la cancelación parcial de la inscripción en lo relativo al acto o derecho discutido en el pleito. El Registrador tiene facultades calificadoras de esa incongruencia, pues no se trata de una incongruencia entre lo pedido en la demanda y lo resuelto en la sentencia, sino de una incongruencia entre el mandamiento judicial en trámite de ejecución y el objeto fundamental decidido en la sentencia. La calificación de este tipo de incongruencia está prevista en el citado artículo 99 del Reglamento, y la misma es muy útil, como hemos dicho, pues evita que el Registro refleje erróneamente la cosa juzgada de la sentencia.

D) *Otras cuestiones.*—En ambos recursos se plantean otras cuestiones, pero no vamos a detenernos en ellas, pues sería interminable este comentario, y además, el Tribunal Supremo tampoco ha entrado en el fondo sustantivo de los problemas, por lo que no hay doctrina legal en ese aspecto. Así, si es o no nula, con nulidad absoluta, la venta realizada por Congregación Religiosa sin sujetarse al requisito del precio previsto en el Rescripto Pontificio; si cabe la «*usucapio libertatis*» *secundum tabulas* dentro del ámbito del artículo 35 de la Ley Hipotecaria; si las condiciones que fueron revividas constituyen o no pactos sin trascendencia real en contrato oneroso, conforme al artículo 27 de la Ley Hipotecaria, y en relación con este último, si tienen o no legitimación activa para instar la acción de rectificación registral los titulares de las expectativas derivadas de esas condiciones.

BUENA FE HIPOTECARIA: CONCEPTO. LA AUSENCIA DE BUENA FE HA DE PROBARSE DE MODO PLENO. EL MOMENTO EN QUE SE HA DE TENER BUENA FE ES EL DE LA ADQUISICION, PUES MALA FIDES SUPERVENIENS NON NOCET (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—Don Juan Serra Prunes deduce demanda contra el Ayuntamiento de Fraga y el Abogado del Estado, en su especial representación, sobre acción reivindicatoria de finca rústica, exponiendo que por escritura otorgada en el año 1951 había comprado una finca en escritura pública, que se inscribió a su nombre cumpliéndose todos los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. El Ayuntamiento de Fraga desconoció tal adquisición de propiedad, pues pretendió considerar al actor como un

simple poseedor o cultivador de una finca propiedad del Ayuntamiento, reclamándole el pago de un canon de labor y siembra en el año 1954 por las anualidades atrasadas. En vista de ello y de otras cartas posteriores, y al único efecto de evitar el apremio y embargo de sus bienes, el actor realizó el pago de ese canon por las anualidades atrasadas desde el año 1950. Por otro lado, el Ayuntamiento de Fraga obtuvo con posterioridad la inscripción de un monte a su favor, en el que estaba incluida la finca del actor, habiéndose deslindado e incluido en el Catálogo de Utilidad Pública sin haberse citado ni oído al actor. Por todo ello suplica se dicte sentencia en la que se declare la plena validez de la escritura pública de adquisición de la finca otorgada en 1951 y se cancele la inscripción del monte en cuanto alcance a la finca en cuestión; se declare también que la misma debe ser excluida del Catálogo y que es ineficaz la Orden ministerial aprobatoria del deslinde del monte, así como las resoluciones administrativas que hubiesen sido dictadas sin reconocer el derecho dominical del actor, y se declare, por último, que no procede el pago del canon anual de labor y siembra, condenando al Ayuntamiento de Fraga a la devolución de las cantidades percibidas a partir del año 1950.

El Abogado del Estado y el Ayuntamiento contestan a la demanda oponiéndose, formulando este último reconvencción basada en que el actor dejó de satisfacer el canon de cultivo a partir de 1970, lo que significaba el incumplimiento de una obligación contractual, que permite al Ayuntamiento optar por la resolución del contrato con devolución de la finca poseída en concepto de cultivador por el demandante.

El Juez de Primera Instancia de Huesca desestimó íntegramente la demanda y la reconvencción.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza revocó la sentencia del Juzgado, estimando la demanda en casi todos sus pedimentos, incluso en cuanto a la exclusión de la finca del Catálogo y a la cancelación del deslinde, pero no en lo relativo a la ineficacia de la Orden ministerial y demás disposiciones administrativas.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado y por el Ayuntamiento, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar a ninguno de los dos recursos, salvo en cuanto al problema de la incompetencia de jurisdicción en temas administrativos, siendo de destacar en la primera sentencia, la siguiente doctrina respecto a la buena fe hipotecaria:

«Considerando que respecto a la eficacia registral del título de dominio alegado por el actor, reconocida por la Sala sentenciadora fundada en su condición de tercero de buena fe en virtud de la presunción legal que establece el artículo 34, 2.º, de la Ley Hipotecaria, declarando que ni la inscripción registral del monte a favor del Ayuntamiento de Fraga tiene virtualidad alguna, por ser de fecha muy posterior al momento del otorgamiento por el actor de la escritura pública de compraventa sobre el inmueble que radicaba en aquél, ni el pago de canon por el mismo puede significar reconocimiento del dominio a favor del Ayuntamiento demandado, pues fue precedido de reclamaciones inmediatas por parte del recurrente, a las que acompañaba los correspondientes recibos de contribución territorial extendidos a su propio nombre y al de su causante, y tras reiteradas protestas por estimar la percepción de aquel canon como pago indebido, sólo consignó *ad cautelam* para evitarse el apremio inminente con que se le apercibía, razonamiento que cobra muy acusado relieve si se tiene presente que es el propio Ayuntamiento de Fraga quien reconoció la buena fe del actor en el acto de adquisición inmobiliaria cuando afirma (folio 22 de los autos) que la escritura de venta se llevó a efecto 'sin que el vendedor hiciera constar que pertenecía al Ayuntamiento de Fraga y que sólo tenía

el aprovechamiento de ella mediante el pago del canon...', pues la buena fe consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir el dominio, según la define el artículo 1.950 del Código civil, y esa creencia la tenía el recurrente, como revela el conjunto de la prueba ('considerando cuarto'); se impugna por ambos recurrentes, en cuanto a los elementos puramente fácticos, en los dos primeros motivos del recurso articulado por el Abogado del Estado y en el motivo primero del formulado por el Ayuntamiento, que no pueden prosperar, pues no es lícito al recurrente desarticular las pruebas apreciadas en conjunto por el Tribunal *a quo*, ni sustituir con su personal criterio el más autorizado del juzgador, máxime cuando las conclusiones extraídas por ambos recurrentes no pasan de constituir presunciones, frente a la exigencia jurisprudencial de que la ausencia de buena fe se pruebe de un modo pleno, cumplido y manifiesto, que no deje lugar a dudas, bien por hechos que tienen que herir forzosamente los sentidos o bien por actos que haya realizado el mismo supuesto tercero, habiendo de hallarse referido el conocimiento de la inexactitud registral al momento de la adquisición del inmueble, o sea, a aquel en que se efectúe la tradición, siendo irrelevante que llegara o pudiera llegar a enterarse de la inexactitud después de la tradición, a efectos de privarle de la condición de adquirente de buena fe, pues *mala fides superveniens non nocet*.

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima la demanda, salvo en lo relativo a los problemas administrativos de la Orden aprobatoria del deslinde y del Catálogo de Montes de Utilidad Pública.

COMENTARIO.—En esta sentencia se confirma la reiterada doctrina legal acerca de dos aspectos o cuestiones de la buena fe hipotecaria:

a) La ausencia de buena fe—dice la sentencia—debe probarse de modo pleno, cumplido y manifiesto, que no deje lugar a dudas, bien por hechos que tienen que herir forzosamente los sentidos o por actos que haya realizado el mismo supuesto tercero. Esta misma idea se encuentra en numerosas decisiones del Tribunal Supremo, como son: sentencias de 30 de septiembre de 1897, 13 de mayo de 1903, 12 de octubre de 1904, 23 de marzo de 1906, 30 de diciembre de 1944, 29 de marzo de 1950, 29 de marzo de 1960, 5 de febrero de 1962, 3 de octubre de 1963 (1). De esta jurisprudencia se desprende de un modo claro que no puede atacarse la presunción de buena fe a base de otras presunciones o indicios, pues la prueba ha de ser plena y manifiesta. En la presente sentencia se recalca esta idea, desechando las presunciones alegadas por los recurrentes en contra de la buena fe del actor.

Pero creemos que debían obtenerse más consecuencias de esta tesis jurisprudencial, aunque ello no resulta ya de la presente sentencia, que no se ocupa del problema que vamos a destacar. Si esa prueba de la ausencia de buena fe ha de ser «plena, cumplida y manifiesta», nos parece que debería limitarse mucho en este campo la actuación de la prueba testifical. Ya el artículo 1.248 del Código civil, al ocuparse en general de la prueba de testigos, señala las limitaciones de la misma, dándole valor pleno sólo cuando «su veracidad sea evidente», «cuidando de evitar que por la simple coincidencia de algunos testimonios queden definitivamente resueltos los negocios». Pues bien, en materia de buena fe ha de extremarse todavía más el recelo hacia la prueba testifical, pues creemos que es algo que se desprende de la naturaleza insegura de ese medio de prueba y de las declaraciones judiciales antes señaladas. No nos atrevemos a excluirla en absoluto, pero somos partidarios de limitarla hasta el máximo, no dándole valor a no ser que esté confirmada por otros medios de prueba o sea

(1) Véase el resumen de todas estas sentencias en ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo I, 6.ª ed., pág. 748.

abrumadora. En otro caso, se produciría una gran inseguridad jurídica, puesta de manifiesto gráficamente por TIRSO CARRETERO, al decir que hay «entre los fuertes eslabones de la escritura pública y la inscripción registral, y disimulado entre ellos, un eslabón inseguro, blando, casi de cartón: la prueba libre, incluso testifical, de la buena o mala fe del tercero» (2). Nosotros creemos que la declaración de esta sentencia, en línea con las anteriores, aunque no se refiere directamente a la prueba testifical, propende a inyectar alguna fuerza en ese eslabón de cartón, que destaca TIRSO CARRETERO, y debe servir de guía y advertencia a los Tribunales inferiores para que no den valor a cualquier tipo de pruebas frente a la consistente presunción de buena fe.

b) La sentencia también se ocupa del problema relativo al momento en que se ha de tener buena fe, pues los datos o hechos objeto de conocimiento por el tercero, que alegaban los recurrentes, eran posteriores a la escritura pública de adquisición de la finca (la inscripción del monte a favor del Ayuntamiento y la carta reclamando el pago del canon de cultivador eran de fecha posterior a la escritura pública de compra). Ello da motivo al Tribunal Supremo para reiterar la doctrina jurisprudencial, consistente en que la buena fe basta que se tenga en el momento de la escritura pública de adquisición, pues *mala fides superveniens non nocet*. Nosotros estamos de acuerdo con esta solución, a pesar de que algunos autores pretenden que la buena fe ha de tenerse en el momento de la inscripción (3), pues nos parece más lógico que baste ese desconocimiento de la inexactitud registral en el momento clave del otorgamiento del título inscribible, ya que si el comprador hubiera sabido, al tiempo de firmar la escritura, que el vendedor no era dueño de la finca, cabe pensar que no la habra firmado, y sería muy fuerte desconocer esa circunstancia ante la eventualidad del conocimiento posterior de la realidad cuando ya no tiene remedio la firma extendida en un momento de buena fe. Por eso es plenamente acertado el principio *mala fides superveniens*, que recoge la jurisprudencia.

No obstante, discrepamos de la expresión utilizada por el Tribunal Supremo al referirse al momento en que se ha de tener buena fe, pues alude al momento de «la adquisición del inmueble, o sea, aquel en que se efectúa la tradición», porque aunque normalmente existirá tradición instrumental por el mecanismo del párrafo segundo del artículo 1.462 del Código civil, lo cierto es que puede faltar en algún caso (por ejemplo, cuando el *tradens* no posee la finca, según el Tribunal Supremo, en otras declaraciones), y no por eso va a quedar sin aplicación el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ya que la interpretación que predomina es la que estima que dicho artículo cubre la falta de tradición, al no exigirla como requisito de protección de la fe pública registral (4). Pues bien, con la expresión de la sentencia parece como si la tradición fuese un requisito fundamental para aplicar la fe pública registral, ya que se alude a ella como determinante de la aplicación del requisito de la buena fe. Creemos que debería haberse empleado otra expresión, como, por ejemplo, señalar que es el momento del título inscribible o de la escritura pública de compra (5). A pesar de todo, estimamos en este caso inofensiva la expresión utilizada por la sentencia, pues no constituye *ratio decidendi*, ya que no se ocupa de si la tradición es o no requisito de la fe pública registral. Pero conviene depurar la terminología

(2) TIRSO CARRETERO, «Los principios hipotecarios y el Derecho comparado», RCDI, núm. 500, página 39.

(3) Son partidarios de referir la buena fe al momento de la inscripción, SANZ FERNÁNDEZ y GÓMEZ GÓMEZ (citado por ROCA, pág. 738. *ob cit* en la nota 1).

(4) En este sentido, HERMIDA LINARES en sus *Problemas fundamentales de Derecho Inmobiliario Registral*.

(5) Es mejor la expresión que emplean LACRUZ-SANCHO «El conocimiento debe existir en el momento en que la voluntad pone en movimiento el mecanismo de creación del título inscribible» (LACRUZ-SANCHO, *Derecho Inmobiliario Registral*, 1968, pág. 231).

empleada para evitar confusiones en el futuro. En este sentido, la sentencia no podrá ser traída a colación cuando se plantee a fondo la cuestión de la tradición, pues, como decimos, no entra en ese problema, y cabe perfectamente pensar que se alude a la tradición porque en este caso iba unida al otorgamiento de la escritura pública de venta, ya que en el mismo «considerando» se equipara el momento de la adquisición al del otorgamiento de la escritura, al referirse a que el Ayuntamiento de Fraga «reconoció la buena fe del actor en el acto de la adquisición inmobiliaria, cuando afirma que la escritura de venta se llevó a efecto sin que el vendedor hiciera constar que pertenecía al Ayuntamiento de Fraga».

En conclusión, creemos que la doctrina de esta sentencia en relación con el momento de la buena fe consiste en excluir la mala fe posterior al otorgamiento del acto adquisitivo, sin prejuzgar para nada si debe o no existir tradición a efectos de la fe pública registral.

DOBLE INMATRICULACION: REQUIERE IDENTIDAD DE LAS FINCAS INSCRITAS. DOBLE VENTA: ARTICULO 1.473 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Don Manuel Tomás Benito deduce demanda contra don Juan Pradillo de Osma y contra los herederos de don Victoriano Sánchez Núñez, alegando en síntesis: Que su padre había comprado a don Federico Rodríguez en el año 1929 un solar de 133 metros cuadrados y 38 decímetros cuadrados; que se inscribió a su nombre en el Registro, reinscribiéndose después en el año 1942 debido a la destrucción del Registro durante la guerra; que al fallecimiento de su padre fue adjudicado el solar al actor, obteniendo a su favor la correspondiente inscripción segunda del mismo; que en los años 1954 y 1956, el vendedor, don Federico Rodríguez, entre otras ventas de parcelas, y quizá olvidándose, dada su avanzada edad, de la venta anteriormente realizada a favor de su padre en el año 1929, vendió a don Victoriano Sánchez Núñez y a don Juan Pradillo de Osma, respectivamente, dos parcelas, que se inscribieron a nombre de los mismos en el Registro debido a una desfiguración de linderos y a la mayor superficie respecto al solar del actor; pero lo cierto es que, en virtud de tales adquisiciones, los demandados habían ocupado cada uno una parte del solar perteneciente al actor. Por ello suplica se dicte sentencia declarando: 1.º Que don Manuel Tomás Benito ostenta preferente derecho de propiedad civil y registral sobre el solar litigioso. 2.º La nulidad e ineficacia de las escrituras de compraventa otorgadas en los años 1954 y 1956 a favor de los demandados en cuanto afectan al solar del actor. 3.º La nulidad y cancelación de los asientos registrales concernientes a las fincas de los demandados en cuanto conciernen y afectan a la finca del actor, debiéndose condenar a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, así como a derribar a su costa las vallas construidas en la parcela litigiosa dejándola libre.

El Juez de Primera Instancia número 18 de los de Madrid dictó sentencia estimando la demanda totalmente, declarando la procedencia de la cancelación de las inscripciones de los demandados en cuanto a una determinada extensión superficial que señalaba. Esta sentencia fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

El demandado don Juan Pradillo de Osma interpone recurso de casación alegando error de derecho en la apreciación de la prueba, y con carácter subsidiario, para el caso de haberse cumplido por el actor el requisito de identidad de la finca reivindicada, interpretación errónea del artículo 1.473 del Código civil en relación con la doctrina respecto a la doble

inmatriculación contenida en las sentencias, entre otras, de 20 de abril de 1950, 18 de mayo de 1953, 28 de junio de 1964 y 18 de junio de 1970.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso, destacando en tercer «considerando» a propósito de la doble inmatriculación:

«Considerando que en el motivo cuarto, articulado con carácter subsidiario de los anteriores, por idéntico cauce procesal que el motivo que antecede, se alega infracción, por interpretación errónea, del artículo 1.473 del Código civil, en relación con la doctrina contenida en las sentencias que se citan, fundada en que la Sala de instancia resuelve el conflicto de intereses derivado de la doble venta de un inmueble, supuesto que afirma es el de autos, por el simple criterio de prioridad en el tiempo de las ventas, con invocación del precepto mencionado.»

‘Es inviable el motivo por la doctrina de esta Sala, según la cual se neutralizan los efectos que la inscripción registral confiere a sus respectivos titulares, derivados de la aplicación de los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, cuando se trate de dos inscripciones señaladas bajo números diferentes relativas al mismo inmueble, por ser incompatibles entre sí, como se expresa en las sentencias de 28 de junio de 1964 y en la de 18 de igual mes de 1970, citadas por el recurrente, y en las de 10 de enero de 1962, 31 de octubre de 1964 y 22 de junio de 1967, entre otras, supuesto que es el de doble inmatriculación, que requiere, de conformidad con lo establecido en el artículo 313 de la Ley Hipotecaria (*sic*) (1), se acredite que la finca objeto de doble inscripción es idéntica; entre la reivindicada finca número 100 y la adquirida por el recurrente—finca 1.220—no existe identidad, según la fundamentación de la sentencia recurrida, ya que en las inscripciones aportadas por el hoy recurrente se observan imprecisiones constantes de linderos’ (considerando tercero de la sentencia del Juzgado, aceptado, y en el segundo de la recurrida); así, pues, el Tribunal *a quo* no interpreta erróneamente el artículo 1.473, sino que lo aplica, que es lo que realmente combate el recurrente, y no la infracción que aduce, por ser precepto del Ordenamiento Común, y por haberse verificado en beneficio del recurrido las prioridades que en el mismo se establecen.»

COMENTARIO.—A la vista de los «resultandos» de la presente sentencia, nos parece extraña la solución dada por el Tribunal Supremo al problema de doble inmatriculación planteado por el recurrente en relación con el artículo 1.473 del Código civil.

La sentencia viene a decir que la doctrina jurisprudencial sobre doble inmatriculación sólo puede aplicarse cuando exista identidad de los dos inmuebles en cuestión, pues ha de tratarse del mismo inmueble inscrito dos veces. Doctrina que por su evidencia no tiene demasiada importancia en el tema de la doble inmatriculación.

Pero hemos dicho que nos extraña esa escueta solución del problema. De los «resultandos» se desprende claramente que en la demanda se pedía la cancelación de las inscripciones de los demandados en cuanto afectasen a la finca del actor, y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, confirmada por la de la Audiencia, estima íntegramente la demanda, declarando expresamente la procedencia de la cancelación de las inscripciones de los demandados en cuanto a una determinada superficie de las fincas inscritas. Y si se hace esta declaración es porque se aprecia identidad—aunque sólo sea parcial—de fincas, expresiva de la doble inmatriculación producida, pues en otro caso no se explicaría esa cancelación parcial de inscripciones.

(1) Es claro que quiere referirse al artículo 313 del Reglamento

Por ello tampoco nos explicamos que el Tribunal Supremo diga que no existe identidad de fincas a efectos de la doble inmatriculación. Una cosa es que no exista identificación *plena* de la finca y, por tanto, que no haya *identidad total*, y otra que no haya que admitir esa identidad *parcial* de fincas, determinante de la cancelación parcial señalada, máxime teniendo en cuenta que es firme en casación la solución de ambas instancias.

En nuestra opinión, la desestimación del motivo del recurso debería haberse producido partiendo de la doble inmatriculación parcial existente, resolviendo el problema de si es aplicable el artículo 1.473 del Código civil en tal supuesto. En el comentario de la sentencia de 22 de junio de 1972 ya nos ocupamos de todos los criterios de la jurisprudencia en relación con la doble inmatriculación (2). Concretamente, en relación con el criterio de la prioridad registral pura sólo éramos partidarios de aplicarlo cuando se tratase de una doble inmatriculación originada por doble venta, pues «entonces entra en acción el artículo 1.473 del Código civil, que concede preferencia al adquirente que 'antes' haya inscrito en el Registro de la Propiedad», y «como los dos titulares tienen un mismo origen, ya no interesa remontarse a los títulos más antiguos de cada uno, sino a la inscripción vigente de cada titular cuya fecha denote una mayor diligencia» (3). Ello sin perjuicio de señalar, como criterio general de la jurisprudencia, el criterio acumulativo de «la normativa del Derecho civil y de la inmatriculación más antigua», y de admitir en algún caso los criterios del «tercero hipotecario» y de la «regularidad de la historia registral de una de las fincas».

La solución dada por el Juez de Primera Instancia, confirmada por la Audiencia, creemos que fue ésa, consistente en aplicar el artículo 1.473 del Código civil, y la estimamos perfectamente regular, máxime teniendo en cuenta que en el presente caso no contradecía ninguno de los restantes criterios apuntados en aquel comentario.

En definitiva, hubiera sido interesante que el Tribunal Supremo, en lugar de rehuir el supuesto de la doble inmatriculación, lo hubiera admitido, resolviéndolo en este caso de doble venta (parcial) conforme al criterio del artículo 1.473 del Código civil, continuando la doctrina mantenida por la sentencia de 10 de marzo de 1972 (4).

Pero no ha sido así, con lo cual la doctrina de esta sentencia sobre doble inmatriculación es evanescente por su completa evidencia, pues consiste en señalar que para que pueda hablarse de doble inmatriculación debe existir identidad de fincas. Y además, en nuestra opinión, puede quedar en entredicho esa cancelación parcial de las inscripciones de los demandados, que necesariamente tendrá lugar en ejecución de sentencia, al haber quedado firme la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

II. DERECHOS REALES

POSESION DE MALA FE: LA ACCION PARA LA DEVOLUCION DE LOS FRUTOS ES DE NATURALEZA PERSONAL; ABONO DE GASTOS. INTERRUPCION POR REQUERIMIENTO EXTRAJUDICIAL (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—Por auto judicial de 1947 fue declarado heredero abintestato de una herencia vacante el Estado, que inscribió a su nombre por dicho título varias fincas sitas en Ejea de los Caballeros. Requerida por el Estado

(2) Comentario publicado en *RCDI*, núm. 499, págs. 1534 y ss.

(3) Lugar citado en la nota anterior, pág. 1538. Véase nota 14 de aquel comentario.

(4) Véase el resumen de esta Sentencia en *RCDI*, núm. 498, pág. 1237.

la persona poseedora de las fincas, compareció en el expediente administrativo el 20 de marzo de 1965, manifestando que ponía las fincas a disposición del Estado, absteniéndose de cualquier respuesta en relación con el reintegro de los frutos percibidos. En vista de ello, el Abogado del Estado, en representación de éste, promueve demanda el día 30 de agosto de 1971 contra dicha poseedora, doña Teresa Peire Zoco, suplicando se dicte sentencia declarando que la posesión de las fincas fue de mala fe desde el año 1947 hasta 1965, condenándose a la parte demandada a que abone los frutos percibidos en ese lapso de tiempo, consistentes en el importe de las rentas satisfechas por los arrendatarios de las fincas, con el pago de las costas del juicio.

La demandada contesta oponiéndose, formulando demanda reconvenzional contra el Estado para que éste abone los gastos realizados en las fincas.

El Juez de Primera Instancia número 7 de Barcelona dictó sentencia declarando que la posesión de la demandada fue de mala fe desde 1947 hasta 1965, sin condenar a ésta a la devolución de los frutos ni al Estado al pago de los gastos realizados.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia revocando en parte la del Juzgado, estimando la demanda respecto a la devolución de los frutos, pero sólo de los percibidos desde el 30 de agosto de 1956 hasta el 20 de mayo de 1965, teniendo en cuenta que respecto a los anteriores se había producido prescripción de la acción, pues ésta se promovió el 30 de agosto de 1971. En cuanto a la demanda reconvenzional, la estimó en parte, condenando al Estado a satisfacer los gastos necesarios realizados en las fincas durante el plazo de 30 de agosto de 1956 hasta el 20 de mayo de 1965, en que se produjo la entrega de las mismas.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, sólo estima el recurso del Estado en parte, pero no el de la parte demandada, destacando las siguientes declaraciones de la primera sentencia:

«Considerando que . frente a la notoria confusión con que la sentencia recurrida se produce en orden a las fechas, los documentos que se invocan ponen de manifiesto que el día 11 de febrero de 1965 la codemandada y hoy también recurrente, doña Teresa Peire Zoco, fue requerida por la Sección del Patrimonio del Estado de la Delegación de Hacienda de Zaragoza para que cesase en la detentación de las fincas indebidamente poseídas..., requerimiento que fue atendido (en cuanto a la devolución de las fincas). en 20 de marzo de 1965 .»

«Considerando que igualmente deben ser acogidos los motivos quinto y sexto, ambos fundados en el número 1.º del indicado artículo 1.692, que acusan, respectivamente, la interpretación errónea del artículo 1.973 y la aplicación indebida de los artículos 1.967 y 1.969, todos del Código civil, porque la prescripción de las acciones se interrumpe no sólo por su ejercicio ante los Tribunales, que es la interrupción que aprecia la resolución impugnada al atenerse a tal respecto a la fecha de presentación de la demanda, sino también por reclamación extrajudicial del acreedor, supuesto este último que es el que aquí se ha dado, toda vez que en virtud de la reclamación del Estado, formulada en el citado requerimiento de 11 de febrero de 1965, se produjo la interrupción del plazo de prescripción de la acción encaminada al reintegro de los frutos percibidos o podidos percibir por los poseedores de mala fe, acción que, como estima el fallo impugnado y admite el aquí recurrente, es una acción personal, con plazo de prescripción de quince años, de todo lo cual se sigue que, como se sostiene en los dos motivos que se estudian, yerra la sentencia recurrida cuando sitúa el momento inicial para el reintegro patrimonial perseguido en el día 30 de

agosto de 1956, y el momento final en el día 20 de mayo de 1965, siendo así que ese momento inicial es el del día 11 de febrero de 1950, y el momento final el del día 20 de marzo de 1965, en que el Estado recuperó la posesión de las fincas.»

«Considerando que la sentencia recurrida declara que el Estado debe satisfacer a los demandados los gastos necesarios realizados en las fincas a que la demanda se refiere durante el plazo de 30 de agosto de 1956 hasta el 20 de mayo de 1965 y, en consecuencia, condena al Estado a satisfacer la cantidad que por dicho concepto quede fijada en ejecución de sentencia, pronunciamiento que se ataca en los tres motivos restantes del recurso, los cuales sólo puede ser acogidos en tanto en cuanto el fallo recurrido no determina cuáles son esos gastos necesarios realizados en las fincas y establece el indicado plazo para modificar dicho fallo, en cuanto al primer extremo, en el sentido de que tales gastos necesarios consisten en el importe de la contribución y cánones de las fincas en cuestión que han sido pagados por los poseedores de las mismas, porque si bien es cierto que, según la jurisprudencia de esta Sala que se invoca en el recurso, el derecho que al poseedor de mala fe reconoce el artículo 455 del Código civil, en orden al reintegro de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa, presupone que se haya probado en el pleito su existencia, pudiendo relegarse para el período de ejecución de sentencia la determinación de su cuantía, también lo es que en los apartados 6.º y 7.º del segundo considerando de la sentencia de primer grado, aceptado por la recurrida, se declara probado que durante el tiempo que señala, los poseedores que cita, el finado don Ambrosio Mena Marco y la codemandada, doña Teresa Peire Zoco, tuvieron las fincas en arriendo, percibieron las rentas y pagaron contribución y cánones, y por lo que se refiere al plazo, en el sentido de respetar la indicada fecha inicial de 30 de agosto de 1956, que no ha sido impugnada en ninguno de los dos recursos, sustituyendo la de 20 de mayo de 1965, que establece la sentencia recurrida, por la de 20 de marzo de 1965, ya que fue en esta última fecha cuando el Estado recuperó la posesión de las fincas.»

PROPIEDAD HORIZONTAL: REPRESENTACION PROCESAL DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD. NECESIDAD DE INTERVENCION DEL ADQUIRENTE EN DOCUMENTO PRIVADO EN EL TITULO CONSTITUTIVO Y EN LA APROBACION DE LOS ESTATUTOS DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Doña Antonia Pol Pol deduce demanda contra don Juan Oliver Mateu y contra «Promociones Magalluf, S. A.», la Comunidad de Propietarios del edificio «Le Dauphine» y demás personas ignoradas a quienes pueda afectar la demanda, alegando que en virtud de la cesión de un solar realizada en documento privado a favor de don Juan Oliver Mateu, para que a su vez lo cediera a «Promociones Magalluf, S. A.», de la que era Presidente y Administrador, con objeto de que dicha Sociedad construyera en el solar y en otro colindante un gran edificio, como así hizo, denominado «Le Dauphine», en virtud de dicha cesión la demandante obtendría a cambio la entrega de un piso del edificio, así como una terraza frente a la playa y un local para restaurante; que la construcción había sido deficiente, existiendo desperfectos en el local; que no se había otorgado la escritura pública de entrega del piso, local y terraza, y además, que los Estatutos protocolizados a continuación del título constitutivo de la propiedad horizontal eran nulos por haber sido torgados unilateralmente por la parte

demandada sin contar con la actora, por lo que debía cancelarse la inscripción correspondiente.

Los demandados contestan oponiéndose a la demanda.

El Juez de Primera Instancia número 1 de Palma de Mallorca no entró en el fondo del asunto, apreciando de oficio falta de litisconsorcio pasivo necesario, al no haber sido demandados individualmente los propietarios de los pisos y locales del edificio.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca revoca la sentencia del Juzgado, entrando en el fondo, estimando parcialmente la demanda y condenando a los demandados a otorgar la escritura de cesión a favor de la actora, así como a realizar determinadas obras en el local, decretando también la nulidad y correspondiente cancelación de los Estatutos de la propiedad horizontal.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte demandada, el Tribunal Supremo, siendo ponente don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, a que, entre otras muchas, se refieren las sentencias de esta Sala de 26 de noviembre de 1970, 14 de marzo de 1972 y 2 de marzo de 1974, requiere para dar lugar a que la relación jurídica procesal se declare viciosamente constituida, que se haya dejado de convocar al juicio a quienes puedan tener un interés legítimo en el derecho material puesto en controversia o resultasen afectados por la decisión judicial que en su día se pronuncie, circunstancias que no son de apreciar cuando, como aquí sucede, se ejercitaron en la demanda, que dio origen al proceso de que estas actuaciones dimanen, algunas acciones relacionadas con la comunidad de un edificio sometido al régimen jurídico de la propiedad horizontal; se solicitó el emplazamiento de su Presidente para que representara a la misma, por ser dicho señor quien está investido de capacidad adecuada para desempeñar tal cometido, según claramente se indica en el párrafo primero del artículo 12 de la Ley de 21 de julio de 1960 y reconocen explícitamente las sentencias de esta Sala de 28 de abril de 1966, 23 de abril de 1970, 31 de mayo de 1971 y 16 de junio de 1973, máxime cuando también se emplazó por edictos a cuantas personas ignoradas pudieran tener interés en el asunto, habiendo comparecido en juicio algunas de ellas; por todo lo cual decae el primer motivo del presente recurso, en que tal vicio *in judicando* se denuncia.»

«Considerando que tampoco puede prosperar el segundo motivo, en el que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Trámite, se acusa la violación por inaplicación del artículo 1.490, en relación con el 1.485, ambos del Código civil, tanto porque la acción ejercitada en la demanda, y a que este motivo se refiere, no es la de desestimiento del contrato o de rebaja proporcional del precio pactado en una compraventa por vicios ocultos de la cosa vendida, sino la derivada del cumplimiento normal de las obligaciones, excluida del ámbito de aplicación del primero de los preceptos sustantivos citados (sentencias de 1.º de julio de 1947 y 17 de mayo de 1971) y sometida al plazo que se establece en el artículo 1.974 del referido Cuerpo legal, como porque al declararse probado en la sentencia recurrida que 'desde la entrega de lo construido a la actora se viene reclamando la subsanación de una serie de defectos de construcción y servicios que generan humedades en el local' y otra serie de desperfectos, y al producirse tal resultado, al parecer sin solución de continuidad, entraría en juego lo dispuesto en el artículo 1.973 y el plazo de prescripción habría quedado interrumpido, aunque se tratase del señalado por el 1.491, según se infiere del contenido de la sentencia de 11 de junio de 1926.»

«Considerando que igualmente declina el tercer motivo del recurso, dirigido por el mismo ordinal del que le precede, porque si bien es cierto

que, conforme al párrafo 2.º del artículo 5 de la Ley de 21 de julio de 1960, el título constitutivo de las comunidades de este tipo puede establecerse por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, no lo es menos que tal efecto no se produce cuando, en ese momento, ya se ha operado la transmisión de algunos de los departamentos o locales del inmueble de que se trate, porque de existir alguna persona con esta titularidad dominical, aun cuando su adquisición constase únicamente en documento privado, se precisa la presencia de ésta en la realización de aquel acto jurídico para que pueda quedar vinculada por el mismo, como ya se hizo constar en la sentencia de 9 de junio de 1968 y como se requiere para la aprobación de los Estatutos a que debe someterse el régimen de estas comunidades en el artículo 16 de la Ley antes mencionada, y como esto es lo sucedido en el presente caso, según las afirmaciones fácticas del Tribunal *a quo*, que no han sido desvirtuadas en el recurso por la vía formal del número 7.º del artículo 1.692, es indudable que el motivo ha de rechazarse, sobre todo si se tiene en cuenta que parte de supuestos de hecho distintos de hecho de los mantenidos por la Sala de instancia y que no expresa el párrafo del artículo 5, a que se contrae...

RETRACTO DE COMUNEROS. COMPUTO DEL PLAZO DE LA ACCION DE RETRACTO: NO DEBE CONTARSE DESDE QUE SE CONOCIO LA SUBASTA, SINO DESDE QUE SE CONOCIO EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA POR LA QUE SE CONSUMO LA VENTA (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Don Luis Alonso Manglano y otros copropietarios ejercitan la acción de retracto de comuneros contra don Rafael Contal Comenge y otros por la adquisición en subasta, seguida de la correspondiente escritura pública, de una participación indivisa de varias fincas de las que eran copropietarios los actores. Estos alegan que habían tenido conocimiento del otorgamiento de las escrituras de compraventa a los cinco días del mismo, ejercitando la acción de retracto dentro del plazo legal.

El Juez de Primera Instancia número 2 de Almería dictó sentencia estimando la demanda, siendo confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandada por lo siguiente:

«Considerando que la cuestión planteada en el recurso se limita a combatir la resolución de instancia, que estima la acción de retracto ejercitada en cuanto se basa en declarar que al formularse la demanda no había transcurrido el plazo que señala el artículo 1.524 del Código civil, ya que ninguno de los elementos probatorios aportados demuestra que con anterioridad al mismo el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta en la forma exacta y cabal que requiere la doctrina de esta Sala, articulándose, en su consecuencia, los dos motivos que contiene el recurso sobre la base de que, en el caso del pleito, el plazo señalado en dicho precepto sustantivo se inicia el día de la celebración de la subasta, por estimar que en ella el retrayente tuvo noticia y conocimiento de la transmisión, y a este respecto no tiene en cuenta el recurrente que el Tribunal *a quo* mantiene el criterio que ese conocimiento no pudo tenerlo el retrayente, a los efectos del retracto, hasta que lo tuviera de todas las circunstancias que concurrían en la venta, lo que hace surgir, en primer término, una cuestión de hecho, cuya apreciación es denunciada en el motivo segundo del recurso, al am-

paro del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no resulta viable, ya que se pretende acreditar mediante el mismo que ese 'conocimiento' de la operación de venta fue el día de la subasta, y para ello se apoya en unos documentos que no tienen la cualidad de auténticos a los efectos de casación, y como, por otra parte, se intenta reforzar el motivo con una apreciación probatoria hecha por el propio recurrente, contraría a la realizada por la Sala sentenciadora, y argumentada aquélla por la doctrina legal, totalmente incompatible en la técnica del número 7.º del artículo 1.692, lo que hace decaer este motivo.»

«Considerando que la interpretación llevada a cabo por el juzgador del artículo 1.524 del Código civil se ajusta exactamente a la reiterada doctrina de esta Sala de casación, que exige para enervar la acción de retracto por caducidad del plazo de viabilidad que el retrayente conozca en momento oportuno de una manera total y completa no sólo la venta, sino todas sus condiciones, sin que baste la mera noticia de haberse ésta efectuado—sentencias de 6 de mayo de 1971 y 18 de noviembre de 1971, entre otras—, por lo que en el presente caso no puede admitirse que el juicio de retracto está entablado después de caducado el plazo de nueve días, porque es obvio que no puede estimarse iniciado el día de la subasta, dada la letra y espíritu del mencionado artículo 1.524 y de todo el sistema doctrinal de este Tribunal, del que se desprende que el plazo para entablar el retracto, cuando no se ha inscrito la transmisión en el Registro de la Propiedad, ha de contarse no desde la perfección del contrato, sino desde la consumación, que en el caso de autos sería el del otorgamiento de la escritura de venta, secuela de la subasta, y con más razón aún por la posibilidad de que se ejercitara hasta ese otorgamiento, por el rematante, el derecho de ceder—sentencias de 29 de febrero de 1960, 17 de febrero de 1956 y 1 de abril de 1960—, y como a mayor abundamiento, en el motivo primero, que analizamos, se señala doctrina legal que el recurrente estima infringida, sin que éste advierta que toda ella está basada en el supuesto de que el momento de inicio del plazo de los nueve días es precisamente desde que el retrayente tuvo conocimiento de la venta y del otorgamiento de la escritura, no sólo antes de la inscripción en el Registro de la Propiedad, sino al día siguiente de verificarse la venta con escritura pública, es decir, que dichas resoluciones toman como base principal para el cómputo la escritura pública, por todas cuyas razones declina el motivo segundo ...»

COMENTARIO.—En esta sentencia se contiene una doble doctrina acerca del cómputo del plazo de la acción de retracto en el supuesto de existir conocimiento de la enajenación (1):

a) Por un lado, confirma la reiterada doctrina legal referente a que el cómputo sólo puede producirse si el conocimiento ha sido *pleno y completo* de la venta y de todas sus condiciones, sin que baste la mera noticia de haberse ésta efectuado. En este sentido se habían pronunciado las sentencias de 30 de octubre de 1953, 6 de mayo de 1961, 22 de marzo de 1962, 18 de noviembre de 1971 (2) y 5 de mayo de 1972 (3), entre otras. En el presente caso se recoge esta doctrina para concluir que no es el momento de la subasta el adecuado para iniciar el cómputo del retracto, lo cual es acertado, ya que el conocimiento de la subasta no supone el de todas las condiciones. Esta doctrina no excluye que si el propio retrayente declara que ejerce la acción antes de tener conocimiento pleno de todas las condiciones de la venta, porque así lo prefiere, no haya que admitir la acción, pues tal exigencia se produce para favorecer al retrayente, por lo que puede renunciar a ella. Pero si ejerce la acción en ese caso deberá cum-

(1) Sobre el otro supuesto de cómputo (la inscripción) y su relación con el «cómputo del conocimiento», véase mi comentario a la Sentencia de 5 de mayo de 1972 (RCDI, núm. 498, pág. 1247).

(2) Esta Sentencia la comenté en RCDI, núm. 489, pág. 417.

(3) Resumida y comentada en lugar citado en la nota 1.

plir, naturalmente, los requisitos del artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no pudiendo alegar, si no los ha cumplido, que el plazo de la acción no había empezado a correr todavía, pues, como dice la sentencia de 28 de mayo de 1968, que se ocupa del caso, sería «un hábil subterfugio para tratar de abrir paso a una subsanación extemporánea de las omisiones apuntadas en que incurrió al ejercitar su derecho en el acto conciliatorio» y contrario al principio de la buena fe y de los actos propios (4).

b) Por otro lado, la presente sentencia destaca que de todo el sistema doctrinal del Tribunal Supremo se desprende que el plazo ha de contarse no desde que se conozca la perfección del contrato, sino la consumación mediante el otorgamiento de la escritura pública. Por esta razón rechaza también que la subasta pueda iniciar el cómputo del plazo de la acción, añadiendo el argumento subsidiario de que si sólo se ha producido la subasta cabe todavía que el rematante ceda su derecho a la adquisición. Esta doctrina nos parece muy interesante, sobre todo teniendo en cuenta que hace ya algún tiempo insistimos en un comentario (5) sobre estas ideas. Decíamos entonces que no debía tomarse como cómputo el «conocimiento de un contrato de venta en documento privado», sino «el conocimiento de la transmisión real de la propiedad», es decir, del contrato más la tradición. Nos basábamos en las sentencias de 20 de mayo de 1943 y 8 de julio y 21 de diciembre de 1946, según las cuales «la acción de retracto, por su carácter real, no nace hasta que el adquirente de la cosa que se quiera retraer entre en posesión de la misma por tradición real o simbólica, pues hasta ese momento en que se consuma el contrato de compraventa no se lesiona realmente el derecho de preferencia del retrayente, puesto que lo que se trata de retraer no ha salido aún del dominio del vendedor, aunque puede existir por parte del comprador una acción personal para reclamarlo». En un comentario posterior insistíamos en la misma idea, destacando que era perfectamente compatible que el Tribunal Supremo exigiera el requisito de que el conocimiento fuera total y completo de la venta y de sus condiciones, con el requisito del conocimiento de la consumación de la venta por la tradición (6). Todavía vimos un matiz en pro de esa tesis en un par de sentencias de 2 de julio de 1971, aunque en éstas no se planteaba el problema y no se formó doctrina legal (7).

La presente sentencia refuerza definitivamente esa tesis del cómputo de la acción por el conocimiento de la consumación del contrato, que tanto nos venía preocupando, constituyendo en este caso *ratio decidendi* del fallo.

Admitida esta tesis del cómputo por el conocimiento de la consumación, queda por resolver el problema de la prueba de la tradición determinante de la adquisición. En el supuesto de haberse producido ya el otorgamiento de la escritura pública, como aquí ocurría, no hay problema, pues la misma lleva consigo la tradición instrumental (art. 1.462, párrafo 2.º, del Código civil). Pero si la venta se ha producido en documento privado o verbalmente, ¿debe probar el retrayente que se ha producido la tradición? ¿O le bastará alegar que ha tenido conocimiento de la venta en documento privado seguida de la tradición? Creemos que no debe exigírsele tal prueba, pues si así fuera podría eludirse fácilmente la acción de retracto sin más que otorgar el documento privado de venta, ya que la prueba de la tradición real puede llegar a ser imposible. Siguiendo modernas tendencias respecto a la carga de la prueba, entendemos que la tradición es un acto debido, que, en principio, debe seguir al contrato mientras no exista un hecho impeditivo de la misma, por lo que lo lógico es que baste alegarla, correspondiendo al demandado probar el hecho impeditivo de la tradi-

(4) Véase esta Sentencia en RCDI, núm. 471, pág. 440.

(5) En el comentario publicado en RCDI, núm. 478, pág. 791.

(6) Comentario a la Sentencia de 13 de noviembre de 1971. RCDI, núm. 489, pág. 418.

(7) Comentario de estas Sentencias en RCDI, núm. 492, págs. 1162 y 1163.

ción, en su caso (aportando el documento en que conste el aplazamiento de la entrega de la finca hasta el pago total del precio, por ejemplo).

Por tanto, esta dificultad, derivada de la prueba de la tradición, no es obstáculo para la teoría que mantenemos, pues debe resolverse atribuyendo la carga de la prueba al demandado en razón a criterios de facilidad para el mismo y de dificultad para el actor (8).

DOBLE VENTA DE INMUEBLE NO INSCRITO EN EL REGISTRO A FAVOR DE NINGUNO DE LOS COMPRADORES. FECHA FEHACIENTE DE DOCUMENTO PRIVADO. DIFERENCIA ENTRE COMPRAVENTA Y PROMESA DE VENTA. ACCESION INVERTIDA: REQUIERE BUENA FE DEL QUE EDIFICA Y QUE LO HAGA SOBRE SUELO SIN EDIFICAR (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Don Faustino Alvarez Alvarez formula demanda contra doña Rosa Vázquez Prieto y esposo y contra los herederos de doña Corona González Santos, alegando que había comprado a esta última en escritura pública otorgada en 1968 un terreno de 4,76 metros cuadrados sobre el que existía una construcción provisional para venta de periódicos, de la que era arrendataria doña Rosa Vázquez Prieto, no sujeto el arrendamiento a la ley especial por tratarse de edificación provisional. Señala también en la demanda que sobre dicho terreno y otro mayor colindante había levantado un edificio, cubriendo el vuelo de la parcela litigiosa, por encima del local provisional arrendado a doña Rosa Vázquez. Suplica se dicte sentencia declarando que es de la propiedad del actor ese terreno y la construcción existente en el mismo, por tener título público de compraventa, y, subsidiariamente, por haberse producido un supuesto de accesión invertida, dada la mayor importancia del edificio actualmente construido; además, solicita se declare finalizado el contrato de arrendamiento del local provisional.

Doña Rosa Vázquez Prieto contesta a la demanda alegando que el terreno discutido lo había comprado en documento privado de fecha anterior a la escritura pública del actor, y que si le había permitido edificar sobre él había sido fiada de la promesa del actor de cederle a cambio más terreno de su propiedad, cesión que no había cumplido. Formula demanda reconvenzional para que el actor otorgue la correspondiente escritura de permuta de suelo por vuelo.

Los otros demandados, herederos de doña Corona González Santos, dan la razón al actor, señalando que el documento privado de fecha anterior a la escritura no fue una venta, sino simple opción de compra.

El Juez de Primera Instancia número 2 de Vigo desestima la demanda y la reconvencción, siendo confirmada *in substantia* (con alguna variante) por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso, siendo de destacar los tres primeros «considerandos»:

«Considerando que al tratarse, en el primer motivo del recurso, del preferente derecho entre los adquirentes de un mismo predio en caso de doble venta, y siendo los títulos en los que las partes apoyan sus pretensiones, de un lado, el documento privado de 22 de diciembre de 1965 y, de otro, la escritura pública de 24 de octubre de 1968, que no llegó a inscribirse

(8) Véase la tesis de KISCH en CASTÁN, así como la Sentencia de 3 de junio de 1935 (CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, tomo I, vol II, 11.ª ed., 1971, págs. 771 y 772

en el Registro de la Propiedad, es fundamental destacar, de la relación de la instancia, las siguientes afirmaciones: Primera: Que el documento privado de 22 de diciembre de 1965, aunque no fue presentado en la Oficina Liquidadora de Derechos Reales hasta el 7 de julio de 1970, el 5 de junio de 1966 fue presentado por la compradora, asistida de su marido, ante Notario para que 'requiriera a la vendedora a que dicho documento fuera elevado a escritura pública pagando el resto del precio, después del primer pago efectuado en el momento de su firma, en la forma que en él se detalla, sin que la parte requerida le opusiera tacha ni en cuanto a contenido ni en cuanto a fecha, como tampoco ha sido negada su autenticidad por la vendedora en los juicios que con posterioridad se han celebrado'. Segunda: Que aunque en dicho documento privado no intervino el recurrente, actor en el pleito, éste cuando otorgó la escritura de 24 de octubre de 1968, según la expresión literal de la instancia, no combatida en el recurso, 'conocía la venta que con anterioridad se había realizado en favor de la demandada sobre el mismo objeto', 'conocimiento—agrega—que destruye la buena fe que exige el artículo 1.473 del Código civil'. Tercera: Que si los propietarios, según el documento privado, y antiguos arrendatarios del inmueble discutido permitieron construir sobre él fue porque, sin perturbarles en la posesión de su área habitable, fiaron en ciertas promesas del constructor de compensarles con la agregación de algunos metros del local lindante por él construido.»

«Considerando que en el motivo primero del recurso se polemiza, de una parte, sobre la naturaleza del contrato contenido en el documento privado y, de otra, y en este caso razonando fuera de los hechos probados, se desconoce la autenticidad de su fecha, en cuánto sea anterior a su presentación a la liquidación del Impuesto de Derechos Reales, y hay que desestimarlos, en cuanto a lo primero, al no contenerse en dicho documento una promesa de venta, no ejercitada en el plazo previsto, como se alega en el motivo, sino un verdadero contrato de compraventa, como se demuestra, en primer lugar, porque las partes contratantes no tratan de proyectar al futuro un nuevo concierto de voluntades, sino que lo cierran, incluso entrega el vendedor una cantidad como parte de pago, y por ello, en el propio documento, le otorga el comprador la correspondiente carta de pago; pero es que además ésa es también la interpretación que a dicho contrato da la instancia, la cual ni se combate con invocación de los artículos adecuados ni aunque así lo fuera, a través de la invocación de los artículos de interpretación de actos y contratos, podría prosperar por ser materia confiada a la instancia, sólo revisable en casación cuando sea absurda o desproporcionada, lo que no ocurre en el presente caso; y en cuanto al segundo extremo: primero, porque partiendo de los postulados de hecho, más arriba señalados, especialmente de la presentación ante Notario de dicho documento el 5 de junio de 1966 para requerir de los firmantes su elevación a escritura pública, adquiere autenticidad en cuanto a la fecha, artículo 1.227 del Código civil, y segundo, sobre todo por el conocimiento de él que tenía el recurrente, según afirmación tajante de la Audiencia, cuando firmó la escritura de 24 de octubre de 1968, todo lo cual es suficiente para que caiga por su base toda la argumentación del recurrente, pues los artículos 348, 609, 1.445 y 1.462 del Código civil, que en el motivo se dicen violados, no son los aplicables al caso, sino el 1.473 del mismo Cuerpo legal, que es el que aplica la instancia y que atribuye la propiedad, para el caso de doble venta de inmuebles no inscritos a favor de ninguno de los litigantes en el Registro de la Propiedad, a quien sea el primero en la posesión, que fueron los recurridos, y a falta de ésta, a quien presente título más antiguo, que también son ellos, siempre que haya buena fe, como la hay en este caso por parte de los compradores en el documento privado.»

«Considerando que no mayor consistencia tiene el segundo motivo del recurso, en el que se insiste en la casación sobre la petición que, como subsidiaria, se formuló en la demanda, invocando en favor del recurrente las consecuencias de la accesión invertida, que acarrea la incorporación del suelo a lo edificado, cuando se ha procedido de buena fe y el valor de lo edificado es notoriamente superior al valor del suelo; motivo que no puede prosperar porque esta institución, de creación jurisprudencial (sentencias de 31 de mayo de 1949 y 9 y 17 de junio de 1961, confirmadas por muchas posteriores), requiere como elemento primordial la buena fe del que edifica, o sea, la ignorancia del constructor de que el suelo sobre el que construye no le pertenece, lo que, según los postulados de hecho, en este caso no se da, y, en segundo lugar, porque ha de tratarse de 'suelo' sin edificar, y el propio recurrente en la demanda, con la que se inicia este pleito, alude a que se trata de un terreno donde había una construcción, que era el local donde la demandada ejercía su venta de periódicos.»

COMENTARIO.—Comentaremos brevemente cada uno de los puntos a que se refiere la presente sentencia y que constituyen doctrina de la misma:

a) *Distinción entre compraventa y promesa de venta.*—La sentencia señala, frente a la tesis del recurrente, que el contrato discutido es una compraventa y no promesa de venta, porque los contratantes «no tratan de proyectar al futuro un nuevo concierto de voluntades, sino que lo cierran». Al parecer, la sentencia sigue una tesis tradicional o clásica del precontrato, recogida en anteriores sentencias (1), pues alude a un «nuevo concierto de voluntades». Esta configuración tradicional del precontrato ha sido criticada por la doctrina moderna, que estima que el precontrato no se refiere a la obligación de celebrar un nuevo acuerdo de voluntades, sino que «la relación contractual se abre ya entre las partes desde el momento mismo en que el precontrato queda celebrado», y «lo que ocurre es que las partes se reservan, bien ambas o bien una sola de ellas, la facultad de exigir en un momento posterior la puesta en vigor del contrato proyectado» (2). En el mismo sentido se pronuncia ALBALADEJO, diciendo que «habiendo de contenerse en el precontrato todos los puntos necesarios para el contrato preparado, y encerrando el precontrato conformidad sobre ellos, es innecesario para que el acuerdo alcance efectividad, que se otorgue un nuevo consentimiento de las partes, bastando que éstas puedan exigir que *entre en vigor* el acuerdo (precontrato) que ya celebraron» (3). De todos modos, la presente sentencia no llega a profundizar en el tema, pues, en último término, admite la interpretación de instancia, «sólo revisable en casación cuando sea absurda o desproporcionada». A pesar de todo, señala claramente su criterio diferenciador entre compraventa y promesa de venta partiendo de premisas de la referida tesis tradicional, sometida actualmente a revisión por la doctrina.

b) *Fecha fehaciente de documentos privados.*—En la sentencia se afirma la autenticidad de la fecha de un documento privado desde el día que se entregó al Notario a los fines de un requerimiento a la parte vendedora para que lo elevara a público. Merece la pena destacar este supuesto, porque no es frecuente en la práctica. El artículo 1.227 del Código civil señala como uno de los supuestos de fehaciencia de la fecha del documento privado respecto a tercero, «desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio». Tratándose de entrega al Notario, lo normal es que sea el acta de protocolización del documento privado

(1) ALBALADEJO cita, en este sentido, las Sentencias de 2 de febrero de 1960, 5 de octubre de 1961, 18 de diciembre de 1962, 2 y 26 de marzo y 16 de octubre de 1965, 7 de febrero de 1967, 2 de octubre de 1968 (*Derecho de Obligaciones*, I, 1970, pág. 320, nota 134).

(2) Así se expresa Díez PICAZO, recogiendo la teoría de CASTRO (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, pág. 209).

(3) ALBALADEJO, obra citada en la nota 1, pág. 321.

o la escritura de ratificación y elevación a público el medio adecuado para dar aquella fehaciencia. En cambio, el acta notarial de requerimiento no es, en general, vehículo adecuado a efectos del artículo 1.227 del Código civil, pues para autorizarla no hace falta entregar al Notario el documento privado, sino simplemente manifestar ante el mismo que solicita se requiera a la otra parte firmante del documento la elevación del mismo a público. Por tanto, no es necesario que el Notario examine el documento privado ni que lo recoja en el acta. Sin embargo, es perfectamente posible, como aquí ocurrió, que el interesado entregue el documento y que el Notario lo recoja en el acta. Si así sucede, el caso es encuadrable en el artículo 1.227 del Código civil, tal como señala esta sentencia. No obstante, el Tribunal Supremo ha preferido no centrarse exclusivamente en el acta de requerimiento, pues añade el argumento fundamental («sobre todo»), consistente en que el tercero tenía conocimiento del documento privado con anterioridad al otorgamiento de la escritura pública por la que compró la finca, lo que implica respecto a ese tercero que el documento privado tenía fecha anterior a la escritura pública.

c) *Doble venta de inmuebles sin inscripción a favor de ninguno de los compradores.*—La sentencia contempla el conflicto entre el documento privado de fecha anterior y la escritura pública otorgada con conocimiento de dicho contrato. El Tribunal Supremo aplica al caso el artículo 1.473, concediendo preferencia al adquirente en documento privado, por ser el primero en la posesión, tener título más antiguo y haber actuado de buena fe. Esta postura es acertada, pues aunque el documento privado es de condición inferior a la escritura pública, lo cierto es que en el presente caso ésta no había sido inscrita en el Registro y aquél, por su parte, había sido seguido de la posesión y era de fecha más antigua. En tales condiciones, no cabía otra solución, dado lo dispuesto en el artículo 1.473 del Código civil.

d) *La buena fe en la accesión.*—Esta sentencia, al tratar del problema de la accesión invertida, deja bien claro qué es lo que debe entenderse por buena fe a efectos de la accesión. Dice que se requiere, como elemento primordial, «la buena fe del que edifica, o sea, la ignorancia del constructor de que el suelo sobre el que construye no le pertenece». Nosotros, al comentar el caso de la sentencia de 29 de abril de 1970, nos inclinamos por ese concepto de buena fe, en lugar del que había seguido la sentencia de instancia. Dijimos en aquella ocasión (4) que «en materia de accesión, tanto directa como invertida, la buena fe consiste en la creencia por parte del que edifica de que el terreno le pertenece a él en propiedad. Así se desprende de la interpretación lógica de los supuestos de accesión en relación con el artículo 433 del Código civil». «La interpretación lógica del caso de accesión por construcción extralimitada consistirá en que se exija un requisito de fuerza suficiente para producir el efecto adquisitivo de la accesión, porque el resultado ha de ser congruente con el efecto. Por ello, como en los casos de accesión el efecto es la adquisición del dominio, la buena fe requerida será la que se cifre en una creencia en la propiedad o dominio del suelo edificado, no en una creencia de que la construcción se realiza en suelo ajeno, aunque creyendo que es conforme a lo pactado.» «Por otro lado—añadíamos—, el artículo 433 del Código civil define la buena fe en el sentido de reputar poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide.» Todo esto podemos trasladarlo aquí como comentario de la definición que la sentencia da de la buena fe en la accesión. Y en realidad es aquí donde tienen encaje dichas observaciones, pues la sentencia de 29 de abril

(4) Véase RCDI, núm. 484, pág. 688.

de 1970 no llegó a pronunciarse sobre el problema y, por tanto, no contenía doctrina legal sobre la buena fe.

e) *La construcción sobre «suelo sin edificar» como requisito de la accesión invertida.*—Por otro lado, la sentencia indica que para que opere la accesión invertida ha de tratarse de «suelo sin edificar». En el caso discutido existía sobre el suelo una edificación para la venta de periódicos (que el actor estima es de carácter provisional), y sobre el vuelo de la misma se elevó una parte del edificio colindante de valor muy superior al de esa parcela y local de periódicos. A pesar de que, desde el punto de vista económico, lo accesorio seguía siendo el solar y el local de periódicos respecto a la parte de edificación extralimitada, consideramos acertado que el Tribunal Supremo no aplique la accesión invertida en este caso y destaque que ha de tratarse de «suelo sin edificar», porque en materia de accesión siempre se trata de suelo, no de vuelo, dado que la construcción sobre el vuelo da lugar a otras instituciones (superficie, derecho de levante, medianería horizontal), y porque la institución de la accesión invertida es una excepción de la regla general en materia de accesión y no conviene interpretarla extensivamente. Tenemos como ejemplo, el caso concreto de accesión invertida, que regula el párrafo 2.º del artículo 1.404 del Código civil, que la doctrina y jurisprudencia hipotecaria interpreta restrictivamente. En este sentido, dice CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO que para aplicar el párrafo 2.º del artículo 1.404 del Código civil «se requiere que se trate de un terreno no edificado», por deducirse así «no sólo de la expresión del precepto: 'edificios construidos .. en SUELO', y de la interpretación estricta que siempre ha de darse a la norma», sino también por señalar esta exigencia las resoluciones de la Dirección (5). Pues bien, la presente sentencia exige en general, para la accesión invertida, que se trate de edificación sobre suelo que esté sin edificar, lo cual estimamos acertado por las razones dichas.

J. M. G. G.

INSCRIPCION AL AMPARO DEL ARTICULO 206 DE LA LEY HIPOTECARIA. ERROR DE DERECHO EN LA INTERPRETACION DE LA PRUEBA POR INAPLICACION DEL ARTICULO 1.218 DEL CODIGO CIVIL. EL PROPIETARIO DE UN TERRENO ES DUENO DE SU SUPERFICIE. PRESUNCION JURIS TANTUM: ARTICULO 350 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1975).

Antecedentes.—La representación de doña Ana María, don Carlos y don Juan Alonso Vargas expuso en su demanda: Que en fecha 10 de julio de 1967 se había inscrito en el Registro de la Propiedad de Motril el castillo de Castell de Ferro a favor del Estado, afecto al Ministerio de la Gobernación, Dirección General de la Guardia Civil, con una cabida de 4.415 metros cuadrados, de los que 578 corresponden a la parte edificada, actualmente en ruinas. Para la inscripción, practicada al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, se certificó que el Estado poseía desde tiempo inmemorial dicho inmueble, habiendo sido utilizado en un principio por el extinguido Cuerpo de Carabineros, y en la actualidad por el Benemérito Instituto de la Guardia Civil.

Añadía que dicho castillo siempre había sido propiedad de la familia de los actores y reseñaba los títulos de las diferentes transmisiones desde su abuelo, referentes a la parcela en la que está sito el inmueble, y que

(5) HERNÁNDEZ CRESPO, «La accesión invertida», RCDI, núm. 491, pág. 752.

tal parcela la había comprado éste en 4 de julio de 1941. También sostenía que tenían la posesión ininterrumpidamente hasta el día de la presentación de la demanda, sin que hubieran sido perturbados en ella ni en el dominio por el antiguo Cuerpo de Carabineros ni por el Instituto de la Guardia Civil. Que al hacerse la inscripción a favor del Estado se reconoce que se encuentra situado el castillo dentro de la propiedad de los actores, ya que se señala como límite, por el Norte, Sur, Este y Oeste, la propiedad de don Juan Alonso Antequera, y además lo corrobora la certificación expedida por la Delegación de Hacienda, Servicio del Catastro de Rústica, en la que aparece el castillo emplazado en la parcela de los actores sin ningún camino de acceso, lo que hace imposible que fuera utilizado antes por el Cuerpo de Carabineros y posteriormente por el Instituto de la Guardia Civil.

Suplicó se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

Primero: Que los actores son los propietarios de la parcela número 49, del polígono 9, del término municipal de Gualchos, con una superficie de 3 hectáreas y 88 áreas en la actualidad y de todo lo construido sobre dicha superficie, cuyos linderos hoy son los siguientes: Norte, finca de María Alonso Antequera; Este, las de Antonio, Francisco y Ramón Alonso Antequera y casas del Patronato de Santa Adela; Sur, las citadas casas, carretera de Málaga a Almería y finca de don Gumersindo García Peregrina, y Oeste, finca de doña Carmen Prieto. Segundo: Que el castillo, inscrito a favor del Estado, quedando afecto al Ministerio de la Gobernación (Dirección General de la Guardia Civil), al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, no tiene existencia independiente de aquella superficie, que es propiedad de los actores. Tercero: Que como consecuencia de estas declaraciones y por los defectos e inexactitudes que invalidan la certificación expedida por don..., Teniente Coronel de la Guardia Civil, Primer Jefe de la Comandancia de Granada, de 15 de abril de 1970, se declare nula y sin eficacia alguna en Derecho la inscripción practicada por orden del Registrador de la Propiedad de Motril al folio 76 del tomo 370 del libro 20 de Gualchos, finca número 1.852, inscripción 1.º Cuarto: Que como consecuencia de todas y algunas de las declaraciones anteriores se ordene la cancelación de la inscripción de posesión causada a favor del Estado, afecta al Ministerio de la Gobernación (Dirección General de la Guardia Civil), en el Registro de la Propiedad de Motril. Quinto: Que se ordene la inscripción del castillo en el indicado Registro a nombre de sus únicos titulares, doña Ana María, don Carlos y don Juan Antonio Alonso Vargas, como integrante de la parcela referida en el pronunciamiento primero de este suplico. Sexto: Que se imponga perpetuo silencio al Estado y al Ministerio de la Gobernación (Dirección General de la Guardia Civil), que actúa en su nombre, sobre su pretensión de posesión y propiedad del castillo. Séptimo: Se condene a los Organismos demandados al pago de las costas.

El Abogado del Estado contestó, en representación de los demandados, que reconocía la inmatriculación practicada en el Registro de la Propiedad y que no admitía lo alegado por los demandantes respecto de la titulación, en la que concurrían las siguientes circunstancias: a) La finca que el abuelo de los actores adquirió en 1941 no presenta gran similitud con la que hoy dicen éstos ser suya: basta comparar la descripción—extensión y linderos de ambas fincas—para comprobarlo. b) La finca que llamaremos primera está hoy inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de don Antonio Alonso Corzo, según consta en el título presentado (libro 75, tomo 3.º, folio 24, finca 226, inscripción 2.º), y la segunda está a nombre de los actores como finca distinta, habiendo sido inmatriculada, al amparo del artículo 205, en 15 de abril de 1973, según resulta del documento número 4 de la demanda. c) Que la finca número 226 era parte de la parcela

catastral 9/49 de Gualchos, mientras que la 1.590, que parece ser, por sus linderos, la parcela 9/49, tiene en el documento mayor cabida aún que ésta; todo ello según los mismos documentos citados, aportados de adverso. d) Que en ninguno de ambos títulos se habla más que de «parcela de tierra», sin nombrarse para nada la existencia del castillo y sin que, por tanto, se incluya expresamente en ellas. E incluso la descripción del título de 1941, que, como más antiguo, tendría que prevalecer en todo caso, parece excluir el torreón o castillo del perímetro de la finca transmitida. e) Que entre los dos títulos aportados, compraventa y donación, existe una transmisión intermedia de la que no se presenta título alguno ni se prueba de ninguna forma. f) Que la posesión privada del castillo, que se establece en la demanda, es totalmente gratuita, deduciéndola sin más de la posesión de la parcela de terreno de monte sin el menor nexo lógico, pues no puede tomarse como tal, seriamente, la afirmación de que en el croquis catastral no aparece ningún camino de acceso al castillo, de lo que se quiere deducir que «es imposible haya estado habitado» (en la certificación inmatriculadora del Estado no se afirma que se haya «habitado», sino sólo que se ha «utilizado», cosa notoriamente distinta) antes por el Cuerpo de Carabineros y posteriormente por el Instituto de la Guardia Civil (hecho tercero); es evidente que el acceso al castillo ha sido siempre posible y libre, como lo pueden afirmar cuantos hayan veraneado alguna vez en Castell de Ferro, por ser una de las típicas excursiones en dicho centro veraniego. Suplico se dictase sentencia desestimando la demanda, con imposición de costas a los actores.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que se estimó la demanda y declaró: Primero: Que los actores son propietarios de la parcela número 49 del polígono 9 del término municipal con Guelchos, con una superficie de 3 hectáreas y 88 áreas en la actualidad y de todo lo construido sobre dicha superficie, cuyos linderos hoy son los siguientes: Norte, finca de María Alonso Antequera; Este, las de Antonio, Francisco y Ramón Alonso Antequera y casas del Patronato de Santa Adela; Sur, las citadas casas, carretera de Málaga a Almería y finca de don Gumer-sindo García Peregrina, y Oeste, finca de doña Carmen Prieto. Segundo: Que el castillo, inscrito a favor del Estado, quedando afecto al Ministerio de la Gobernación (Dirección General de la Guardia Civil), al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, con la descripción que obra en el hecho primero, no tiene existencia independiente de aquella superficie, que es propiedad de los actores. Tercero: Que es nula y sin eficacia alguna en Derecho la inscripción practicada por el señor Registrador de la Propiedad de Motril al folio 76 del tomo 370 del libro 20 de Guelchos, finca número 1.852, inscripción 1.ª, y en su consecuencia debo mandar y mando la cancelación de dicha inscripción a favor del Estado, afecta al Ministerio de la Gobernación (Dirección General de la Guardia Civil), y que se proceda a inscribir el castillo en el indicado Registro a nombre de sus titulares, doña Ana María, don Carlos y don Juan Antonio Alonso Vargas, condenando al Estado a estar y pasar por estas declaraciones, todo ello sin hacer expresa imposición de costas.

Interpuesto recurso de apelación, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada dictó sentencia por la que estimó el recurso, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda, sin imposición de costas en ninguna de las instancias.

Instado recurso de casación, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, casó y anuló la sentencia de la Audiencia, y en la segunda sentencia confirmó en todas sus partes la dictada por el Juez de Primera Instancia, sin hacer especial imposición de costas en ninguna de las instancias.

Los considerandos de la primera sentencia dicen:

Considerando que tratándose del ejercicio de una acción reivindicatoria, la Audiencia, en contradicción con lo acordado por el Juez de Primera Instancia, después de atiramar en el considerando cuarto de su sentencia «que respecto a la identificación de la finca dentro de la que está enclavado el castillo, inscrito a favor del Estado, puede estimarse conseguida, según se deduce del conjunto de la prueba practicada», desestima la demanda por las razones expuestas en los considerandos quinto y séptimo: en el primero de los cuales se niega que don Juan Alonso Antequera estuviera legitimado como dueño para otorgar el título con el que actúan los actores, hijos suyos, en relación a la finca donde se dice ubicado el castillo, que es la escritura de donación de 27 de septiembre de 1969; porque el donante—se dice—no ha justificado ningún título de transmisión con relación a su padre, don Antonio Alonso Corso, que fue el que adquirió la parcela en cuestión, entre otras de mayor extensión, por escritura de 4 de julio de 1941, habiéndolas inscrito en el Registro, título éste que no se pone en duda, así como también en el mismo considerando se duda de la identificación por no coincidir la extensión de las fincas donadas con la que se dice tener la parcela 49 del polígono 9; en el séptimo considerando lo que se pone en entredicho es que el castillo, aunque esté dentro de la parcela 49 del polígono 9, forme parte de la misma, al no hacerse referencia a él en ninguno de los títulos.

Considerando que el primero de los razonamientos de la instancia a que acabamos de aludir se combate en el recurso con apoyo en el párrafo séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre otros, en el motivo quinto del recurso, por error de Derecho en la interpretación de la prueba, por inaplicación del artículo 1.218 del Código civil, al no conceder eficacia probatoria a dos documentos públicos, que además revisten la consideración de auténticos, cuales son: la escritura pública de donación de 27 de septiembre de 1969, que dio lugar a la reanudación del tracto de las fincas en cuestión, al ser inmatriculada en el Registro al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, sin reclamación de los demás posibles herederos del último titular registral, y el asiento practicado del castillo a favor del Estado, en el que se dice textualmente: «cuyos linderos son los siguientes: por el Norte, Sur, Este y Oeste, con propiedades de don Juan Alonso Antequera, identificado catastralmente en el polígono 9, parcela 49», y es procedente acogerlo: en lo que a la escritura de donación se refiere, porque nadie, aun después de inscrita en el Registro de la Propiedad, ha puesto en duda la legitimación de quien la otorga ni ha impugnado el asiento registral, y en cuanto a lo de que la extensión no coincida con la de la parcela, porque la Sala incurre en un error: lo donado son tres parcelas, cuya extensión total es superior a la catastrada bajo el número 49 de la parcela 9; de ellas, la que virtualmente coincide es la descrita en tercer lugar; en cuanto a la inscripción registral a nombre del Estado, certificada al folio 6.º, en primer lugar, no ha de ser inconveniente para darle la consideración de auténtica el que sea la que se alegue como título por el demandado, y en segundo lugar, ha de admitirse su eficacia al afirmar de forma categórica la ubicación de la finca en el polígono y parcela catastral del que han probado ser dueños los actores.

Considerando que admitido este motivo no hay para qué entrar en el estudio de los cuatro primeros.

Considerando que el motivo sexto se interpone al amparo del número primero del artículo 1.692, por inaplicación del artículo 350 del Código civil, y al haber prosperado el motivo quinto, con la consecuencia de dar por probado que la parcela donde está ubicado el castillo pertenece a los recurrentes, ha de prosperar igualmente este motivo, pues según el mencionado artículo, «el propietario de un terreno es dueño de su superficie», lo que quiere decir, como proclaman las sentencias de este Tribunal de 3 de julio de 1907 y 1.º de febrero de 1909, que existe una presunción *juris*

tantum de que todo lo comprendido dentro del perímetro superficial de la propiedad pertenece al propietario, y que quien alegue la pertenencia de cualquier construcción que esté ubicada dentro de ella habrá de probarla; es cierto que en la certificación del Teniente Coronel Jefe del Sector de la Guardia Civil de Granada, que sirvió de base para la inscripción del castillo a favor del Estado, se dice que el Estado «lo poseía desde tiempo inmemorial»; pero esta mera afirmación no puede servir de base para declarar una usucapión que después de declarada serviría de título al Estado; mas en ningún momento se ha alegado, cuanto menos probado, y, por tanto, al no haberse destruido la presunción legal del artículo 350 del Código civil a ella hay que atenerse, conforme se postula en este motivo.

La sentencia segunda se fundamenta en las mismas razones de la primera y en las de la sentencia de Primera Instancia.

COMENTARIO.—La mayoría de los autores, al comentar el artículo 350 del Código civil, se refieren a las limitaciones del derecho de propiedad en él apuntadas y no a la presunción *juris tantum* que contiene y que ha puesto de relieve la jurisprudencia; presunción consistente en que todo lo comprendido dentro del perímetro superficial de un predio pertenece al propietario de éste.

Son pocas las sentencias que se refieren a ello. La que comentamos nos cita las de 3 de julio de 1907 y 1.º de febrero de 1909. La primera, referente a un asunto de aguas nacidas en el subsuelo de una finca, expresamente recoge la citada presunción *juris tantum*. La sentencia de 27 de febrero de 1963 dice: «Declarándose en el fallo impugnado que dentro de la parcela G está comprendida la casa cortijo reclamada, es indudable que no se concede más ni cosa distinta de lo mandado en la ejecutoria, y sí lo que ésta acordó, ya que el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que la misma contenga, al no hacer ninguna salvedad la ejecutoria.»

En la última parte del último considerando de la sentencia que estudiamos se contiene una cuestión que aunque pudiéramos decir que es sabida, viene bien verla escrita. La certificación del representante de la Administración exponía que el castillo lo poseía el Estado desde tiempo inmemorial. Esta afirmación—dice la sentencia—no puede servir para declarar una usucapión, no alegada ni probada. No es suficiente para destruir la presunción del artículo 350 del Código civil.

Conviene, por último, meditar unos momentos en la consecuencia *registral* de todo ello. Tal vez no se debió acceder a la inmatriculación, pedida al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria. La cita del artículo 350 hubiera servido de buena base para una calificación denegatoria.

B. M. B.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

ES NULA TODA TRANSACCION REALIZADA CON UN TRABAJADOR SOBRE LAS INDEMNIZACIONES DEBIDAS POR ACCIDENTE LABORAL (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1975).

Hechos.—El Jefe Administrativo de una Empresa cuando viajaba para la misma sufrió un accidente de circulación del que quedó con incapacidad permanente. La Empresa y el trabajador lesionado suscribieron un conve-

nio por el cual el empleado percibía cierta cantidad a cambio de renunciar a cualquier reclamación. Posteriormente demandó el trabajador a la Empresa ante la Magistratura de Trabajo y obtuvo indemnización. Demanda ahora la Empresa a su ex empleado alegando que ha sido indemnizado dos veces. El Tribunal Supremo desestima la demanda.

Doctrina de la sentencia.—El motivo séptimo, formulado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación del artículo 4 del Código Civil, en relación con el artículo 36 de la Ley de Contrato de Trabajo, es estimable, porque es evidente la nulidad radical del pacto consignado en el documento, por el que el demandado, hoy recurrente, renuncia a las indemnizaciones a que pudiese tener derecho por causa de su accidente de trabajo *in itinere*, ya que, de acuerdo con la citada norma laboral, es nula toda renuncia (y la transacción la lleva implícita siempre) de las indemnizaciones a que el trabajador tenga derecho por accidente en el trabajo; que en ningún caso podría recibir el trabajador directamente, sino mediante constitución del depósito correspondiente en el Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, nulidad que confirma el Código Civil en su artículo 4 del texto originario, y número 3 del artículo 6 del texto articulado vigente, que prescribe que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son ambos nulos de pleno Derecho, salvo que en ellas—lo que en el caso de autos no ocurre—se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

LA FUERZA PROBATORIA DE LA CONFESION JUDICIAL NO ES SUPERIOR A LA DE LOS DEMAS ELEMENTOS PROBATORIOS (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Se denuncia en el motivo tercero la violación del artículo 1.232 del Código civil, sin tener presente que las normas sobre el valor de la confesión, singularmente la genérica del apartado primero del artículo 1.232 mencionado, sólo es correctamente citable, como norma infringida por el Tribunal de Instancia, en vía de amparo del «error de Derecho», pero no por la de infracción del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues ya viene declarando con reiteración la doctrina de esta Sala que la apreciación de esa prueba de confesión sólo es impugnabile por el cauce del número séptimo de dicho precepto rituario, por lo que forzosamente ha de perecer este motivo, como asimismo el cuarto, dado que la fuerza probatoria de la confesión judicial no es superior a la de los demás elementos probatorios, y debe apreciarse ella por el Tribunal en combinación con otras y no con independencia, y es obvio que la sentencia que se recurre exterioriza la apreciación conjunta de toda la practicada, por lo que siendo así, y como resultado de todo lo expuesto, se impone la desestimación del recurso.

INDEMNIZACION DE DAÑOS (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—En una industria de fabricación de muebles que ocupaba los bajos de un edificio, se declaró un incendio que destruyó la totalidad del inmueble. El propietario del mismo demanda al titular de la industria y obtiene indemnización.

Doctrina de la sentencia.—Las dos sentencias de instancia, de acuerdo con el examen racional y conjunto de las pruebas practicadas, declararon acreditado no sólo el hecho en sí y sus consecuencias, sino que dicho titular de la industria en que se originó el incendio no había instalado los medios necesarios para sofocarlo, tales como extintores, tomas de agua para mangueras, etc., a que venía obligado según la memoria aprobada cuando se le concedió la licencia gubernativa, de acuerdo con el Reglamento de 30 de septiembre de 1961 sobre industrias insalubres, peligrosas y molestas, omisiones que retrasaron la intervención de los bomberos, motivando que el fuego adquiriese grandes proporciones que determinaron las destrucciones producidas; declaraciones de hecho que han quedado incólumes en este trámite, pues el recurso ni siquiera las impugna por la única vía adecuada del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, lo que priva de toda consistencia al motivo primero.

Es imposible estimar el segundo y último de los motivos formulados, donde por la misma vía procesal se alega violación del artículo 1.105 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias de esta Sala que menciona, porque haciendo supuesto del cuestionado, y contrariamente a la realidad de los hechos tal y como se declaró acreditada, sostiene la existencia del caso fortuito, a que los referidos precepto y doctrina se refieren, que, evidentemente, no tenían que ser aplicados al declararse probada la negligencia, causante de los daños, de parte de quien ahora hace el alegato.

NO TIENE EL CARACTER DE «AUTENTICO» EL DOCUMENTO OBJETO DE CONTROVERSID EN EL JUICIO (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El primer motivo denuncia un «error de hecho» sobre la base del documento de compraventa concertado por las partes contendientes, sin tener presente el recurrente, por una parte, que no puede en modo alguno atribuir la cualidad de «auténtico» al documento que precisamente es objeto en el juicio de controversia y discusión sobre su alcance y sentido.

Los testimonios judiciales aportados a un proceso como prueba documental, derivados de diligencias preparatorias o preliminares, no tienen la condición de auténticos a efectos de casación.

COMPROMISO NO FORMALIZADO PARA SOMETER UNA CUESTION A ARBITRAJE (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Conforme a lo dispuesto en los artículos 11 y 19 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, y doctrina de esta Sala establecida, entre otras, en las sentencias de 26 de septiembre de 1964 y 18 de febrero de 1974, solamente el compromiso formalizado voluntaria o judicialmente, o la pendencia de esta última especie de formalización, impide a los Jueces o Tribunales conocer de la controversia sometida o que se intenta someter por la vía jurisdiccional al fallo arbitral, puesto que si el compromiso no se hubiere voluntariamente formalizado o no se hubiese hecho uso del derecho que reconocen los artículos 9 y 10 de dicha ley, el contrato preliminar de arbitraje quedará sin efecto.

INTERPRETACION DE CONTRATOS: EL ARTICULO 1.281 DEL CODIGO CIVIL PARTE DE LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO ESCRITO (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1975).

Hechos.—El actor celebró un contrato verbal con la Entidad demandada, por el cual esta última le confería su representación, cobrando un 7 por 100 el representante del importe de las obras que consiguiese para la Compañía representada. Reclama ahora el demandante sus porcentajes sobre unas obras que no le habían sido satisfechos por la Compañía. Se acogió la demanda.

Doctrina de la sentencia.—En materia de interpretación de contratos viene sentando la doctrina de esta Sala que, aun cuando el texto de la ley no lo diga expresamente—artículo 1.281 del Código civil—, de su referencia al sentido «literal» de las cláusulas contractuales se desprende que el precepto parte de la existencia de un contrato escrito, y en este aspecto es cierto que esta calidad no la tiene realmente el que es objeto de los autos de los que deriva el presente recurso, pues tratándose de un convenio verbal ha surgido entre ellos la cuestión de si en dicho pacto se comprendía o no aquellas otras obras que afectaban a las realizadas en las Cajas de Ahorros de Santiago de Compostela y La Coruña, cuestión ésta que resuelven las sentencias de instancia, conclusión deducida de la apreciación conjunta de la prueba, de la que buena parte de ella la constituyen las presunciones utilizadas por el Tribunal *a quo*, al igual que lo hace el Juzgado de primer grado en su resolución, por lo que tal criterio ha de ser respetado en casación, al no aparecer que al llevarla a cabo aquel Tribunal haya incurrido en evidente error, equivocación o abuso de su facultad discrecional al efecto que aconseje su rectificación.

El artículo 1.283 del Código civil no constituye norma relativa a la apreciación de la prueba, sino una de las reglas de interpretación de los contratos que el Código sustantivo establece para fijar el sentido y el alcance de las declaraciones de voluntad que aquéllos contienen.

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—«Industrias Agropecuarias, S. A.», concertó un contrato con don Ramón, por el que se comprometió a venderle 10.000 cerdos. Le entregó 7.000 y manifestó que siéndole imposible suministrarle el resto declaraba extinguido el contrato. Don Ramón demanda a la Entidad vendedora solicitando indemnización de daños y perjuicios, que se determinarán en período de ejecución de sentencia. La Audiencia condenó a IASA a indemnizar al actor en la cuantía de 500.000 pesetas. El recurso del actor, quien no se conforma con esa cantidad, es acogido por el Supremo.

Doctrina de la sentencia.—El caso previsto en el número seguro del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se ampara el motivo primero del recurso, es el de las sentencias cuyo fallo no es congruente con las pretensiones de las partes: hipótesis que no se da en el presente caso, pues en la demanda se pedía que «Industrias Agropecuarias, S. A.», indemnice al demandante de los daños y perjuicios irrogados por el incumplimiento del contrato, y la instancia condena a la Sociedad demandada a que indemnice al actor en la cantidad de 500.000 pesetas, no pudiendo, por tanto, prosperar el motivo.

Al partir del hecho probado de que IASA ha incumplido los contratos

que había suscrito con el actor, al que, por tanto, ha de indemnizar daños y perjuicios, falta sólo por fijar la cuantía de la indemnización por el incumplimiento del contrato, y para fijarla hay que puntualizar determinados datos. Es llano que consta en los autos el número de kilogramos y las fechas en que debieron ser entregados, y que falta por ser concretado el perjuicio, la determinación del valor de los cerdos en el mercado libre durante las fechas en que debieron ser entregados, del cual dato, que sólo podrá ser fijado en ejecución de sentencia, había de deducirse, en primer lugar, el precio al que debieran venderse y, en segundo lugar, la diferencia entre ese precio libre y el del contrato, el cual, multiplicado por el número de kilogramos que debieron ponerse a disposición del comprador, dará la cifra exacta del perjuicio sufrido por el recurrente, o sea, hay que aplicar la primera, que no la segunda, de las hipótesis previstas en el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo siempre absolutamente inoportuna la invocación del artículo 1.103 del Código civil, alusivo a la posible moderación de la responsabilidad nacida de la negligencia, supuesto diferente del incumplimiento voluntario del contrato de que se trata.

NO ES INCONGRUENTE LA SENTENCIA QUE DESGLOSA EN DOS CONCEPTOS LA CANTIDAD TOTAL SOLICITADA EN EL SUPLENDO DE LA DEMANDA (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—Los actores habían arrendado una fábrica de cerámica a los demandados. Por falta de pago obtuvieron el desahucio, pero los arrendatarios desahuciados todavía ocuparon la fábrica once meses más. Reclaman los demandantes el pago de las rentas de dos anualidades que no les habían sido satisfechas e indemnización por el tiempo que tardaron en desalojar la fábrica arrendada. Prosperó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—En el motivo primero se alega no ser congruente la sentencia impugnada, ya que no sólo se condena al recurrente al pago de lo reclamado, como rentas devengadas y no abonadas, sino además al pago de los perjuicios sufridos por los arrendatarios, que no fueron reclamados en la demanda.

Es inviable el motivo porque determinándose la incongruencia en función de la inadecuación entre las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes y el fallo, el examen comparativo de esos elementos evidencia no existe disconformidad, porque el contenido del suplico de la demanda, en relación con los hechos tercero y cuarto de la fundamentación de la misma, pone de manifiesto que la cantidad reclamada de 422.416 pesetas está integrada por 262.000 por rentas devengadas vigente el contrato de arrendamiento y 160.416 por no haber sido entregado el local y fábrica arrendados hasta pasados once meses después de haber vencido el plazo contractual, y en virtud del fallo se condena al recurrente a pagar 227.300 pesetas por el concepto de rentas adeudadas y no abonadas y 160.416 en concepto de perjuicios por la no devolución de la fábrica y enseres en el plazo contractual estipulado.

LA DONACION DE MATERIALES DE LA CONSTRUCCION ANTES DE SER INCORPORADOS A LA OBRA NO REQUIERE ESCRITURA PUBLICA (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—El actor—un Arquitecto—, en compensación a la colaboración y servicios que durante cierto tiempo le había venido prestando la demandada, le ofreció construirle y entregarle un chalet. Una vez terminado, le reclama los pagos que tuvo que hacer. La demandada fue absuelta.

Doctrina de la sentencia.—No puede prosperar el primer motivo, en que se alega la violación por no aplicación del artículo 633 del Código civil, en relación con los artículos 334 y 359, así como de los párrafos primero y tercero del 358, porque si bien los materiales de construcción una vez que se unen a la obra de forma inseparable alcanzan la consideración de inmuebles, nada impide que sean donados antes de incorporados, pues hasta entonces son bienes muebles, así como el importe de la mano de obra invertida para ella; en cuyo caso se hace innecesaria, cuando la entrega se hace por pura liberalidad, como se afirma por la instancia y no se combate en el recurso, la formalidad de la escritura pública, que prescribe el artículo 633 para las donaciones de inmuebles.

LA FALTA DE ACEPTACION DE UNAS LETRAS LIBRADAS EN NADA AFECTA AL NEGOCIO JURIDICO REALIZADO (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—En los tres motivos del recurso se razona por el recurrente en el sentido de estimar que concertado el pago del precio por medio de tres letras de cambio *previamente aceptadas* a treinta, sesenta y noventa días, al haberse librado y presentado al cobro sin la concertada previa aceptación demuestran la inexistencia del contrato; mas al hacerlo así olvida el recurrente que es doctrina constante y reiterada de esta Sala que la interpretación de los contratos es facultad exclusiva del Tribunal de instancia y habrá de ser respetada mientras no resulte ilógica o absurda, por lo que no afectando a la existencia y vigencia del contrato el hecho de haber sido o no aceptadas las letras ha de estarse a la declaración del Tribunal *a quo*. La falta de la aceptación en las letras libradas, como ya se ha establecido, no afecta en nada al negocio jurídico realizado y en el que hubo acuerdo de voluntades sobre la cosa y el precio.

DONACIONES: EL ABRIR A FAVOR DE OTRA PERSONA UNA CUENTA EN UN BANCO RESERVANDOSE LA FACULTAD DE DISPONER IMPLICA LA FALTA DE ANIMUS DONANDI (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1975).

Hechos.—Don Pedro, con los saldos de sus cuentas bancarias, abrió dos cartillas de ahorro a nombre de su sobrino don Jesús, reservándose él la facultad de disponer libremente de las cantidades. Cuando iba a hacer uso de este derecho, pudo comprobar que su sobrino ya había dispuesto íntegramente de las sumas. Demanda el tío al sobrino, quien se defiende alegando que se trataba de una donación. Se estimó la demanda en la instancia y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

Doctrina de la sentencia.—El demandante, al abrir las cartillas a nombre del demandado, se reservó la libre facultad de disponer de las cantidades ingresadas, por lo que sin ese *animus donandi*, motivador del voluntario desprendimiento irrevocable de la cosa donada en favor del donatario, no puede admitirse la existencia y validez de la donación.

Lo que caracteriza distintamente a las donaciones *mortis causa* es la permanencia de la cosa donada en el dominio y libre disposición del donante, por lo que son revocables y resultan ineficaces si no se justifican por el otorgamiento de disposiciones testamentarias y no difieren su efectividad al momento del fallecimiento, como exige la sentencia de 3 de enero de 1905.

Aunque se hubiese demostrado que el demandante no se había reservado la libre disposición de dichas sumas y que, por tanto, hubiese habido *animus donandi*, aun en esos hipotéticos supuestos se trataría de donaciones *mortis causa*, que para su efectividad requerirían haberse constituido con las formalidades de los testamentos—que no ofrecen—y serían esencialmente revocables. Mientras no se consiga demostrar por adecuadas vías que no se ha hecho en favor del demandante la reserva de la libre disposición de las cantidades litigiosas, no se puede hablar de la existencia de donaciones *inter vivos* ni *mortis causa*, pues falta el esencial requisito del *animus donandi*, y no será posible obtener el fallo casacional pretendido.

INTERPRETACION DE CONTRATOS (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Constante y uniforme doctrina jurisprudencial tiene proclamado que la interpretación efectuada por los juzgadores de instancia tiene que prevalecer sobre la particular e interesada de los litigantes, a menos que se demuestre que es irracional, ilógica o contraviene algún precepto de ley, lo que aquí ni siquiera se ha intentado; todo ello abstracción hecha de la bondad del juicio interpretativo que se discute en este trámite, a causa de la claridad indubitada de los términos literales del contrato objeto de debate, hasta el punto de que muy bien pudiera aplicarse la igualmente doctrina reiterada de este Tribunal Supremo de que *in claris non fit interpretatio*.

J. Q. S.

CUMPLIMIENTO DE DEPOSITO (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—El padre de los demandantes dona al Estado una colección de obras prehistóricas con destino al Museo Arqueológico Nacional. Independientemente de ello, los demandantes depositan en el mencionado Museo otras colecciones para salvarlas del peligro de la guerra. Terminada ésta, se reclama la devolución y no se practica ésta por entender la Dirección General de Bellas Artes que todo lo depositado había formado parte de la donación citada. Agotada la vía administrativa, el Juez ordena la devolución, la Audiencia la confirma y el Supremo desestima el recurso en base a los siguientes razonamientos:

Doctrina de la sentencia.—El depósito se constituyó por el recurrido de una manera indistinta y, por tanto, en su nombre y en nombre y representación de su hermana, pudiendo cualquiera interponer la reclamación.

Asimismo hay que aceptar la interpretación sentada en la instancia, conforme a la doctrina legal, salvo que sea ilógica o absurda, y, en consecuencia, que el Estado no poseyó los bienes con un *animus dominii*, sino, por el contrario, en nombre ajeno y en concepto de depositario, sin que tal hecho se haya atacado por el cauce del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal, debiendo, por tanto, desestimarse, puesto que la usucapión requiere una posesión en nombre propio y con buena fe.

DECLARACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE CULPA EXTRA CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1975).

Hechos.—La parte actora reclama una indemnización de daños por haber sufrido unas lesiones por causa de un accidente de circulación originado por el conductor del vehículo que ahora es la parte demandada.

También figura demandada la Compañía de Seguros, que satisfizo una cantidad de 300.000 pesetas en el juicio de faltas correspondiente, por entender el actor que los daños ascienden a 5.000.000 de pesetas. La parte demandada alegó prescripción de la acción ejercitada. El Juez de instancia aprecia la prescripción y absuelve de la demanda. La Audiencia confirma. El Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina:

Doctrina de la sentencia.—La valoración de la prueba relativa a la interrupción del plazo de prescripción es de exclusiva competencia de la Sala de instancia, y lo alegado por el recurrente de su intención de demandar es contrario a la premisa fáctica sentada en la sentencia recurrida, ya que para interrumpir el plazo de prescripción de una acción determinada es absolutamente necesario que se haya ejercitado dicha acción y no otras que tengan con ella mayor o menor analogía, como revela el posesivo usado en el artículo 1.973 del Código civil.

En consecuencia, desestima el recurso de casación por infracción de ley.

RECLAMACION DE CANTIDAD. SUBSANACION DE DEFECTO (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1975).

Hechos.—Con ocasión de unas relaciones comerciales se libra por el demandante una letra de cambio, que fue aceptada debidamente por uno de los demandados y avalada por el otro. Dicha letra se protestó por falta de pago. Despachada por el Juez la correspondiente ejecución, se oponen a ella los demandados alegando defecto en el modo de promover demanda ejecutiva e indebida acumulación de acciones y prescripciones y otros motivos. El Juez desestimó la oposición y mandó seguir la ejecución. La Audiencia confirma la sentencia. Se interpone recurso de casación por quebrantamiento de forma y el Tribunal Supremo desestima.

Doctrina de la sentencia.—La subsanación de posibles defectos cometidos en la citación de remate debe pedirse en el primer trámite procesal **que pueda hacerse inmediatamente** después de cometida la infracción, y no cabe decir que se pidió dicha subsanación si no se utilizaron a tiempo los recursos legales contra las resoluciones origen de la falta. El número 1.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo se refiere a quienes por ignorar la existencia del juicio carecen de los medios adecuados para la defensa de sus derechos, y, en consecuencia, el demandado, notificado por diligencia defectuosa, fue conocedor del emplazamiento.

SEGURO. RECLAMACION DE LA SUMA ASEGURADA (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1975).

Hechos.—El actor reclama la entrega de la cantidad resultante del seguro, a lo que se opone la Compañía aseguradora por no haberse pagado una de las primas. El Juez estima la demanda y ordena el pago; la Audiencia la confirma. El Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina desestimando el recurso interpuesto:

Doctrina de la sentencia.—El lugar de pago es susceptible de fijación por las partes al contratar, conforme a los artículos 1.170 y 1.254 del Código civil; pero este lugar es susceptible de variación por el propio acuerdo de las partes, no existiendo violación de los citados artículos ni del 425 del Código de Comercio, y, por tanto, si se suspendió el pago de una de las primas del seguro durante treinta días, y ello es debido a la volun-

tad exclusiva de la Aseguradora, no debe protegerse la situación creada por el Ordenamiento jurídico.

No se pueden plantear problemas, interpretativos para obtener una solución en contra de los hechos declarados probados, cuyo simple examen evidenciaría la solución contraria a la que pretende el recurrente, siendo improcedente alegar violación de los artículos 1.281 y 1.282, en relación con los artículos 1.255, 1.256 y 1.258, todos del Código civil, ya que la interpretación de los mismos se vuelve contra el recurrente y justifica la decisión que se impugna.

RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—Se reclama una cantidad por la parte actora en juicio ejecutivo y el Juez ordena la ejecución. La parte demandada se opone por falta de emplazamiento de los intervinientes en la litis. El Juez dicta sentencia ordenando la ejecución; la Audiencia lo confirma. Se interpone el recurso de casación por quebrantamiento de forma y el Tribunal Supremo lo desestima sentando la siguiente doctrina:

Doctrina de la sentencia.—1. Aunque se equipara la falta de emplazamiento con la circunstancia de que no se haya dado traslado al apelante para responder, lo cierto es que el recurrente no hizo reclamación en este sentido ni pidió la subsanación de la falta.

2. La falta de citación afectó a una persona distinta de la ejecutada y, por tanto, el vicio no puede prosperar, porque es necesario para ello que afecte personalmente al recurrente.

3. La certificación del Secretario omitió una diligencia solicitada por el recurrente, pero éste no intentó subsanar la omisión.

RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Celebran las partes un contrato de venta con precio aplazado. El actor pidió las llaves para utilizar el local comprado, pero no pudo por existir una filtración de aguas, que causó daños a unos muebles depositados en el local por el actor.

El actor solicita la indemnización de los daños en base, entre otras razones, a que la compraventa había sido con pacto de reserva de dominio. El demandado alegó la prescripción de la acción ejercitada porque en dicho pacto el comprador adquirió la posesión conforme al artículo 1.462 del Código civil. El Juez desestima la demanda y admite la prescripción; la Audiencia confirma la sentencia. Interpuesto el recurso de casación por infracción de ley, el Tribunal Supremo lo desestima sentando la siguiente doctrina:

Doctrina de la sentencia.—Independientemente de que los daños alegados se produjeron por falta de cuidado en las personas encargadas de la vigilancia de las aguas, no por vicio de la construcción, y, por tanto, no se viola el artículo 1.591 del Código civil, debiendo estar a lo dispuesto por el artículo 1.902 del Código civil, hay que estimar la prescripción alegada conforme dispone el artículo 1.968, que establece el plazo de un año para los casos de responsabilidad del artículo 1.902 citado.

CUESTION DE COMPETENCIA (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—La sumisión a la competencia de un Juzgado supone una declaración de voluntad, que como negocio jurídico extraprocésal requiere la exteriorización del elemento intencional de las partes de someterse al Juzgado correspondiente y conforme al cual han de resolverse los conflictos que surjan por la discrepancia entre la voluntad declarada y la real, como sucede en el caso presente, en el que a pesar de haber una sumisión a un Juzgado debe deducirse lo contrario de la correspondencia de los litigantes, que tiene la fuerza probatoria necesaria para producir la creencia racional de que las partes no tuvieron la intención de someterse a la competencia de ningún Juzgado.

J. S. V.

ARRENDAMIENTOS URBANOS**OBRAS INCONSENTIDAS: LA REDUCCION DE UN HUECO EN UN 39 POR 100 DE LA SUPERFICIE Y LA CONVERSION DE UN BALCON EN VENTANA SON OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACION DEL LOCAL ARRENDADO (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1973).**

El arrendatario realizó obras sin consentimiento del arrendador que modificaban, a juicio de éste, la configuración del local arrendado. El Juzgado de Algeciras estimó la demanda, pero la Audiencia de Sevilla revocó esta sentencia.

El recurso de injusticia notoria es acogido por el Tribunal Supremo, que admite la tesis del recurrente. El dictamen emitido por un Aparejador, designado por las partes de común acuerdo, evidencia que en el local se han efectuado obras recientes, cubriendo el antepecho con obra de fábrica, que reduce en más del 39 por 100 la superficie primitiva del hueco, convirtiéndolo en simple ventana, corroborando este dictamen el acta notarial aportada, en la que se aprecia por el fedatario este mismo hecho, lo que acredita el manifiesto error en la apreciación de la prueba en que ha incurrido la Sala sentenciadora. Dadas las características de la obra, tienen la entidad e importancia suficientes para estimar que su ejecución ha producido un cambio sustancial y sensible en la configuración del local arrendado, y habiéndose llevado a efecto por el demandado años después de celebrado el contrato sin consentimiento del arrendador, determinan su resolución por la causa 7.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

REALIZACION DE OBRAS: NO DETERMINAN LA RESOLUCION LAS OBRAS NECESARIAS PARA UNIR DOS LOCALES CUYO DESTINO COMUN SE DEDUCIA DE LOS TERMINOS DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1973).

Habiendo realizado el arrendatario obras que alteran la estructura de los locales arrendados, convirtiéndolos en un solo almacén o salón, haciendo desaparecer la pared que los dividía, el arrendador interpuso la demanda, a la que se opuso el arrendatario, alegando que estaba autorizado para

realizar la unión de ambos locales y que además había obtenido el consentimiento de la actora para la ejecución de tales obras. Tanto el Juzgado número 6 de Sevilla como la Audiencia de esta capital desestimaron la demanda.

Interpuesto recurso de injusticia notoria es rechazado por el Tribunal Supremo, ya que en el documento aportado con la demanda se autorizaba al demandado para que efectúe obras de arreglo para su negocio sin traspasar los límites que puedan dañar la conservación de la finca que se había arrendado para almacén, de lo que se deducía que el objeto del arrendamiento no fue un local, sino dos para destinarlos al único fin de almacén. Las obras realizadas no se ha probado que perjudiquen a la finca y su fin exclusivo era unir los dos locales arrendados partiendo de una autorización escrita de la arrendadora, deducida de los términos en que se halla concebido el contrato entre las partes litigantes, sin que pueda prevalecer la interpretación del recurrente frente a la de los juzgadores, que no es arbitraria ni ilógica. No basta con expresar en el recurso la causa en que se funda, sino también el concepto por el que se estima cometida la infracción, y al no haberlo determinado tiene que ser desestimado el recurso en su totalidad.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: LA AFILIACION A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO TRABAJADOR AUTONOMO NO ES COMPATIBLE CON TRABAJAR COMO DEPENDIENTE AL SERVICIO DE LOS ARRENDATARIOS (SENTENCIA DE 12 DE ENERO DE 1974).

Arrendado un local, que consta de dos perfectamente diferenciados: uno dedicado a la venta de objetos de escritorio y otro a imprenta, el contrato se hallaba en período de prórroga forzosa; pero el uso del local es compartido, además de los arrendatarios, por otra persona, que ocupa la zona dedicada a imprenta con total independencia de la otra parte, por lo que se solicita la resolución del arrendamiento por cesión o traspaso ilegal. El Juzgado de Tudela y la Audiencia de Pamplona estimaron la demanda.

No admite el recurso de injusticia notoria el Tribunal Supremo, por cuanto reconocido el hecho base de ser trabajador autónomo el demandado desde 1962, y habiéndose afirmado por los demandados que siempre trabajó por cuenta de ellos como dependiente, no puede decirse que la deducción de la Sala sea absurda o irracional, por lo que ha de prevalecer sobre la de la parte, ya que no se puede discernir cuál de las dos soluciones es más aceptable, sin que la actividad valorativa del juzgador pueda ser sustituida por la de los interesados mientras no vulnere las reglas de su ejercicio.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: NO PUEDE ADMITIRSE CUANDO LAS OBRAS REALIZADAS LO HAN SIDO OBLIGADAMENTE POR EL ESTADO DEL EDIFICIO Y POR NO HABERLAS REALIZADO EL PROPIETARIO (SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 1974).

Se arrendó parte de un inmueble con la prohibición de realizar obras sin consentimiento del arrendador, así como la de ceder o subarrendar sin el mismo consentimiento. Verificadas obras de transformación y asociado un hermano del arrendatario en el negocio, se solicitó por el arrendador la resolución del contrato. Opuso el arrendatario que las obras habían sido

obligadas por el estado del edificio y, en su caso, por el Ayuntamiento, viéndose forzado a realizarlas por no haberlo hecho el arrendador, al que tuvo que reclamar judicialmente el importe de las mismas. Desestimada la demanda por el Juzgado número 2 de Tarragona y por la Audiencia de Barcelona, se interpuso recurso de injusticia notoria.

Este no prospera, porque no pueden admitirse como prueba documental los testimonios de otros juicios anteriores, tanto más cuanto no demuestran la equivocación evidente del juzgador ni la prueba de confesión judicial tiene un valor superior al del resto de las pruebas efectuadas. Estimada la prescripción de la acción para impugnar el pretendido traspaso, no es admisible llegar a conclusiones distintas de las que llegó la Sala, y lo mismo ocurre con la no autorización de las obras por el arrendador.

RESOLUCION DE CONTRATO: NO PUEDE ALEGARSE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR CUANDO NO HAY RAZONES SUFICIENTES PARA NO CONSENTIR LAS OBRAS REALIZADAS (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1974).

Arrendadas diversas dependencias de una casa, como integrantes de un local de negocio, en el contrato se autorizó a realizar obras con conocimiento previo del arrendador. Efectuadas obras, que suponían una modificación total de la configuración de los locales, contra la voluntad y consentimiento del arrendador, se presenta demanda solicitando la resolución del contrato. Se desestimó la demanda, tanto por el Juzgado número 4 de San Sebastián como por la Audiencia Territorial de Pamplona.

El recurso de injusticia notoria es igualmente rechazado, ya que en el contrato primitivo se autorizó al arrendatario a efectuar obras que fuesen necesarias para la marcha del negocio, permitiéndose tanto en el momento inicial del mismo como cuantas veces se considerase oportuno durante el período de vigencia del contrato, lo que se ratificó en el contrato posterior de 1965. Por tanto, se estima que todas las disposiciones referentes a la autorización y condiciones impuestas al arrendatario han sido cumplidas por él; y de los documentos exhibidos se acredita el conocimiento que tuvo el actor de las obras. Si la distinción entre conocimiento y consentimiento está bien fijada por la jurisprudencia, en el caso actual lo interesante no es establecer la diferencia entre ambos conceptos, sino estudiar las razones expuestas para justificar la falta de consentimiento y ver si son o no procedentes; en sentir de los dos juzgadores de instancia que han intervenido en el pleito, no son bastantes para esta negativa, por lo que ha de desestimarse el recurso en su totalidad.

NULIDAD DE CLAUSULA CONTRACTUAL: ES NULA LA CLAUSULA QUE SOLO PREVE EL AUMENTO DE LA RENTA CONFORME A LA VARIACION EN EL COSTE DE LA VIDA SIN TENER EN CUENTA UNA POSIBLE DISMINUCION (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1974).

Se estableció en un contrato de arrendamiento de local de negocio una cláusula por la que el precio del arrendamiento «se ajustará anualmente a las posibles fluctuaciones en alza del nivel general de precios, utilizándose para este cómputo el índice oficial de precios al por mayor». La interpretación de esta cláusula originó diversos procedimientos judiciales, y en el que es objeto de este comentario se pide por el arrendatario la nulidad de la referida cláusula. El arrendador se opuso y formuló a su

vez reconvencción, alegando que había desmantelado el arrendatario unos grupos electrógenos, lo que no podía hacer sin autorización del propietario. El Juzgado número 6 de Madrid desestimó la demanda y la reconvencción. La Audiencia revocó parcialmente la sentencia declarando nula la cláusula debatida, pero desestimando igualmente la reconvencción.

Interpuesto recurso de injusticia notoria, no es admitido por el Tribunal Supremo, ya que la desaparición de los grupos electrógenos no produjo variación esencial de la forma del local, resultando improbadó el exceso que se atribuye al demandante en el uso del local, ya que ni del contrato ni de la certificación del Ayuntamiento se deduce que los tales grupos se hallasen definitivamente incorporados al inmueble, como pretende el recurrente. Los pactos de actualización de renta sólo serán válidos cuando sirvan a esta finalidad, y no lo serán cuando se limiten a establecer una posible y constante elevación de renta, sin permitir su disminución para el supuesto de que baje el coste de la vida, lo que va en contra de la proporcionalidad equitativa de las recíprocas pretensiones, pudiendo llegar a convertir en antieconómica por el arrendatario la continuación del arrendamiento, haciendo ilusoria la utilización de la prórroga legal, que establece la Ley de Arrendamientos Urbanos.

RESOLUCION DE CONTRATO: CUALESQUIERA QUE SEAN LOS MOVILES DEL CAMBIO DE TITULARIDAD DE UN LOCAL, SE HAN DE OBSERVAR LOS REQUISITOS QUE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS ESTABLECE PARA EL TRASPASO O CESION (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1974).

Frente a la alegación del actor de que existe traspaso o cesión ilegal de un local de negocio, el arrendatario dice que su esposa e hijos le ayudan, sin que haya dejado de ser él quien lleva el negocio. El Juez de Balaguer estimó la demanda, pero la Audiencia de Barcelona revocó esta sentencia absolviendo al demandado.

Prospera el recurso de injusticia notoria, ya que la sentencia recurrida, no obstante estar probado que el arrendatario se dio de baja en la contribución industrial, dándose de alta su esposa simultáneamente—también demandada—, reconociendo igualmente el mismo en una declaración jurada ante la Delegación de Mutualidades Laborales que continuará el negocio su esposa, no dio lugar a la resolución del contrato, basándose en que el único fin de estos hechos era obtener la pensión de la Mutualidad, que era incompatible con todo trabajo remunerado por cuenta ajena o con toda actividad propia. Basta la afirmación de hecho de la sentencia recurrida para estimar el primero de los motivos del recurso, ya que cualesquiera que sean los móviles que indujeron al demandado al cambio de titularidad, se hizo sin consentimiento del actor y sin guardar las formas que establece la Ley de Arrendamientos Urbanos para el traspaso, que es lo que en realidad hizo el demandado, que no conservó la titularidad del negocio, sino que la cedió íntegramente a su esposa.

RESOLUCION DE CONTRATO: LA AFIRMACION DE QUE LA AUTORIZACION PARA SUBARRENDAR NO TIENE LIMITACION DE TIEMPO HA DE SER PROBADA POR EL ARRENDATARIO FRENTE A LA ASEVERACION CONTRARIA DEL ACTOR (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1974).

Se alega como causa de resolución del contrato la realización de obras que modifican la configuración del local y que debilitan la resistencia de los materiales empleados en la construcción, así como que autorizado el

demandado para subarrendar el local durante un año, se ha prorrogado indebidamente el subarriendo durante más de dos años, convirtiéndose en un traspaso ilegal e incontestado. El Juez de La Orotava estimó la demanda y decretó la resolución, sentencia confirmada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

El recurso de injusticia notoria no prospera, ya que los recibos aportados con el escrito de contestación a la demanda, firmados por tres personas, sólo acreditan el pago de la renta y no son prueba suficiente para justificar la novación subjetiva del arrendador si no van unidos a otros medios probatorios, siendo su interpretación privativa del juzgador de instancia. La afirmación de que la autorización para subarrendar no tenía limitación de tiempo, hecha por el arrendatario, ha de ser probada por él, ya que debe ser expresa y escrita, según el artículo 22 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por lo que el Tribunal sentenciador ha aplicado correctamente el artículo 1.214 del Código civil y la doctrina legal que se cita.

RESOLUCION DE CONTRATO: LA SUSTITUCION DE UNAS PUERTAS POR OTRAS Y LA INSTALACION DE UNOS SERVICIOS NUEVOS NO SON CAUSA DE RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1974).

El actor alegó la realización de obras de transformación de local y la falta de consentimiento para las mismas, negando ambas cosas los demandados. El Juzgado de Baza y la Audiencia de Granada desestimaron la demanda.

El recurso de injusticia notoria es rechazado debido a que las obras no necesitan el consentimiento del arrendador por ser de escasa entidad, al no afectar ni alterar la configuración del local arrendado ni la resistencia de los materiales empleados, por lo que no pueden ser causa de resolución del arrendamiento, ya que se limitaron a la sustitución de dos puertas de madera por una metálica y a la instalación de unas tazas para urinarios, sin cambios en paredes, techo y suelo ni en el emplazamiento de los servicios, como pretendía el recurrente.

DENEGACION DE PRORROGA: NO EXISTE JUSTA CAUSA PARA EL CIERRE DE UN LOCAL CUANDO SE HACE POR CONVENIENCIA E INTERES DEL ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1974).

¹ Subrogada la esposa del arrendatario en la titularidad del contrato por fallecimiento de su esposo, el local permaneció cerrado por más de cinco años sin que en él se lleve a cabo negocio o actividad alguna. La demandada alega que no ha dejado de funcionar el negocio, que es un almacén de botellas usadas y venta al por mayor, por lo que no tiene que abrir todos los días. El Juzgado número 5 de Málaga estimó la demanda, sentencia confirmada por la Audiencia de Granada.

El recurso de injusticia notoria se basó en la existencia de «justa causa» para el cierre del local, como era la enfermedad de una hija de la arrendataria y la inexistencia de cierre continuado del mismo. El Tribunal Supremo no lo acoge, ya que resulta probado que en vida del esposo de la demandada estaba el local abierto al público, cesando dicha situación al ocurrir el óbito de aquél, de modo que el cierre durante cinco años, período en el que sólo una vez al mes o en plazos más largos ha ido la arrendata-

ria al almacén, ha sido continuado, y la enfermedad de la hija surgió a los tres años de hallarse cerrado el local; todo ello ha ocurrido porque la arrendataria se ha dedicado a atender otro negocio, por convenirle más a sus intereses, con el consiguiente perjuicio para el arrendador, quien está interesado en que el local continúe en las mismas condiciones que estaba anteriormente.

TRASPASO ILEGAL: AL SUSTITUIR UNA SOCIEDAD A OTRA COMO ARRENDATARIA DE UN LOCAL SIN AUTORIZACION DEL ARRENDADOR, SE INCURRE EN LA CAUSA 5.ª DEL ARTICULO 114 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1974).

Se autorizó en el contrato que los arrendatarios constituyesen una Sociedad, que se subrogaría en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, pero siempre que se haga en el primer año de vigencia del arrendamiento, dedicándose el local a comercio de accesorios de automóviles y similares. Ocupado el local por una Sociedad Limitada, que sustituye a una Anónima, constituida a poco de convenirse el arrendamiento, se solicita por el propietario la resolución del contrato, ya que la Sociedad se constituyó dos años después de la fecha del mismo, alegando traspaso o cesión ilegal. El Juzgado número 8 de Sevilla declaró resuelto el contrato, lo que confirmó la Audiencia Territorial de la misma capital.

El recurso no prospera porque el motivo fundamental se basa en la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, y no hay tal error, ya que la escritura de constitución de Sociedad fue debidamente apreciada por el Juez de instancia en su sentencia, estimando la existencia de una nueva Entidad, que sustituyó a la inicialmente creada, que era la autorizada por la referida cláusula del contrato. Al no traer la segunda Sociedad causa de la primera existe variación de la situación arrendaticia, por lo que probado que un tercero distinto de los arrendatarios se ha introducido en el goce de la cosa arrendada, no puede decirse que se haya infringido la causa 5.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por lo que procede la desestimación del recurso.

C. R. R.

V. SUCESIONES

NULIDAD DE TESTAMENTO.—DOMICILIACION DE LOS TESTIGOS.—CONSENTIMIENTO Y VOLUNTAD DEL TESTADOR.—Artículos 681, número 2.º; 687; 694, y 696 del Código civil (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1975).

El testamento es acto esencialmente solemne.

Los hechos que han originado la casación de la sentencia de la Audiencia por el Tribunal Supremo, quien confirma en su segunda sentencia la dictada por el Juzgado, son los siguientes:

Don A. D. R. casó en primeras nupcias con doña P. G. V. en el año 1935, de cuyo enlace tuvo dos hijos, los actores, apelados y recurrentes, don J. y doña C. D. G.

Fallecida doña P. G. V. en 1953, su viudo contrajo segundas nupcias con

la demandada, apelante y recurrida, doña M. B. G., en 1954, de cuyo matrimonio tuvo dos hijas, las también demandadas, menores de edad, C. e Y. D. B.

El 8 de enero de 1970, don A. D. R., que había sido internado dos días antes en una clínica de la ciudad de V. por haberse agravado la enfermedad cerebral que venía padeciendo desde 1966, otorga testamento notarial abierto en el que consta haber sido redactado conforme a minuta presentada al fedatario, y en el cual manifiesta el testador que oportunamente liquidó la sociedad conyugal que tenía constituida con su primera esposa, sin que sus hijos J. y C. D. G. tengan nada que reclamar por este concepto; señaló determinadas cantidades que había de colacionar su hijo J. D. G., conminándole con que si tratase de ocultar o discutir las colaciones, se reduciría su participación en la herencia a la parte que le correspondiese en el tercio de legítima estricta; legó a su segunda esposa, doña M. B. G., el pleno dominio del tercio de libre disposición, aparte de la cuota legal usufructuaria, y en el resto de sus bienes instituyó por únicos y universales herederos a sus cuatro hijos, terminando por nombrar defensor judicial de sus hijos menores y albaceas, contadores-partidores.

Fallecido el testador el siguiente día 11 de enero, a consecuencia de hipertermia central y arteriosclerosis cerebral, los hijos de su primer matrimonio demandan la nulidad del testamento basados en que uno de los testigos no estaba domiciliado en la ciudad de V., sino en el pueblo de M., según acreditaba acta notarial instruida al efecto, encontrándose accidentalmente en el sanatorio donde se otorgó el testamento, y el Notario no da fe en el testamento de conocer a dicho testigo; además, el testador carecía de la capacidad precisa para haber dispuesto su voluntad en los términos que resultan de la minuta escrita presentada al Notario.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de V. estimó la demanda y declaró nulo el testamento (el testimonio de la sentencia no dice el fundamento del fallo, aunque de las consideraciones del Tribunal Supremo se deduce que fue el de la falta de domiciliación de dicho testigo, unida a la falta de fe de conocimiento del mismo por el fedatario), mientras que la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de la misma ciudad revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda absolviendo de ella a los demandados.

Los actores y apelados interponen recurso de casación por infracción de ley fundamentado en los siguientes motivos:

Primer motivo.—Por infringir la sentencia recurrida los artículos seiscientos noventa y cinco y seiscientos noventa y seis del Código civil, por interpretación errónea, y violación de los artículos seiscientos setenta y seiscientos ochenta y siete del mismo Código y de la doctrina consignada en sentencias de veinticinco de noviembre de mil novecientos dos y nueve de octubre de mil novecientos cincuenta y seis, por falta de aplicación, al desestimar la Sala sentenciadora la demanda de estos autos. Se ampara en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo seiscientos noventa y cinco del Código civil establece con carácter general para los testamentos abiertos que: el testador expresará su última voluntad al Notario y a los testigos, y que redactado el testamento con arreglo a ella, se leerá en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con dicha voluntad, en cuyo caso será firmado en el acto por dicho testador y los testigos que puedan hacerlo. Como excepción de ese principio general de expresión verbal de su última voluntad del testador al Notario, el artículo seiscientos noventa y seis del mismo Código establece que cuando el testador que se proponga hacer testamento abierto presente por escrito su disposición testamentaria, el Notario redactará el testamento con arreglo a ella y lo leerá en voz alta en presencia de los testigos para que manifieste el testador si su con-

tenido es la expresión de su última voluntad. El paralelismo entre ambos artículos es evidente: en ambos casos ha de ser el propio testador quien haga llegar al Notario, bien verbalmente o por medio de nota escrita, lo que quiere que constituya la expresión de su última voluntad. Esta obligación de que sea el propio testador quien exprese verbalmente al Notario su última voluntad o le entregue directamente la nota o minuta que la contenga tiene una clara razón de ser y constituye una elemental cautela, señalada por la jurisprudencia—sentencia de veinticinco de noviembre de mil novecientos dos—: se trata de evitar que poniendo delante del testador, como expresión de su voluntad, disposiciones no pensadas ni acordadas por él, ratifique por sorpresa lo que no había tenido ocasión ni acaso intento de manifestar. Aquel paralelismo entre los citados artículos seiscientos noventa y cinco y seiscientos noventa y seis ha sido sancionado en forma indubitable por la jurisprudencia—sentencia de nueve de octubre de mil novecientos cincuenta y seis—. Aplicando la anterior doctrina al caso del presente recurso resultan las infracciones denunciadas en este motivo. En el proceso quedó probado que la minuta por la que se redactó el testamento otorgado por don A. D. no fue confeccionada por él, sino por el Abogado G., ni fue ni pudo ser entregada por el testador al Notario, según declara la sentencia recurrida. Es, pues, evidente la infracción señalada en este motivo de la sentencia que se recurre, que debió declarar nulo por esta causa el testamento de don A. D., de conformidad con lo prevenido en el artículo seiscientos ochenta y siete del Código civil, quedando al no hacerlo así infringido también este precepto; procederá casar dicha sentencia, dictando en su lugar otra más ajustada a Derecho.

Segundo motivo.—Por infringir la sentencia recurrida los artículos seiscientos noventa y cuatro y seiscientos ochenta y uno, número dos, del Código civil, por violación, y la doctrina de la sentencia de diez de junio de mil novecientos sesenta y seis, y por interpretación errónea de la doctrina de las sentencias de veintiuno de noviembre de mil ochocientos noventa y nueve y treinta de abril de mil novecientos nueve. Se ampara también en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es sabido que dada la trascendencia de los actos de última voluntad y de las circunstancias que en ellos pueden concurrir, el Código civil sujeta el otorgamiento de testamento a una serie de requisitos formales de rigurosa observancia, cuya infracción acarrea la nulidad de la disposición testamentaria. Así resulta de su artículo seiscientos ochenta y siete, a cuyo tenor será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades, respectivamente, establecidas en este capítulo. La jurisprudencia ha sancionado este principio en multitud de sentencias, entre ellas: las de diecinueve de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, veinticuatro de octubre de mil novecientos sesenta y tres, diez de junio de mil novecientos sesenta y seis y veintiocho de octubre de mil novecientos sesenta y cinco. El artículo seiscientos noventa y cuatro del Código civil exige para el testamento abierto que sea otorgado ante Notario y tres testigos idóneos, y el artículo seiscientos ochenta y uno, número dos, del mismo Cuerpo legal, dispone que no podrán ser testigos en los testamentos los no domiciliados en el lugar del otorgamiento, a no ser que aseguren conocer al testador y el Notario conozca a éste y a aquéllos o en los casos exceptuados por la ley. No estándose en el supuesto de este recurso ante ninguno de esos casos de excepción legal, es obvio que sólo pudieron válidamente ser testigos en el testamento de don A. los que estuviesen domiciliados dentro del término municipal de V., lugar donde se otorgó, salvo el caso de aquellas personas que asegurasen conocer al testador y a las que a su vez conociese el Notario, quien también habría de conocer al testador. Pues bien, uno de los testigos del testamento, don L. B., no era vecino de V., sino de M., ni se daba en el mismo la otra

circunstancia alternativa de conocer al testador y el Notario conocerle a él, extremo este último sobre el que el Notario no da fe en el testamento. De la prueba realizada en el proceso ha quedado demostrado que don L. B. fue siempre vecino y residente habitual de M. y no conocía al testador, al Notario ni a ninguna otra persona de las que intervinieron en el testamento, ni era tampoco él conocido por el Notario ni por ninguno de los intervinientes. Con lo cual, por estar comprendido dicho testigo en la causa de inidoneidad que determina el artículo seiscientos ochenta y uno, apartado segundo, del Código civil, el testamento de don A. D. se otorgó únicamente ante dos testigos válidos, infringiendo la sentencia recurrida, al decretar la validez de aquel testamento, el artículo seiscientos noventa y cuatro del mismo Código, y dejando de aplicar el artículo seiscientos ochenta y siete, que quedó con ello también infringido. La sentencia recurrida, partiendo de la realidad expuesta de que don L. B. ni era vecino de V., ni conocía al testador, ni el Notario le conocía a él, argumenta para llegar al fallo en base a expresarse en el testamento que comparecen al otorgamiento los testigos instrumentales, mayores de edad, de esta vecindad, sin excepción legal para serlo según aseguran, don L. B., don... y don..., que le ven, entienden y aseguran conocer, dando después fe el Notario de la idoneidad de los testigos. La Sala considera la discordancia existente entre la realidad y la apariencia creada por las manifestaciones, en orden a su vecindad, que se dicen hechas por el testigo en el testamento, y se apoya para resolver esta disyuntiva en las sentencias de veintiuno de noviembre de mil ochocientos noventa y nueve y treinta de abril de mil novecientos nueve, interpretándolas erróneamente al hacerlo. En efecto, la sentencia de veintiuno de noviembre de mil ochocientos noventa y nueve establece que no es razón bastante para declarar la nulidad de un testamento la sola consideración de que a uno de los testigos del mismo le faltaran siete meses para ser mayor de edad, porque estando tenido este testigo como mayor, según aprecia el Tribunal sentenciador y resulta comprobado por hechos anteriores y posteriores al otorgamiento del testamento, semejante posesión de estado debe producir para los que de buena fe requirieron la intervención del menor en concepto de mayor. En la otra sentencia citada de treinta de abril de mil novecientos nueve, se declara que cuando se trata de las condiciones del testigo de un testamento, si la persona que como tal figura ha intervenido atribuyéndose el carácter de domiciliado en el lugar del otorgamiento y existe fundamento racional para que tanto el Notario autorizante como el testador y demás testigos puedan y deban reconocer la certeza de dicho carácter, no es lícito resolver a posterioridad...; en otro considerando sigue diciendo: «En el caso del presente recurso, como el testigo F. no sólo no aparece inscrito como vecino en término municipal distinto del en que fue otorgado el testamento, sino que, según estimación del mismo Tribunal sentenciador, era tenido como vecino de V.—lugar del otorgamiento—, cuya población frecuentaba asiduamente por estar interesado en un establecimiento industrial de dicha ciudad, y que la casa donde vivía se hallaba situada en un barrio que es prolongación de aquel donde moraba el testador, es manifiesto, por lo antes expuesto, que pudo el Notario y el mismo testigo F. reputar a éste vecino de V., aunque habitase una casa enclavada en término municipal diferente, ya por razón de la proximidad, ya por la habitualidad con que iba a V., ya por aparecer interesado en un establecimiento industrial de esta población...». Las circunstancias concurrentes en los supuestos analizados en las dos citadas sentencias son totalmente diferentes a lo sucedido en el otorgamiento del testamento de don A. D., y el espíritu de dichos fallos es interpretado erróneamente en la sentencia recurrida. En los casos analizados por estas sentencias, los intervinientes en el testamento tenían sobrados motivos racionales para considerar idóneos a los testigos cuya idoneidad después se discutió. En cambio, en el testamento de don A., al

testigo don L. B. no le conocía ninguno de los intervinientes; fue requerido para tomar parte como testigo por encontrarse accidentalmente en una habitación del sanatorio donde se otorgó el testamento; no se le preguntó más que su nombre, sin exigirle identificación de ningún tipo, pues de haberlo hecho hubiese quedado aclarada su vecindad de M., y se limitó a firmar un testamento redactado y mecanografiado fuera del sanatorio con anterioridad al acto de su lectura. Siendo esto así, son los intervinientes interesados en el testamento o el Notario autorizante los que dieron lugar a esa situación no acorde con la realidad, de que habla la sentencia recurrida; situación que no es similar a las contempladas en las sentencias comentadas, que se citan en la recurrida en apoyo del fallo al que llega; en consecuencia, la sentencia recurrida deberá ser casada dictando en su lugar otra más ajustada a Derecho.

Tercer motivo.—Por infringir la sentencia recurrida el artículo seiscientos sesenta y tres, número dos, del Código civil, por violación. Se ampara igualmente en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo seiscientos sesenta y tres del Código civil determina que está incapacitado para testar el que habitual o accidentalmente no se hallare en su sano juicio. El testamento cuya impugnación ha dado origen a la sentencia recurrida fue otorgado por don A. D. sin que tuviese la capacidad suficiente para lo mismo. La enfermedad cerebral que padecía, y que le causó la muerte tres días después, ya en otras ocasiones anteriores había afectado a sus facultades intelectuales, permaneciendo en estado inconsciente o de semiinconsciencia durante varios días. Los datos erróneos en la redacción del testamento, como designar en él a su primera esposa por un nombre que nunca usó, señalar su domicilio en lugar distinto del que tenía y demás equivocaciones y anomalías contenidas en el instrumento público, acreditadas en el proceso, que en estado de lucidez habría corregido el testador, patentizan la falta de capacidad para otorgarlo, infringiendo la sentencia recurrida el artículo seiscientos sesenta y tres, número segundo, del Código civil al decretar la validez del testamento.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, en su único considerando declara haber lugar al recurso de casación y estimando el segundo motivo del recurso, en su segunda sentencia confirma la dictada por el Juzgado número 3 de V. en su totalidad. Dicho considerando dice así:

Considerando que dado el carácter esencialmente solemne que el testamento abierto presenta en nuestro Ordenamiento jurídico, se hace preciso, para que el mismo sea válido y eficaz, que se hayan observado en su otorgamiento cuantas formalidades se establecen al efecto en el capítulo I, título III, del libro III del Código civil, según se hace constar expresamente en el artículo seiscientos ochenta y siete de dicho Cuerpo legal, al extremo de que el incumplimiento de cualquiera de ellas provocaría su nulidad, aun cuando no pudiera dudarse racionalmente de que el mismo reflejaba con fidelidad la voluntad del testador (sentencias de diecinueve de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, diez de junio de mil novecientos sesenta y seis y seis de febrero de mil novecientos sesenta y nueve); como entre esas formalidades se encuentra la necesidad de que se celebre en presencia de tres testigos idóneos (artículo seiscientos noventa y cuatro, párrafo primero) y éstos deben estar domiciliados en el lugar del otorgamiento, a no ser que aseguren conocer al testador y el Notario conozca a éste y a aquéllos (artículo seiscientos ochenta y uno, número dos), y como, según los hechos que se declaran probados en la resolución que se impugna, semejante requisito no concurre en el supuesto que aquí se contempla, en cuanto a uno de los testigos que asistieron a la formalización del acto de última voluntad objeto del litigio, no puede ponerse en duda que el

testamento debe declararse nulo y que ha de prosperar el segundo motivo del recurso, en que dicha infracción se denuncia, al amparo del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que sea preciso entrar en el análisis de los restantes motivos.

COMENTARIO.—Es siempre lamentable la anulación de un acto o negocio jurídico por motivos formales. Evidentemente, la forma cumple una función específica, propia de cada acto o contrato en particular, además de la genérica, común a todos ellos, consistente en garantizar el fondo. Lo externo, el ropaje, la vestidura, nos asegura que debajo o tras de ello existe algo real y verdadero, no el vacío; en el caso del testamento, que existe una voluntad real y verdadera del testador. Y yo me pregunto: ¿en qué medida, hasta qué punto, el que un testigo sea vecino o esté domiciliado en el lugar del otorgamiento tiene influencia o acredita esa real voluntad? Que el Notario diga en el testamento que conoce al testigo no domiciliado, ¿aumenta o contribuye a garantizar la voluntad del testador? Si hemos de ser sinceros, habremos de concluir que ese tipo de formalidades, que más bien son formalismos, resultan contraproducentes en la actualidad. Frente a la afirmación de un testigo de que es vecino o tiene su domicilio en la localidad, o que no es pariente del heredero o legatario en los testamentos abiertos, ¿qué solución le queda al Notario sino la de admitir por buena esa aseveración? En localidades pequeñas queda a veces la sospecha, por la coincidencia de apellidos, de si efectivamente el parentesco acaso existirá, pese a las aclaraciones solicitadas por el fedatario. No parece lógico, prudente ni aconsejable que una falta de domiciliación del testigo no cubierta por la declaración del Notario de conocer (ya que siempre el Notario da fe de conocer al testador o de haberle identificado por testigos de conocimiento), así como de conocer al testador (pues si el Notario identificase a éste por cualquier otro medio es indispensable que los testigos estén domiciliados en el lugar del otorgamiento), impida entrar en la cuestión capital del testamento, que es la de si efectivamente recoge la deliberada y última voluntad del testador. Aún más: ¿Es que acaso no se ha reconocido jurisprudencialmente la posibilidad de tener varios domicilios? ¿No se encuentra también amparado en la ley ese domicilio múltiple? En estos y otros muchos casos aparece patente que lo aconsejable es, desde luego, y sin tardanza, la supresión de los testigos en los testamentos otorgados ante Notario, salvo únicamente en aquellos casos especiales en que se exigen para cualquier otro instrumento.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA MERCANTIL

Por RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS

II. SOCIEDADES

PUBLICIDAD FORMAL DEL REGISTRO MERCANTIL (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1972).

Inscrita en el Registro Mercantil una Sociedad, no puede desconocerse la naturaleza de «persona jurídica» que le es propia, porque lo impide el párrafo segundo del artículo 2 del Reglamento del Registro Mercantil.

RESGUARDOS PROVISIONALES DE LAS ACCIONES. NATURALEZA (SENTENCIA DE 10 DE ENERO DE 1973).

Si bien el recurrente estima que tales resguardos son nominativos, por lo que para quedar válidamente constituida la Junta general extraordinaria debió concurrir no sólo el debido quórum de capital, sino también el de accionistas; frente a ello declara la sentencia recurrida que el canje de los resguardos provisionales por las acciones definitivas no modifica la naturaleza de éstas, al hallarse totalmente desembolsado el capital social, única condición legal para que las acciones al portador tengan tal carácter; el resguardo provisional es título de carácter nominativo distinto del título acción, que, según el apartado primero del artículo 34 de la Ley de Sociedades Anónimas, revestirá necesariamente esta última forma mientras no haya sido enteramente desembolsado su importe o cuando lo exijan disposiciones especiales..., y aparece probado que en el momento de la convocatoria de la Junta se hallaba totalmente desembolsado el capital, por lo que a efectos de constitución de la misma sólo era necesario el quórum de capital que para su válida constitución determina el artículo 58 de la ley.

COPROPIEDAD DE VARIAS ACCIONES (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1973).

El artículo 40 de la Ley de Sociedades Anónimas, aunque se refiere al caso de pertenecer una acción a varias personas, es igualmente aplicable cuando la indivisión se da no en una, sino en cualquier otro número de acciones, ya que la copropiedad crea un especial supuesto de separación entre titularidad de las acciones y legitimidad para el ejercicio de los derechos de socio.

JUNTAS GENERALES: REQUISITOS DE CONVOCATORIA; LA PUBLICACION EN EL BOLETIN OFICIAL. QUORUM PARA CONVERTIR ACCIONES NOMINATIVAS EN AL PORTADOR (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1973).

Si todos los socios concurren, presentes o representados, a la Junta, no pueden alegarse defectos de convocatoria; no siendo requisito formal indispensable la publicación en el *Boletín Oficial del Estado*: 1.º Cuando todos los socios asisten y acuerdan celebrar la Junta. 2.º Para las Juntas extraordinarias, porque el artículo 56 de la Ley de Sociedades Anónimas, a ellas referente, no lo exige, a diferencia del 53 para las ordinarias (?).

A la conversión de acciones nominativas en al portador no es aplicable el artículo 85 de la ley, pues no puede propiamente decirse que haya en tal supuesto minoría perjudicada que deba adoptar acuerdo por separado.

(Véase la sentencia de 6 de julio de 1973, extractada después.)

JUNTAS GENERALES: MOMENTO DE SEÑALAR LOS DEFECTOS DE CONVOCATORIA (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1973).

Los defectos de la convocatoria deberán ser denunciados al abrirse la sesión, según tiene declarado esta Sala en sus sentencias de 13 de octubre de 1961 y 29 de septiembre de 1971, entre otras.

VOTO. SU EJERCICIO POR ADMINISTRADORES JUDICIALES (SENTENCIAS DE 14 DE MARZO Y 11 DE OCTUBRE DE 1973, CUYOS CONSIDERANDOS SON CASI IDÉNTICOS).

El cargo de Administrador judicial no puede tener más alcance que el que legalmente le corresponde, y según los artículos 1.778 del Código civil y 1.442 de la Ley Rituaria Civil, únicamente el de una medida precautoria, que sólo confiere al depositario o secuestrario las facultades inherentes a la obligación de custodia peculiar del depósito, que debe cumplir con la diligencia de un buen padre de familia, por lo que hay que tener presente que el nombramiento en este caso se limitaba única y exclusivamente a dicha función «con limitaciones que la ley establece», pero no para atribuir otras que sólo competen al titular del derecho o bien embargado, pues no hay que olvidar que la condición de accionista va unida a la titularidad de la acción, y que a diferencia de los derechos patrimoniales del mismo, el de «voto» constituye un derecho personal que por su especial naturaleza no puede ser enajenado con independencia de la acción, y había de ser ejercitado necesariamente por el propio titular, por sí o por medio de representante—artículos 48, 51, 59 y 64 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas.

BALANCE. PLAZO PARA FORMULARLO (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1973).

La inobservancia del plazo señalado en el párrafo primero, inciso primero, del artículo 102 de la Ley de Sociedades Anónimas no acarrea por sí sola la nulidad del acuerdo de la Junta general aprobatorio de dichos

documentos, ya que se trata de un plazo establecido exclusivamente para ponerlo en armonía, en lo que ahora importa, con los previstos en los artículos 50 y 110 de la misma ley, por lo que siempre que estas últimas normas sean cumplidas será irrelevante que los Administradores formulen los documentos referentes al balance varios días después de transcurridos los cuatro meses, contados a partir del cierre del ejercicio social.

ADMINISTRADORES: LA RETRIBUCION FIJADA POR LA JUNTA A LOS ADMINISTRADORES NO PUEDE SER IMPUGNADA EN BASE AL ARTICULO 67 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS POR EL CAUCE DE «LESION» (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1974).

ADMINISTRADORES: PLAZO DE DURACION (CADUCIDAD) CUANDO SON NOMBRADOS EN LA ESCRITURA FUNDACIONAL. COMPUTO (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1974).

Dejando de lado el problema de si el plazo de duración de los Administradores, señalado en el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, ha de contarse desde el momento del nombramiento o a partir de la inscripción en el Registro Mercantil..., en el caso presente *no se lleva a cabo la designación de los Administradores propiamente en el acto fundacional, sino a continuación, aunque se recoja en la misma escritura*, donde se hace constar que «los señores comparecientes como actúan, dando a esta reunión el carácter de primera Junta general y representado todo el capital social, adoptan por unanimidad los siguientes acuerdos: primero, designar Administradores solidarios e indistintos de la Sociedad, con las facultades que se derivan de los Estatutos sociales, a don... y a don ., que aceptan el cargo», y este nombramiento hecho en Junta, que tiene el carácter de Junta universal por estar representado todo el capital social, excluye a los expresados nombramientos de la rígida aplicación del plazo limitativo de cinco años para ejercer el cargo, que establece el párrafo primero del invocado precepto del artículo 72 de la ley; pero aunque así no fuera, en los supuestos en que se estimara existía una continuidad en el ejercicio de sus funciones por los referidos Administradores sin haber mediado reelección, cualquiera que fueren las consecuencias que de ello puedan derivarse, es lo cierto que no puede determinar que el cese haya de producirse automáticamente al cumplirse aquel plazo, sino que deberá llevarse a cabo la celebración de la oportuna Junta general, convocada por los mismos para nombramiento de nuevos Administradores, pues si se sentara otro criterio llevándolo a sus últimas consecuencias, la Sociedad quedaría sin representación legal en el caso presente, en que no existe Consejo de Administración, sino sólo Administradores, que asumen las funciones de aquél, dando origen a una complicada situación, ya que no pudiendo ser designados nuevos Administradores sino a través de una Junta general, ésta no podría convocarse válidamente por persona alguna, a salvo el supuesto del artículo 57 de la propia Ley de Sociedades Anónimas, al no existir quien ostentara el cargo de Administrador, que es el llamado a convocarla, conforme al artículo 49 de la misma ley, lo que sería contrario a la lógica y a los principios que inspiran aquélla.

NOTA.—*La importancia de esta sentencia es muy grande, como se deduce de la simple lectura de la misma.*

EXTINCION DE SOCIEDAD POR CAUSA DEL NUMERO SEGUNDO DEL ARTICULO 152 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS. NECESIDAD DE JUNTA (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1974).

Para que una Compañía Mercantil, sometida al régimen jurídico de la Ley de 17 de julio de 1951, pueda disolverse, al amparo del número dos del artículo 150 de la misma, por imposibilidad manifiesta de cumplir el fin a que estaba destinada, es indispensable, bajo pena de nulidad, como expresa el número dos del artículo 84, que tal medida se haya acordado en Junta general, con la concurrencia de votos y capital establecida en el artículo 58, según se infiere del texto literal del párrafo segundo del artículo 152, requisito del que no puede prescindirse, acudiendo directamente ante los Tribunales cuando su patrimonio social está representado por acciones al portador, por la circunstancia de que la Entidad de que se trate está integrada exclusivamente por dos socios o grupos de ellos, numéricamente iguales y con la misma participación, sin que a ello se oponga la doctrina legal sustentada en las sentencias de esta Sala de 18 de enero de 1962, 25 de octubre de 1963 y 3 de julio de 1967 respecto a las Sociedades de Responsabilidad Limitada, porque si el acaecimiento que aquí se contempla puede constituir un obstáculo para obtener la disolución de dichas Entidades, dada la imposibilidad de conseguir la mayoría exigida por el artículo 17 de la Ley de 18 de julio de 1953 (*sic*), lo que dio lugar a que la jurisprudencia mencionada las eximiese de la necesidad de intentar la celebración de semejante Junta, como requisito previo a la iniciación del litigio, no sucede lo mismo cuando se trata de Sociedades Anónimas cuyo caudal esté dividido en acciones al portador, porque en este caso ninguno de los socios o grupos de ellos está impedido para solicitar de los Administradores (arts. 56, párrafo primero, y 152, último inciso del párrafo segundo) o del Juez de Primera Instancia (art. 157) la celebración de la oportuna Junta, en la que se podrá lograr el acuerdo disolutorio, en segunda convocatoria, con la simple representación de la mitad del capital desembolsado (art. 58, inciso final), y únicamente podrá acudir ante el Órgano jurisdiccional que corresponda, mediante la tramitación establecida en los artículos 67 y siguientes (arts. 84, párrafo final, y 152, párrafo tercero), cuando concurriendo la causa segunda del artículo 150 fuere imposible obtener la disolución por empate o carencia de las mayorías de socios o quórum exigidos por la ley, solución que pareció acoger la sentencia de esta Sala de 31 de enero de 1972, y más claramente aceptaron las de 10 de octubre de 1962 y 28 de mayo de 1963.

SOCIEDAD IRREGULAR SIN PLAZO FIJO (TERMINO FINAL INCIERTO)
(SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1974).

Si bien es cierto que el contrato de Sociedad—que sirve de base al litigio—se concertó, en cuanto a la duración de ésta, por el del término del arrendamiento de la casa donde se encuentra instalada la industria, de tal manera que la prórroga del mismo llevará consigo la de la Sociedad, no lo es menos que estando aquél sometido al régimen de prórroga legal indefinida establecida en la legislación especial arrendaticia urbana, ha de entenderse que dicha Sociedad nació con término final incierto y, por consiguiente, le es de aplicación para su extinción lo regulado en el artículo 224 del Código de Comercio, ya que no hay que olvidar que en este caso, aunque no consta que haya habido declaración expresa de constituirse la Compañía en cuestión en alguna de las formas reconocidas por el Código

de Comercio en su artículo 122, es lo cierto que por el funcionamiento de dicha Sociedad y por la participación que a los socios correspondía en su gestión y en cualquier beneficio o responsabilidad, evidentemente se trata de una Sociedad Mercantil irregular de tipo colectivo, de estructura análoga a la que se describe en el número primero de dicho precepto, y como consecuencia de ello, de aplicación en este caso, como supletoria, la de las normas que en dicho Cuerpo legal se contienen, entra en juego, según dispone el artículo 121, precisamente el artículo 224 (sentencias de 2 de enero de 1940, 18 de febrero de 1948 y 24 de enero de 1969. .); a mayor abundamiento, el Derecho establecido en el citado artículo 224 del Cuerpo legal mencionado, al igual que el artículo 1.705 del Código civil, tiene su razón de ser en que una responsabilidad ilimitada, en relación con las deudas sociales, no puede imponerse a perpetuidad, porque ello supondría una vinculación eterna de los socios entre sí y respecto a la Sociedad, por lo que es visto que procede acoger la pretensión de disolución de la misma.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES: FALTA DE LEGITIMACION Y COSTAS (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1972).

La jurisprudencia ha declarado, en las sentencias de 29 de septiembre de 1971, 30 de enero y 23 de noviembre de 1970, 20 de febrero de 1968, 20 de enero de 1967 y 7 de febrero de 1959, que en el proceso de impugnación de acuerdos sociales la falta de legitimación del actor supone la desestimación íntegra de la demanda y la consiguiente imposición de costas al actor, conforme al número 11 del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES: LEGITIMACION DEL ALBACEA DEL SOCIO FALLECIDO (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1972).

Ejercitada la acción impugnatoria, amparada en el número primero del artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas, el Albacea contador y Administrador testamentario del accionista fallecido, accionando en nombre de la herencia yacente y de los dos únicos herederos, hijos de aquél, con la pretensión de que se declaren nulos los acuerdos adoptados en la Junta general ordinaria de la Compañía Mercantil, a la que se le negó el derecho de asistir, tiene la cualidad que le otorga la necesaria legitimación *ad causam*, porque lo solicitado entra dentro de las facultades de administración propias de los Albaceas.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES: FUNDAMENTO: VENTA DE ACCIONES (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1972).

La validez de la venta de acciones sociales no puede ser objeto de impugnación por la vía del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, por cuanto las cuestiones referentes al cumplimiento o incumplimiento de los requisitos estatutarios exceden por su complejidad de aquellas que hacen referencia a la impugnación de acuerdos sociales, únicas que pueden ser debatidas en el estrecho margen del antedicho procedimiento impugnatorio.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES: FUNDAMENTO: ACUERDOS CONFIRMATORIOS DE OTRA JUNTA ANTERIOR (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1972).

Los acuerdos tomados en Junta general fueron confirmados en otra posterior, contra la que se impugnó en tiempo y forma; pero al ser simplemente confirmatorios, la impugnación no puede prosperar por no haber sido impugnados en tiempo y forma los adoptados en la primera Junta.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES: FUNDAMENTO: CONVOCATORIA EN CASO DE JUNTA UNIVERSAL (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1973).

La presencia de todos los socios en una Junta impide que la nulidad de los acuerdos pueda fundarse en defectos de la convocatoria, como afirma la sentencia de 27 de marzo de 1957.

(Véase la sentencia de 13 de abril de 1973, extractada anteriormente.)

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES: REQUISITOS PREVIOS: NECESIDAD DE QUE CONSTE EN EL ACTA DE LA JUNTA LA OPOSICION A LOS ACUERDOS IMPUGNADOS (SENTENCIAS DE 27 DE ABRIL DE 1973 Y 19 DE ENERO DE 1974).

Es requisito impuesto por la Ley de Sociedades Anónimas, en su artículo 69, para el ejercicio de la acción de impugnación de los acuerdos sociales, por el procedimiento especial que regula el artículo 70 de la misma, que los impugnantes, si concurrieron a la Junta en que se tomaron los acuerdos, hubiesen hecho constar en acta su oposición a los mismos, con posterioridad a que por el resultado de la votación haya sido tomado el acuerdo que se trate de impugnar, no siendo suficiente a tal fin el mero hecho de haber votado en contra, sino que ha de constar *a posteriori* su voluntad opuesta a consentir el acuerdo adoptado, conforme tiene establecido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, y de un modo concreto la sentencia de 30 de enero de 1970 dice que aunque la ley no exige fórmula alguna determinada para expresar la disconformidad con el acuerdo, sí ha de constar de modo suficientemente claro, y no puede reputarse bastante a tal fin la mera expresión de la aprobación del acta con el voto en contra del recurrente, sin expresión del motivo que les lleva a oponerse a la referida aprobación.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES: PLAZO, SU COMPUTO (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1972).

Esta Sala tiene declarado en su sentencia de 1 de julio de 1961 que el cómputo de los cuarenta días comenzará desde la fecha del acuerdo, incluyendo en la cuenta el día en que fue tomado, y tal interpretación viene a ser confirmada por las sentencias de 9 de noviembre de 1971 y otras más recientes.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

EL PLAN GENERAL DE ORDENACION URBANA DE VIGO Y LOS EDIFICIOS ERIGIDOS CON ARREGLO A LA ORDENACION ANTERIOR (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1975).

I. ANTECEDENTES

1. Por Orden de 4 de diciembre de 1970, el Ministerio de la Vivienda aprobó definitivamente el Plan General de Ordenación Urbana de Vigo, si bien introduciendo, entre otras, dos modificaciones al Plan elaborado por el Ayuntamiento de dicha ciudad:

a) Suprimió la posibilidad de que el Ayuntamiento autorizase la conversión del suelo rústico-forestal previsto en el Plan, en suelo agropecuario.

b) Dejó sin efecto la previsión de que los edificios construidos con arreglo a la normativa vigente con anterioridad al Plan General, disconformes con el mismo, quedarán incorporados al nuevo Plan con su actual volumen.

2. El Ayuntamiento de Vigo interpuso recurso de reposición contra aquellas supresiones, y desestimado éste, el correspondiente recurso contencioso-administrativo.

3. La sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1975 estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Vigo contra la Orden ministerial en los particulares impugnados, y declara que deben figurar en el Plan General de Ordenación las dos proposiciones propuestas por el Ayuntamiento: «1) Transformación, a voluntad de los propietarios, del suelo rústico forestal del Plan General en agropecuario. 2) Los edificios construidos con anterioridad al Plan General, disconformes con el mismo, pero ajustados a la normativa vigente cuando fueron autorizados, quedarán incorporados al mismo con su actual volumen en tanto subsistan dichas construcciones.»

II. LA SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1975

En esta sentencia de la Sala Cuarta, de que fue ponente Paulino Martín Martín, en sus considerandos cuarto y quinto se sienta la siguiente doctrina:

«1) La posibilidad de que un terreno rústico forestal pudiere transformarse en agropecuario no infringía la prohibición del artículo 69 de la Ley del Suelo, al no suponer alteración de la naturaleza jurídica de los

terrenos conforme al Plan; al continuar siendo rústicos y no poderse negar competencia al Ayuntamiento para que manteniendo la calificación de suelo rústico para los terrenos que en él se incluían poder establecer una previsión de cambio de utilización de rústico-forestal en agropecuario, de acuerdo o a la vista de las necesidades del programa urbano, sin contradecir norma superior alguna, y no resultar cierto tampoco el motivo aducido por la Administración de 'habida cuenta de la necesidad de proteger las zonas forestales', dadas las especiales circunstancias concurrentes en el término municipal de Vigo, que según datos no impugnados tiene una superficie de 10.943,75 hectáreas, de las cuales 3.399 constituyen suelo urbano y de reserva urbano y el 70 por 100 restante (7.545 hectáreas) rústico; dentro de él, el rústico forestal configurado en el Plan General tiene una extensión de 5.600 hectáreas, de las 3.000 son montes municipales, cuya inexcusable pervivencia asegurarían, en todo caso, una masa arbórea de gran entidad, aparte de que la transformación de suelo rústico-forestal, a voluntad de los interesados, en agropecuario no supone, en todo caso, desaparición de la totalidad de las masas arbóreas, sin perjuicio de las pensables ventajas desde una perspectiva socioeconómica muy de acuerdo con la estructura familiar y económica de la zona y que un Plan de Ordenación (aunque sea de la naturaleza del de autos) no debe ignorar.

2) En cuanto a la pretendida infracción del artículo 48 de la Ley del Suelo, como fundamento de la no aprobación por el Ministerio de la norma contenida en el Plan Provisional a instancia del Ayuntamiento, de que las edificaciones construidas con arreglo a la normativa vigente con anterioridad al Plan General, disconformes con el mismo, quedarán incorporadas al nuevo con su actual volumen en tanto subsistan dichas construcciones; debe estimarse—de conformidad con la tesis municipal—que lo propuesto es una norma coordinadora de las situaciones creadas entre lo edificado o construido al amparo de la normativa anterior y la nueva ordenación, en ejercicio de las facultades que para el desarrollo de los Planes tienen encomendadas los Ayuntamientos, sin que en puridad pueda hablarse de enfrentamiento del mandato imperativo propuesto con lo preceptuado en el artículo 48 de la ley citada, puesto que en virtud de la nueva ordenación los edificios o construcciones anteriores en los que concurren las circunstancias exigidas se encuadraban en el mismo en los términos dimanantes de Planes parciales precedentes en razón de las graves razones concurrentes, con lo cual se evitaría la posibilidad legal de encontrarnos frente a situaciones jurídicas creadas por edificios fuera de ordenación, pues incorporados al nuevo Plan General como construcciones levantadas conforme a Planes anteriores y en cuanto subsistan, y una vez aprobado desplegar toda su fuerza como norma del nuevo ordenamiento, en que respetando en realidad el régimen general de ordenación del suelo se atenúan tan sólo las normas establecidas por el artículo 48 de la ley sobre conservación y mejora de edificios calificados fuera de ordenación mediante el mandato arbitrado, ya que con ello no podría hablarse de edificios disconformes, puesto que su situación habrá sido regulada y 'conformada' por el nuevo Plan de acuerdo con los mandatos en él contenidos, excluyendo con ello el supuesto de hecho en que pudiera hacerse (una vez aprobado el Plan, no antes) el mandato contenido en el artículo 48 de la Ley del Suelo; en definitiva, se trata de una incorporación no plena al nuevo Plan de las ordenaciones de Planes parciales anteriores, habida cuenta de las especiales circunstancias existentes en la ciudad de Vigo, en que si se omite—por no aprobación—la previsión contenida en la norma cuestionada, un altísimo porcentaje de edificios del término se vería congelado en su *status*, con las graves consecuencias de todo orden previsibles.»

III. COMENTARIO

1. *Planteamiento*

De las dos cuestiones que se plantean en la sentencia comentada—posibilidad de autorizar la conversión de suelo rústico-forestal en agropecuario y destino de los edificios erigidos con anterioridad al Plan—vamos a referirnos especialmente a la segunda.

Estamos en presencia del problema—grave problema—de la eficacia de un Plan de ordenación respecto de las situaciones surgidas con anterioridad que contravengan sus determinaciones.

2. *Los edificios fuera de ordenación*

La Ley del Suelo se enfrenta con el problema de las situaciones jurídicas nacidas con arreglo a una ordenación anterior a la vigente—que contraviene ésta—sujetándolas a un régimen de rígidas limitaciones. En principio, los edificios quedan «congelados», de modo que no puedan modificarse ni realizarse en ellos obras de consolidación. Es más, el artículo llega incluso a la posibilidad de demolición de los inmuebles.

La *ratio legis* del precepto contenido en el artículo 48 no es otra que la armonización del desiderátum de que el edificio fuera de ordenación no prolongue su existencia más allá de lo que cabe esperar de él, por el estado de vida de sus elementos componentes, antes de pensar en la posibilidad de acometer en él determinadas obras; pero esto armonizado—se repite—con el principio de que la desordenación de un edificio no implica *ipso facto* ni su inmediata desaparición ni su condena como bien economicosocial, en cuanto el mismo «seguirá existiendo y prestando el servicio para el que fue erigido hasta que llegue el momento de su desaparición, bien por su consunción como tal, bien por llevarse a efecto las previsiones del Plan Urbanístico (sentencia de 22 de junio de 1972). En el mismo sentido, sentencia de 17 de diciembre de 1974 (1).

Las medidas previstas en la ley son de dos tipos: limitaciones en las obras y la demolición del inmueble.

a) *Limitaciones de las obras*

Las edificaciones fuera de ordenación están sujetas a importantes limitaciones en orden a las obras que pueden realizarse en las mismas. No es admisible cualquier tipo de obra, sino únicamente las pequeñas reparaciones que exigiere la higiene, ornato y conservación, y en casos excepcionales, obras parciales y circunstanciales de consolidación. No procede la licencia, aun cuando hubiese renuncia a futuras indemnizaciones. Una sentencia de 17 de febrero de 1971 dice: «Que la renuncia a la indemnización realizada por la propiedad y el arrendatario recurrente tampoco es suficiente para que el Ayuntamiento venga obligado a conceder la licencia solicitada, por cuanto las obras no sólo determinan un aumento de su valor, sino también del volumen del edificio y de su aspecto exterior, sin que se haya demostrado ni intentado demostrar que afecten a la higiene del edificio, pues no existe más que una mera alegación de que el patio sirve de vertedero de inmundicias, y, por último, no existe privación de ningún derecho sin indemnización, puesto que las limitaciones en la edificación impuestas en los Planes de Urbanización

(1) Así, en mis *Comentarios a la Ley del Suelo*, cuya segunda edición aparecerá en breve.

no constituyen más que elementos condicionantes en el uso normal de la propiedad urbana, no indemnizables, ni puede entrarse a examinar esa vaga alegación del abuso del Derecho, terminología inadecuada en esta jurisdicción y sin base en ningún hecho cierto en que apoyarse.»

Otra sentencia de 8 de noviembre de 1971 establece: «De la contemplación del artículo 48 de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, claramente se evidencia que las edificaciones fuera de ordenación están sujetas a importantes limitaciones en orden a las obras que pueden realizarse en las mismas, no siendo admisible cualquier tipo de obras, sino únicamente las pequeñas reparaciones que exigiese la higiene, ornato y conservación (art. dicho, párrafo segundo), es decir, que merezcan la calificación de ordinarias, tanto porque técnicamente son realizables mediante la adopción de medidas normales de construcción, como porque tienden a reparar lesiones o deterioros menos graves, conforme viene sancionando la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en sentencias de 13 de noviembre de 1965, 3 de marzo y 5 de octubre de 1966, y sólo en casos excepcionales obras parciales y circunstanciales de consolidación (el mismo art., párrafo tercero), ya que ese precepto en el citado número 2.º prohíbe la realización de las obras siguientes: a) consolidación, b) aumentos de volumen, c) modernización y d) que incrementen su valor de expropiación, y en este supuesto extraordinario, la interpretación deberá tener un carácter restrictivo de los requisitos exigidos, que son: a) existencia del supuesto excepcional, debiendo entenderse por tal cuando lo exija el mantenimiento del inmueble; b) que las obras sean de consolidación, y c) que no estuviera prevista la expropiación o demolición de la finca en que se pretendiera realizarla.»

b) *Demolición de las edificaciones*

a') *La adaptación de los edificios fuera de ordenación.*—Aparte de las medidas limitativas de las facultades dominicales sobre el edificio fuera de ordenación deben arbitrase otras conducentes a su adaptación al mismo Plan. «El principio de orden arquitectónico es, pues—se ha dicho—, fundamental en todo ordenamiento urbanístico, y el edificio fuera de ordenación, la transgresión más visible y perenne que pudiera concebirse. Si, por otra parte, la labor de planificación en cualquier época consiste principalmente en la corrección de los errores anteriores, es evidente que la misión principal de la policía urbanística consistirá en la adaptación de los edificios fuera de ordenación al régimen legal vigente» (2).

b') *Demolición del inmueble.*—a'') El apartado 4.º del artículo adopta la fórmula simplista de la demolición del inmueble y subsiguiente reconstrucción con arreglo al Plan. Y para fomentar la adaptación por este procedimiento confiere al propietario la facultad de hacerlo «dentro del número 2.º del artículo 78, sección tercera del capítulo VIII, Ley de Arrendamientos Urbanos o normas que lo sustituyan, sin que sea exigible el compromiso de edificar una tercera parte más de las viviendas cuando lo prohíbe el citado Plan» (3). A esta aplicación del régimen del artículo 78

(2) ESPINOS TAYA Y JORDI en «Edificios fuera de ordenación Su adaptación al ordenamiento legal vigente», en *Primer Congreso Nacional de Urbanismo*, Madrid, 1962, pág. 217

(3) Los preceptos aplicables de la Ley de Arrendamientos Urbanos son los siguientes: 1.º Que el arrendador contraiga, comunicándolo por escrito al Gobernador civil de la provincia, el compromiso de que las obras de reedificación se realicen en el plazo que previamente deberá ser señalado por dicha autoridad, y que la reedificación se realizará de modo que la nueva finca cuente, al menos, con una tercera parte del número de viviendas de que disponga aquélla, respetando al propio tiempo el número de locales de negocio si en el inmueble a demoler se hubiere. Y cuando la finca careciera de viviendas o las que existieran fueran dependencias del local o locales de negocios con que cuente, que se comprometa a que la reedificada disponga de una o más viviendas susceptibles de ser utilizadas con independencia plena de los locales de negocio 2.º Que autorizada que sea por el Gober-

de la Ley de Arrendamientos Urbanos a los supuestos de demolición de edificios fuera de ordenación se ha referido la jurisprudencia. Así, una sentencia de 21 de diciembre de 1965, al aludir a que, según el artículo 48 de la Ley del Suelo, el propietario puede demoler el edificio sometiéndose al Plan de Ordenación.

b'') Esta referencia al régimen jurídico de la Ley de Arrendamientos Urbanos obliga a seguir el procedimiento en ella previsto para obtener del gobernador civil la autorización de derribo (4). Las especialidades que se dan al aplicar aquel régimen a los edificios fuera de ordenación son:

- Que así como en los supuestos generales se da un gran margen de discrecionalidad para resolver, en el del apartado 2.º estamos ante una potestad típicamente reglada. Dándose los supuestos de estar el edificio fuera de ordenación deberá concederse la autorización.
- Que no se exige el compromiso del propietario de edificar una tercera parte más de las viviendas existentes cuando lo prohíba el nuevo Plan. Luego si no lo prohíbe subsiste esta regla general.

c'') El sistema legal ha sido criticado por la lentitud de su aplicación, propugnando un sistema que parta de los distintos supuestos de infracciones de la ordenación (5).

3. Normas transitorias

Es evidente que para que tenga eficacia esa serie de medidas previstas en la Ley del Suelo es necesario que se dé el supuesto de hecho de que parte, es decir, que existan unas construcciones levantadas según el Plan anterior y que sean contrarias a la nueva ordenación. Por lo que es absolutamente necesario que el nuevo Plan contenga una ordenación que resulte infringida, contradicha, por la realidad. Si no existe contradicción entre ordenación y realidad, no estamos ante el supuesto de hecho de la norma.

Y no existe contradicción cuando la nueva ordenación, contemplando el supuesto de hecho, establece una regulación adecuada respecto de aquellos edificios erigidos con anterioridad a su entrada en vigor.

Nada impide que al elaborarse un Plan de Ordenación, los órganos competentes, en atención a las circunstancias urbanísticas que concurren, den a esos edificios levantados con anterioridad una regulación en la que subsistan como tales edificios sin sujetarse a las limitaciones del artículo 48 de la Ley del Suelo.

Desde el momento que así se establece ya no serán edificios fuera de ordenación. Por el contrario, se ajustarán a la nueva ordenación. Pues ésta, al respetarlos, no les aplica sus nuevas previsiones.

En definitiva, estamos ante un problema de normas transitorias. Siempre que se produce un cambio de ordenación, una modificación de la reglamentación aplicable a un sector, el órgano competente puede—y debe—enfrentarse con el problema de su trascendencia respecto de las

nador civil la demolición y con un año de antelación por lo menos al día en que se proyecta iniciarla, lo notifique de forma fehaciente a todos los arrendatarios del inmueble, bien lo sean de viviendas o de local de negocio, insertando copia literal de la mencionada autorización del Gobernador y la expresión de la fecha en que han de ser iniciadas las respectivas obras.

(4) GONZÁLEZ PÉREZ, «La autorización de derribo de fincas urbanas». *Revista Jurídica de Cataluña*, 1966, págs. 953-978.

(5) ESPINOS Y JORDI, *Edificaciones fuera de ordenación*, cit., pág. 221.

situaciones nacidas con anterioridad. Y reglamentar en la forma que considere más conveniente, en atención a las circunstancias urbanísticas, el destino de aquellas situaciones.

Esto es lo que hizo el Ayuntamiento de Vigo. La sentencia de que damos motivo, interpretando correctamente la regulación de los edificios fuera de ordenación y los principios informantes del Ordenamiento urbanístico, nos ofrece una interesante doctrina sobre los problemas de Derecho transitorio planteados por los cambios de ordenación.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

EXENCION DEL NUMERO 37 DEL ARTICULO 65 DEL TEXTO REFUNDIDO: NO ALCANZA A LA TRANSMISION DE LOCALES DE NEGOCIO. SOLO SE REFIERE A LA LEY DEL SUELO DE 12 DE MAYO DE 1956, NO A LOS PROYECTOS DE ORDENACION URBANA ELABORADOS CONFORME A LEYES ANTERIORES (RESOLUCIÓN DE 16 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—Presentada en la Abogacía del Estado de Madrid escritura de compra de varios locales destinados a oficinas y otros pisos por la Congregación del Verbo Divino, solicitando las exenciones correspondientes por gozar la casa de los beneficios de la Ley Castellana de 3 de diciembre de 1953, dicha Abogacía giró la liquidación sobre la base de los locales de negocio, con un total a ingresar de 192.994 pesetas.

La Congregación Religiosa interpone reclamación económico-administrativa alegando que el inmueble, construido al amparo de la Ley de 3 de diciembre de 1953, disfruta de exención en la primera transmisión, conforme a lo dispuesto en el número 37 del artículo 65 del Texto Refundido, por estar situado en polígono de nueva urbanización.

El Tribunal Provincial estimó la reclamación ordenando la anulación de la liquidación practicada.

Remitido el fallo a la Dirección General de lo Contencioso del Estado, ésta interpuso recurso de alzada ante el Tribunal Central por entender que la transmisión de los locales no está exenta, por no estar ubicado el edificio en polígono de nueva urbanización regulado por la Ley del Suelo y por no referirse a los locales el número 37 del artículo 65 del Texto Refundido.

El Tribunal Central estima el recurso por la siguiente:

Doctrina.—«Considerando que el enunciado problema debe resolverse sustancialmente a la vista del citado artículo del Texto Refundido y del Decreto número 1051/1968, de 27 de mayo, que lo modificó, toda vez que a partir de la entrada en vigor de dicho Texto, y por mandato de su disposición transitoria segunda, quedaron sin efecto cuantas exenciones y reducciones no figuren mencionadas en el mismo, debiendo estarse exclusivamente a sus preceptos para determinar la extensión de las reco-

gidas en él, sin perjuicio del respeto a los derechos adquiridos, entendiéndose por tales aquellos que se acredite que hubieran comenzado efectivamente a ejercitarse antes de la entrada en vigor del Texto de referencia, deduciéndose de ello que por tratarse, en el caso actual, de una transmisión celebrada el día 11 de marzo de 1971, cuando ya no se hallaban vigentes las normas legales al principio citadas, no podrán invocarse derechos adquiridos nacidos de la legislación anterior, toda vez que esos derechos sólo pueden entenderse consolidados al verificarse la enajenación, según han declarado, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1962; 3 de mayo de 1963; 10 de abril, 28 de junio y 22 de noviembre de 1967; 6 de febrero y 29 de mayo de 1969; 30 de junio de 1970; 8 de junio de 1971; 7 de junio y 13 de noviembre de 1972, y 16 de abril de 1973...

«Considerando que el artículo 65-1-37 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales declaró—en su redacción primitiva—que quedaría exenta la primera transmisión de edificios, ya se haga por bloques o *separadamente por viviendas*, que se construyan en polígonos de nueva urbanización o de reforma interior, a que se refiere la Ley de 12 de mayo de 1956, cuando no se hubiere terminado la construcción o se efectuase dentro de los tres primeros años de la terminación del edificio, viniendo así a mantener sustancialmente la exención proclamada en el artículo 3-A-60-j) de la Ley del Impuesto de Derechos Reales, si bien precisando que el beneficio no sólo sería aplicable a la transmisión de edificios en bloque o en conjunto, *sino también a las que se verificasen separadamente por viviendas*, y asimismo condicionando la exención a que los citados edificios o viviendas estuvieran ubicados en alguno de los polígonos de nueva urbanización o de reforma interior, a que se refiere precisamente la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, prescindiendo, en su consecuencia, de mencionar los proyectos de ordenación urbana elaborados con sujeción a las Leyes de 3 de diciembre de 1953, 26 de julio de 1892 y 18 de marzo de 1895, que se citaban expresamente en el número 60 del artículo 3-A) de la Ley de Derechos Reales antes nombrada.»

«Considerando que el Decreto número 1051/1968, de 27 de mayo, derogó el número 37 del artículo 65-1 del Texto Refundido..., manteniendo para lo sucesivo la exención exclusivamente para las viviendas destinadas a domicilio habitual y permanente cuyo coste de ejecución material no exceda del límite señalado para las del grupo primero de las de protección oficial, añadiendo el propio Decreto que ello no obstante, la exención continuará aplicándose en sus primitivos términos cuando se trate de polígonos de nueva urbanización o de reforma interior contenidos en un plan parcial que hubiera obtenido así su definitiva aprobación por el órgano competente, siempre que hubiera sido presentado ante el mismo con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del mencionado Decreto, que lo fue el mismo día de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, o sea, el 28 de mayo de 1968; evolución legislativa certeramente subrayada por el recurso en apoyo de la interpretación que propugna.»

«Considerando que, en todo caso, la transmisión aislada de locales destinados a oficinas no podía ni puede, por tanto, incluirse en el concepto de 'viviendas', al que se refería ya, aludiendo a su posible transmisión separada, la redacción del artículo 65-1-37 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967, y que, como razona la Dirección General de lo Contencioso del Estado en su escrito, no es aplicable la doctrina sentada por este Tribunal, a la vista de la Ley de 21 de marzo de 1958, sino la ya sustentada, en su acuerdo de 2 de diciembre de 1971, con apoyo en la innovación que, según se ha explicado, introdujo el Texto Refundido de 6 de abril de 1967, y cuya redacción no admite gramaticalmente, por su claridad, otra interpretación que la que se propugna en el recurso y se sigue en este fallo.»

COMENTARIO.—En esta resolución se plantean dos problemas relacionados con el número 37 del artículo 65 del Texto Refundido:

1.º Si los locales de negocio quedan comprendidos dentro de la exención regulada por dicho precepto.

2.º Si el mismo se refiere sólo a los edificios construidos al amparo de la Ley del Suelo o comprende también las edificaciones realizadas conforme a la Ley Castellana de 3 de diciembre de 1953.

La resolución contesta negativamente a ambos problemas. Comentemos uno y otro con separación:

1.º *Los locales de negocio y la exención del número 37 del artículo 65 del Texto Refundido.*—El Tribunal Central señala que es aplicable al caso la reforma realizada en el citado número por el Decreto de 27 de mayo de 1968, pues la transmisión se efectuó con posterioridad a la entrada en vigor del mismo.

Nosotros creemos que en el caso del Decreto de 27 de mayo de 1968 no debe ser tenida en cuenta la fecha de la transmisión, aunque sea la regla general a tener en cuenta en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, pues del propio Decreto se desprende, como regla especial, que hay que partir de la fecha de la aprobación del polígono en cuestión. El párrafo segundo del artículo 2 del mencionado Decreto es terminante: «No obstante, la exención establecida en el artículo 65-1-37 continuará aplicándose en sus propios términos cuando se trate de polígonos de nueva urbanización o de reforma interior contenidos en un plan parcial, que hayan obtenido así su definitiva aprobación por el Órgano competente, siempre que hubiese sido presentado ante el mismo con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto.» A la vista de esta redacción, no comprendemos bien por qué la resolución se centra en la fecha de la transmisión para declarar aplicable la reforma realizada por dicho Decreto, a no ser que el polígono en cuestión hubiese sido presentado a aprobación con posterioridad a la entrada en vigor del mismo, cosa poco probable al ser un supuesto de la Ley del «53». Pero independientemente de la solución concreta del caso, creemos que el Tribunal Central debiera haber completado el «considerando» penúltimo haciendo esa referencia, en lugar de limitarse a aludir a la fecha de la transmisión.

Prescindiendo de este detalle, vamos a suponer que el caso se resuelve conforme al Decreto de 1968. Desde esta perspectiva parece evidente que los locales de negocio no entran ya en la exención del número 37, pues según el Decreto «queda derogado el número 37 del apartado 1 del artículo 65 de la Ley reguladora de los expresados Impuestos Generales, excepto cuando se trate de viviendas destinadas a domicilio habitual y permanente y cuyo coste de ejecución material no exceda de 576.000 pesetas o del límite que en lo sucesivo se establezca para las que se califiquen como del grupo primero de viviendas de protección oficial». Con esta nueva redacción del número 37 parece claro que los locales de negocio no entran en la exención regulada en el mismo, pues sólo se alude a viviendas destinadas a domicilio habitual y permanente.

Claro que en el supuesto de que el número 37 en la redacción anterior a 1968 comprendiese también los locales de negocio (de lo cual nos ocuparemos en seguida), no se explicaría bien la reforma efectuada, pues el repetido Decreto se dictó en base a la autorización concedida al Gobierno por Decreto-ley de 27 de noviembre de 1967, que en su artículo 20 facultó a aquél para revisar, dentro del plazo de seis meses, las exenciones y bonificaciones fiscales existentes, «con el fin de adecuarlas a los objetivos socioeconómicos», y resulta que, desde el punto de vista socioeconómico, no se ve la razón de esa diferenciación entre viviendas y locales de negocio. Obsérvese que en la exención del número 29 de viviendas de protec-

ción oficial, que al parecer ha sido tomada como modelo por la reforma del 68, están comprendidos también los locales de negocio, y tal exención sigue vigente en los mismos términos. Pero lo cierto es que a la vista de la terminante derogación parcial del número 37, ya no queda sitio para los locales de negocio, sin que quepa tampoco aplicar la analogía del número 29, pues no lo permite el artículo 24 de la Ley General Tributaria.

A pesar de lo que acabamos de decir, se podría alegar que no hay por qué plantear la diferenciación de viviendas y locales a propósito de la reforma fiscal y monetaria realizada por el Decreto-ley de 27 de noviembre de 1967 y por el Decreto de 27 de mayo de 1968, si se entiende que desde la primitiva redacción del número 37 del Texto Refundido habían quedado excluidos de la exención los locales de negocio. Esto es lo que entiende la propia resolución que comentamos, diciendo que tampoco cabe incluir los locales dentro del concepto de «viviendas», al que se refería la redacción del Texto Refundido de 6 de abril de 1967. Según esta redacción, se consideraba exenta «la primera transmisión de edificios, ya se haga por bloques o separadamente por viviendas, que se construyan en polígonos de nueva urbanización o de reforma interior...». Con esta interpretación, la resolución queda a cubierto de cualquier crítica acerca de cuál es la normativa aplicable, pues de todos modos excluye a los locales de la redacción primitiva del Texto Refundido.

Pero la interpretación de la redacción primitiva no es tan clara y admite ciertas dudas. Es verdad que se refería a las «viviendas», pero también es verdad que se refería a la totalidad de los elementos de un edificio transmitido en bloque. Y en tal caso, si se hace la distinción entre transmisión separada de viviendas y de locales, se comete el contrasentido que apuntan los recurrentes: «Sería un contrasentido que los locales comerciales tributarán solamente en transmisiones por separado y quedasen exentos al efectuarse su compra conjuntamente con todas las viviendas del edificio». Realmente, es difícil salvar este contrasentido con la interpretación literalista que se aferra a la expresión «viviendas». Si a ello se añade que la finalidad de la exención del número 37 más bien obedecía a una razón urbanística que a fomentar el hogar familiar, «por lo menos en su redacción anterior al Decreto 1051/1968, de 27 de mayo», se comprenderá que no está tan claro que los locales quedasen fuera de la exención. El Tribunal Provincial, teniendo en cuenta estas razones, consideró procedente la exención. Y creemos que ésa debe ser la interpretación adecuada del número 37 primitivo, a pesar de su letra. Téngase en cuenta que en él se habla, en primer término, del «edificio», conforme a lo preceptuado en la Ley del Suelo, y tan edificio es la vivienda como el local de negocio. Hay que observar también que el número 37 no decía que estuviese exenta la primera transmisión de edificios «cuando se hiciese por bloques o separadamente por viviendas», con lo cual limitaría el concepto de edificio, a efectos de la exención, sino que aludía a una explicación, «ya se haga por bloques o separadamente por viviendas», que puede interpretarse en el sentido de ser una aclaración no limitativa, sino explicativa, que no llega a excluir la «transmisión separada de locales», aspecto éste que quedaría en silencio y susceptible de interpretación. Puestas así las cosas, como un caso no de exclusión, sino de silencio, lo más adecuado sería interpretar que el local es también «edificio» y, por tanto, incluirlo en la exención del número 37. En otro caso, se llegaría al contrasentido antes apuntado.

De todos modos, ya hemos dicho antes que en la redacción vigente no queda duda alguna de que los locales no están incluidos en el número 37, y en este sentido estamos conformes con la postura de la presente resolución.

2.º *La exención del número 37 del artículo 65 en relación con la Ley Castellana de 1953.*—En cualquier caso, la construcción del edificio se

había realizado en un polígono regulado por la Ley Castellana de 1953, no por la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, y como el Texto Refundido no alude para nada a la Ley Castellana, sino sólo a la Ley del Suelo, no cabía posibilidad de aplicar la exención. Aquí sí que estamos plenamente conformes con la resolución, que limita el número 37 del artículo 65 a los polígonos a que se refiere la Ley del Suelo y no a los regulados por leyes anteriores.

Desde el punto de vista de la política legislativa cabrían estas dos soluciones: a) la de incluir dentro de la exención los polígonos regulados por la Ley de 3 de diciembre de 1953, que fue la adoptada por la Ley del Impuesto de Derechos Reales de 1958, seguida por su Reglamento; b) la de referir la exención únicamente a la Ley del Suelo, que fue la adoptada por el Texto Refundido publicado por Decreto de 6 de abril de 1967.

Esta última es la solución adecuada. En principio, la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964 daba pie a una u otra interpretación, pues guardaba silencio en su artículo 146, número 38, sobre la ley referente a los polígonos de nueva urbanización o de reforma interior. Pero el Texto Refundido aclaró los términos de la exención sin oponerse a la Ley de 1964, que, como decimos, guardaba silencio, ni tampoco a la propia Ley del Suelo, que en su disposición transitoria 11 decía que «los beneficios que otorgan los artículos 189 y 190 serán de aplicación a los planes y proyectos de urbanización en curso que hubieren sido aprobados por los organismos competentes», entre cuyos beneficios no estaban las exenciones del Impuesto de Derechos Reales y Timbre, que se regulaban en el artículo 193, lo cual demuestra que la Ley del Suelo no pretendía extender las exenciones de esos impuestos a los polígonos regulados por la legislación anterior. Ante ese silencio de la Ley del Suelo procedió acertadamente el Decreto de 6 de abril de 1967, al aludir exclusivamente a la «Ley del Suelo» a efectos de exención.

Ante esta normativa no hay más remedio que aplicar la legislación de 1967, que es la vigente en el momento de la transmisión, siempre que la aprobación del polígono haya sido anterior a la entrada en vigor del Decreto de 27 de mayo de 1968. Pero aunque hubiese sido efectuada tal aprobación con posterioridad a éste, a estos efectos es lo mismo, pues el problema de la exclusión de los edificios construidos al amparo de la Ley de 1953 es idéntico en la redacción anterior a 1968 y en la resultante de dicho Decreto de 27 de mayo. Lo único que podría hacer dudar de un tratamiento diferente es la distinta redacción a propósito de los locales de negocio, según hemos visto antes, pero no el problema de la Ley Castellana, que queda excluida en todo caso del ámbito del número 37 del Texto Refundido, conforme establece la presente resolución.

COMPROBACION DE VALORES Y LIQUIDACION CAUCIONAL EN VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL: SON VINCULANTES PARA LA ADMINISTRACION FISCAL, AUNQUE QUEDE SIN EFECTO LA EXENCION PROVISIONAL DECRETADA (RESOLUCIÓN DE 16 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—En la Abogacía del Estado de Almería se presentó por la Compañía «Indepro, S. A.», un escrito exponiendo que por escritura de 1972 la Sociedad había adquirido un solar que se iba a destinar a la construcción de viviendas de protección oficial, por lo que la Administración había practicado liquidación caucional número 75/1972 por 18.517 pesetas, para el supuesto de no acreditarse antes de los tres años haber obtenido calificación provisional, habiéndose inscrito la finca en el Registro

de Almería con la nota de afección por dicho importe. Añadía que al no haberse destinado el repetido solar a la construcción de viviendas de protección oficial, por imposibilidad de realización de los proyectos previstos, solicitaba se dejase sin efecto la exención provisional para poder ingresar en el Tesoro la cantidad pendiente de 18.517 pesetas, importe de la liquidación caucional.

La Abogacía del Estado giró liquidación por importe muy superior (216.160 ptas.) debido a la nueva fijación de la base por un valor de 2.640.000 pesetas.

Después de un recurso interpuesto para obtener la notificación de la base, la Sociedad interesada interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial, alegando que la tasación realizada por el Perito de la Administración debía ser razonada y referirse al momento en que se produjo la transmisión, cosa que no sucedía en el presente caso.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación, por lo que la Sociedad promueve recurso de alzada ante el Tribunal Central, el cual acuerda estimar el recurso, ordenando se anule la liquidación practicada para que se gire otra con arreglo a las normas legales, bases, tipo y cuota que resultan de la caucional reflejada en la nota estampada en la copia de la escritura, por la siguiente:

Doctrina.—«Considerando que, ante todo, ha de resolverse en este expediente si al quedar sin efecto una exención o reducción cuya definitiva aplicación dependía del ulterior cumplimiento por el contribuyente de cualquier requisito legal, conforme prevé el artículo 15 del Texto Refundido de la Ley de 6 de abril de 1967, puede la Administración automáticamente, y sin otro trámite, anular la liquidación caucional girada con arreglo a dicho precepto—como se ha hecho en este caso—que constaba en el documento, y a cuyo pago estaban afectos registralmente los bienes transmitidos; comprobar de nuevo los bienes atendiendo a su valor actual, y girar, como consecuencia, una nueva liquidación que sustituya a la inicial anulada, o si, por el contrario, para proceder en esa forma se requiere el ejercicio de la acción revisora, si todavía se encuentra en plazo legal para ello, cuestión que según se resuelva hará inútil el examen de las suscitadas por el recurrente sobre la forma en que se ha llevado a cabo la comprobación.»

«Considerando que, como se razona en la reciente resolución de este mismo Tribunal de 9 de mayo de 1974, según lo preceptuado en el artículo 56 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, reproducido después en el artículo 74, 2.º, de la Ley General Tributaria, y artículo 15, 2.º, del hoy vigente Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, la Oficina Liquidadora hará figurar en la nota en que el beneficio fiscal se haga constar, el total importe de la liquidación que hubiera debido girarse de no mediar la exención o reducción concedida, por lo que la base imponible correspondiente a la cuota consignada en la nota correspondiente goza de la presunción de legalidad, conforme a lo preceptuado en el artículo 8 de la Ley General Tributaria, a falta de prueba en contrario, no practicada en el expediente, de que dicha base no fue determinada mediante la oportuna comprobación administrativa, como preceptúa el artículo 61, 1.º, del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, y hoy el 70, 1.º, del Texto Refundido antes citado, y si bien es cierto que la exención concedida en su día tenía carácter provisional y condicionada, en todo caso, al cumplimiento posterior por parte del contribuyente de los requisitos legales pertinentes, esa provisionalidad no puede, en cambio, predicarse de la base tributaria fijada a la sazón por la Oficina Liquidadora, ya que su objeto es la constancia permanente frente a terceros, a través de la correspondiente afección registral, de la eventual deuda tributaria a que quedan sujetos los bienes transmitidos de no cumplirse aquellos requisitos condicionantes de la exención; afección real que

pugna con la idea de provisionalidad de tal deuda y de su posible modificación posterior, debiendo, por tanto, entenderse, como este Tribunal Central tiene declarado, entre otras, en las resoluciones de 27 de noviembre de 1969 y 3 de junio y 9 de mayo de 1971, que las bases tributarias y cuotas correspondientes fijadas por las Oficinas Liquidadoras, a los efectos indicados, con ocasión de declarar una exención o reducción provisional del impuesto de un acto o contrato determinado, constituyen declaraciones de Derecho que vinculan a la Administración fiscal y le impiden, al quedar incumplidos los requisitos y condiciones de aquel beneficio provisionalmente concedido, fijar una base tributaria diferente para la ulterior liquidación del impuesto »

«Considerando que con esta doctrina coincide sustancialmente la resolución de este mismo Tribunal de 25 de junio de 1970, en la que se puntualiza, con referencia a un caso de viviendas de protección oficial, de cuya construcción se desiste, con pérdida de los beneficios fiscales provisionalmente concedidos, que la liquidación exigible—de no mediar la revisión de la comprobación de valores o de la liquidación misma—es la que debió girarse en la primera oportunidad.»

COMENTARIO.—En esta resolución se deciden importantes cuestiones relacionadas con el número 28 del artículo 65 del Texto Refundido y con el alcance, y firmeza de la comprobación de valores y de la llamada liquidación caucional verificadas por la Oficina Liquidadora al conceder la exención provisional. Si no se llegan a construir viviendas de protección oficial en el plazo de tres años sobre el terreno en cuestión, ¿qué alcance tiene la comprobación de valores y la liquidación caucional? ¿Son actos administrativos firmes y definitivos o pueden rectificarse al girar la liquidación que ha de sustituir a la anterior declaración de exención provisional?

La resolución del Tribunal Central de 25 de junio de 1970 (núm. 1.045, página 1968, del tomo I de *Resoluciones*, publicado por el Ministerio de Hacienda, Servicio de Publicaciones) ya advirtió que «la liquidación exigible—de no mediar la revisión de la comprobación de valores o de la liquidación misma—es la que debió girarse en la primera oportunidad» (*).

Esta misma dirección, pero completada con varios razonamientos, sigue la presente resolución, destacando que tanto la comprobación de valores como la liquidación caucional son actos definitivos de la Administración que no pueden modificarse por el hecho de quedar sin efecto la exención, es decir, que aunque la exención sea provisional, no lo son ni la comprobación de valores ni la liquidación caucional.

He aquí, en resumen, los dos argumentos que señala el Tribunal Central: 1.º La declaración de la Administración referente a la base tributaria y a la cantidad a pagar consignada en la nota goza de presunción de legalidad, conforme a lo preceptuado por el artículo 8 de la Ley General Tributaria. 2.º La afección real registral al pago de la deuda tributaria pugna con la provisionalidad de la misma y con su posible modificación posterior.

Estos argumentos no nos llegan a convencer, por lo menos en relación con la pretendida firmeza de la llamada liquidación caucional.

Debería distinguirse, en nuestra opinión, el problema de la firmeza de la comprobación de valores y el de la provisionalidad de la liquidación caucional, sin que proceda equiparar la comprobación y la declaración caucional, a efectos de firmeza, como hace la presente resolución, entremezclando ambas cuestiones.

En cuanto a la comprobación de valores y a la base imponible resultante, tiene razón el Tribunal Central al señalar su carácter definitivo, no

(*) Véase también la Resolución de 5 de abril de 1973 y el comentario de JESÚS ALVAREZ BELTRÁN en esta Revista, núm. 510, pág. 1291, publicados cuando estaba en pruebas de imprenta mi comentario

susceptible de modificación si no es por revisión. Pero preferimos matizar el argumento a través de la idea de *preclusión* de las fases del procedimiento del impuesto. El procedimiento consta de varias fases, cuya tramitación ha de respetarse siguiendo el orden reglamentariamente previsto, sin que pueda volverse hacia atrás una vez que se haya superado la fase correspondiente. Para declarar la exención provisional del número 28 del artículo 65 ha habido que consumir con anterioridad las dos primeras fases del procedimiento: la de presentación del documento y la de comprobación de valores. De aquí resulta que la comprobación es irrepitable, pues con la declaración de exención se ha pasado ya a la fase de liquidación en sentido estricto, fase ésta que es la única que tiene carácter provisional y que queda todavía en suspenso hasta saber si se han convalidado o no viviendas de protección oficial. Por tanto, todo intento de repetir o realizar la comprobación de valores después de la declaración de exención **no es reglamentario**, pues se produce una actuación extemporánea y se atenta contra el principio del orden y de preclusión de las fases del procedimiento administrativo. Si la comprobación de valores se realizó efectivamente, no cabe repetirla, no sólo por ser extemporánea, sino porque, como dice la presente resolución, la declaración de la Administración sobre la base imponible en la comprobación goza de la presunción de legalidad y no puede ser rectificada sino por el procedimiento correspondiente de revisión. Y si la comprobación de valores no se realizó, sino que se concedió la exención provisional sobre la base del valor declarado, tampoco procede realizar posteriormente la comprobación alegando que ésta no se efectuó en su día, pues, como hemos dicho, esta actuación es totalmente extemporánea, siendo la única forma de subsanar la omisión del trámite la revisión del procedimiento de determinación de la base. Naturalmente, si se produce la revisión de la valoración a través del procedimiento reglamentario, siempre habrá que tener en cuenta que el valor que se asigne a la finca ha de referirse al momento en que se efectuó la transmisión, conforme al artículo 8 del Texto Refundido de 1967, por lo que si en la revisión se utiliza el medio de comprobación de la valoración técnica (núm. 12 del art. 117), el dictamen del Perito habrá de aludir expresamente a que el valor de la finca está dado en relación con la fecha de la transmisión o expresar que se reduce el valor que actualmente tendría la finca utilizando el índice corrector oportuno teniendo en cuenta el tiempo transcurrido.

Pero esta firmeza que tiene la comprobación de valores y la base imponible, apreciada al declarar la exención provisional, no creemos pueda predicarse de la declaración caucional, pues no nos llegan a convencer los dos argumentos que señala el Tribunal Central si los referimos a la liquidación a girar.

El primer argumento de la resolución hace referencia a la presunción de legalidad de la declaración de la Administración sobre la cantidad a pagar en su día si la exención quedara sin efecto. A esto se puede contestar diciendo que esa declaración de la Administración no es una liquidación, por lo que mal puede hablarse del carácter definitivo de la impropriadamente llamada «liquidación caucional», **al no ser todavía liquidación en sentido técnico**. Efectivamente: el artículo 124 del Texto Refundido no incluye la «liquidación caucional» entre las clases de liquidación; el artículo 15 tampoco habla de «liquidación caucional», sino que hace referencia a «la liquidación que *hubiera debido girarse*», términos bien expresivos de que no existe todavía liquidación. Además, dicha declaración no se extiende en el Libro de Liquidaciones, ni se notifica a los interesados para que recurran, ni se detallan cantidades desglosadas, sino que sólo se expresa el total importe. Se trata simplemente de un proyecto de liquidación para determinar el total importe por el que queda afecta la finca respecto a terceros. Luego la presunción de legalidad de las declaraciones tributarias, señalada

por el artículo 8 de la L. G. T., sólo podrá referirse al acto administrativo de fijación de un importe como afección real de la finca a efectos registrales, no al acto administrativo de liquidación en sentido técnico, ya que éste todavía no se ha producido.

Pero el Tribunal Central añade un segundo argumento: que si se produce esa concreta afección registral, ello pugna con la idea de provisionalidad de la deuda tributaria y con su posible modificación posterior. Esto tampoco es convincente, pues se confunde la cuestión de la responsabilidad personal del contribuyente como consecuencia de una liquidación y la cuestión de la responsabilidad real de la finca respecto a terceros por el importe total que se prevé de antemano a través de un proyecto de liquidación. Esta diferenciación de cuestiones se ve muy clara en un supuesto distinto, pero de cierto parecido: el de la declaración caucional por extinción de usufructo. En este supuesto, la nota de afección se refiere a un importe que puede no coincidir con el que tendrá la futura liquidación, pues el tipo y base de la extinción de usufructo no se conocen de antemano (artículos 15 y 76, núm. 2.º, del Texto Refundido). Se dirá que este supuesto es muy diferente al de la liquidación caucional en viviendas de protección oficial, pues en éstas se puede saber de antemano el importe a pagar en su día, al tener que referirse la base y los tipos al momento de la transmisión (art. 8). Pero frente a esta posible alegación, nosotros diríamos que lo que queríamos demostrar es que la idea de afección real registral no pugna en esencia con la provisionalidad de la deuda tributaria, y el supuesto de extinción de usufructo, aunque ofrezca distintas perspectivas, revela la compatibilidad de ambas cuestiones.

En último término, desde el punto de vista práctico resulta aconsejable considerar como provisional el importe fijado en la declaración caucional. Así, si se producen errores aritméticos o errores evidentes de concepto (aplicación de tipo distinto al que corresponde) en perjuicio del interesado, la consideración de la provisionalidad de la liquidación caucional permitirá su rectificación al practicar la definitiva, sin que dicho interesado tenga que interponer un recurso o instar el procedimiento de devolución de ingresos indebidos. Y si tales errores son en perjuicio del Tesoro, nuestra tesis permite una rectificación que da economía al procedimiento, sin necesidad de recurrir al trámite de revisión en cuestiones tan claras como son los errores aritméticos o de Tarifa. Y estas rectificaciones no serían obstáculo a la fijeza de la afección registral, pues, como hemos dicho, la responsabilidad real de la finca no podría modificarse.

Por todo lo expuesto, comentamos favorablemente la postura de la presente resolución en cuanto a la firmeza de la comprobación de valores, pero la criticamos en cuanto a la firmeza de las cuotas a ingresar, máxime teniendo en cuenta que en el caso planteado no se discutía el problema de la liquidación, sino sólo el de la comprobación de valores, por lo que la resolución se excede en sus declaraciones en relación con la cuestión discutida. Claro que esto significa que la postura de la resolución acerca del carácter definitivo de la liquidación caucional se produce bajo el tono de los *obiter dicta*.

COMPROBACION DE VALORES: BALANCE APORTADO POR EL INTERESADO A REQUERIMIENTO DE LA OFICINA LIQUIDADORA (RESOLUCIÓN DE 6 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—En la Oficina Liquidadora de Elche se presentó escritura de herencia inventariándose, entre otros bienes, un taller de carpintería mecánica. Dicha Oficina requirió a las herederas interesadas para que aportasen, entre otros datos, copia del balance del negocio de carpintería, con

referencia al 31 de diciembre de 1969, que hubiese sido presentado a Hacienda a efectos del Impuesto Industrial o de cualquier otro impuesto. En cumplimiento de dicho requerimiento, se aportó por las requeridas un balance-inventario del año 1969 sin firmar, pero con un sello en su portada que dice «Pedro Macía Lafuente. Carpintería. Avenida del Ferrocarril, 90. Elche (Alicante)». Con arreglo a ese balance, la Oficina fijó un valor comprobado de dicho negocio en 2.124.964 pesetas, arrojando el expediente como total valor 7.674.654 pesetas, aprobado por la Abogacía del Estado y debidamente notificado a las interesadas. Estas interponen reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial contra el resultado de la comprobación.

El Tribunal Provincial desestima la reclamación, confirmando el acto administrativo impugnado.

Interpuesto recurso de alzada ante el Tribunal Central, éste lo desestima igualmente por la siguiente:

Doctrina.—«Considerando que la única cuestión que se suscita en el presente recurso es si la Administración podía determinar el valor del negocio de que se trata utilizando el balance presentado por las propias interesadas o debía acudir necesariamente al presentado a efectos fiscales en la Delegación de Hacienda.»

«Considerando que el artículo 117-1-15 del vigente Texto Refundido de la Ley de los Impuestos de Sucesiones y Transmisiones de 6 de abril de 1967 enumera, entre los medios ordinarios de comprobación, los balances, datos y valoraciones de que disponga la Administración y *que hubiesen sido aceptados* por el contribuyente a efectos de otros impuestos, sin perjuicio de que pueda exigirse el balance correspondiente a la fecha de la transmisión; ahora bien, requeridas las interesadas, como consta que lo fueron, a la presentación del balance, el que éstas presentaron tiene el carácter de un acto propio y de una declaración que, como la del valor declarado, puede ser utilizada por la Hacienda, y no cabe argüir en contra del mismo que no es auténtico, cuando ellos mismos lo hicieron suyo al aportarlo, ni mucho menos invocar como razón para que no se aplique la que se da en el escrito de alegaciones en el párrafo que antes se ha transcrito, alusivo a una supervaloración del activo con otras finalidades, que no corresponde calificar a este Tribunal, mas sí rechazarlo como inadmisibles a los efectos que ahora se persiguen.»

«Considerando que esto establecido, y ostentando la administración la facultad de utilizar indistintamente los medios de comprobación reglamentarios, como reconoce el artículo 80, 3.º, del Reglamento todavía vigente de 15 de enero de 1959, es evidente que puede conformarse con el valor del negocio, como así lo ha hecho, según el balance presentado por los propios contribuyentes o continuar la comprobación, y habiendo optado por lo primero, al actuar así lo ha hecho con arreglo a Derecho, sin que exista fundamento para una reclamación que se contradice en todo, como ya se ha dicho, con los anteriores actos de las reclamantes y, en definitiva, con sus propias declaraciones.»

COMENTARIO.—El Tribunal Central considera que puede aceptarse, para determinar el valor de un negocio de carpintería, el balance aportado por las propias interesadas a requerimiento de la Oficina Liquidadora, aunque dicho balance no sea el presentado en la Delegación de Hacienda a efectos de otros impuestos.

En mi opinión, la solución del Tribunal Central, confirmando la actuación de la Oficina Liquidadora de Elche, es acertada, pero no nos convence el razonamiento utilizado por la resolución, pues consiste en equiparar dicho balance a un «valor declarado», y esto nos parece inadmissible.

La *solución* del Tribunal Central resulta confirmada por el apartado 15 del artículo 117 del Texto Refundido, pues no sólo incluye entre los medios de comprobación los balances aceptados por el contribuyente a efectos de

otros impuestos, sino también «el balance correspondiente a la fecha de la transmisión», que si ésta es reciente, lógicamente puede ser un balance no aceptado todavía a efectos de otros impuestos. Lo cual demuestra que dentro del citado precepto caben ambos tipos de balances.

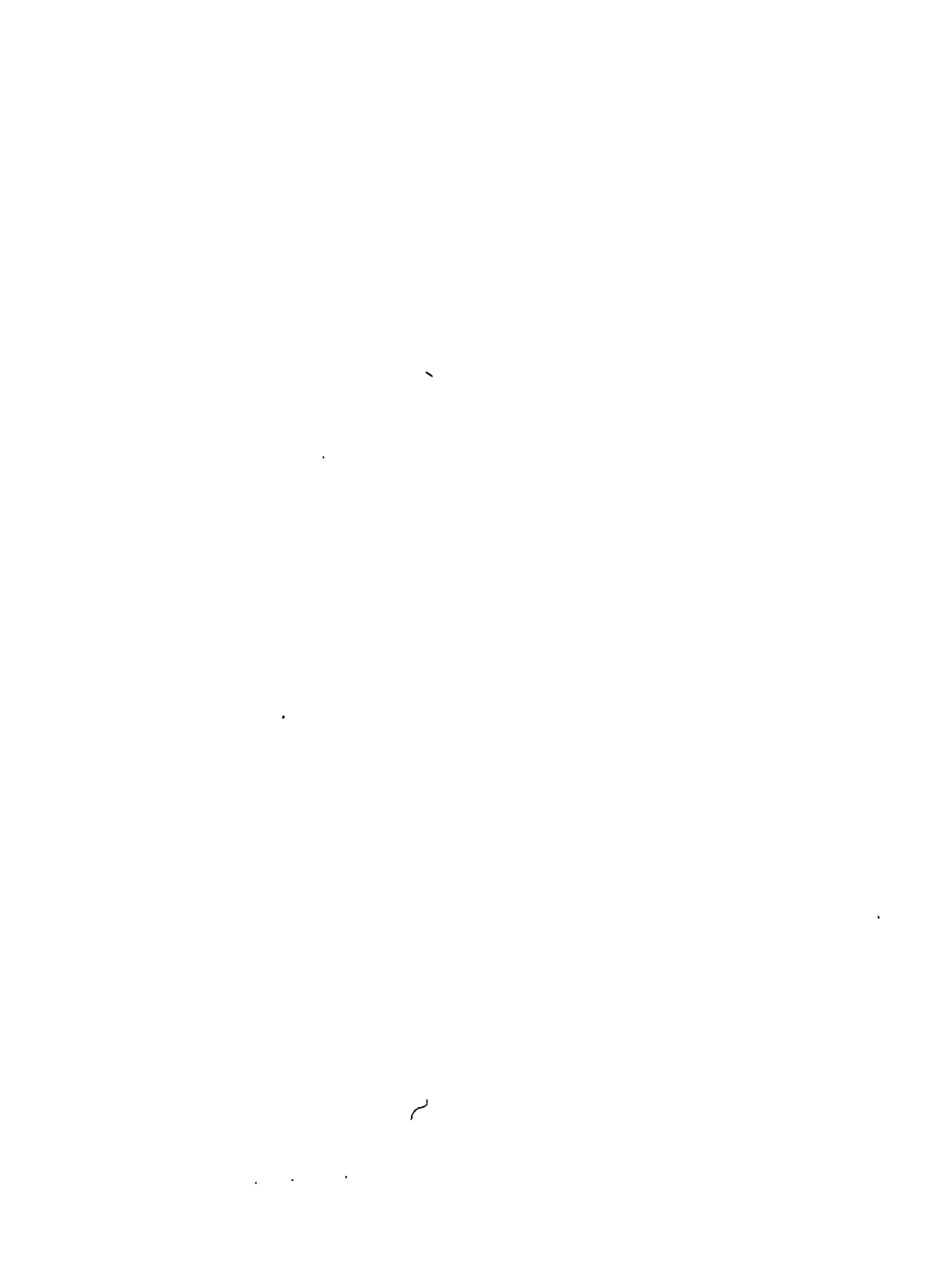
Bastaba este razonamiento para desestimar el recurso, sin necesidad de equiparar el balance sin firma, aunque con sello, a un valor declarado por las herederas interesadas.

Para que pueda hablarse de «valor declarado por los interesados» a efectos del Impuesto de Sucesiones, creemos que ha de tratarse de un valor *declarado* por los herederos en el documento de herencia, o si en éste no constare, en una «declaración firmada» en que los interesados lo consignen (art. 62 del Reglamento). Es decir, la declaración del valor ha de ser realizada por los propios interesados y referirse al impuesto en cuestión. Por tanto, no puede valer como «declarado» un valor resultante de un balance que no consta haya sido realizado por los interesados, sino que es copia del realizado en vida del causante, cuando los herederos todavía no tenían que ver con el negocio. El hecho de que después lo aporten no es suficiente para que pueda ser tenido como «valor declarado» en el sentido del Impuesto de Sucesiones. Y es que los herederos aportaron ese balance cumpliendo un requerimiento de la Oficina Liquidadora que les conminaba a aportarlo, y en tales condiciones no puede hablarse de aceptación libre del valor que resultase del balance ni tampoco sustituirse de ese modo el valor que figuraba como declarado en la escritura, ya que también sería ir contra los propios actos.

La cuestión tiene importancia práctica, como se deduce de las dos siguientes consecuencias: 1.ª Si se entiende que el referido balance es «valor declarado» por los interesados, ya no cabe recurrir a la tasación pericial contradictoria, pues el artículo 119 del Texto Refundido no permite que dicha tasación sustituya el «valor declarado», sino sólo a los medios ordinarios de comprobación. 2.ª Si se entendiera que el balance es «valor declarado», el Liquidador tendría que admitirlo necesariamente, si arroja un valor superior al de los medios de comprobación, sin posibilidad de aplicar su criterio discrecional para averiguar el «verdadero valor» del inmueble, pues las facultades discrecionales del Liquidador sólo se refieren a los medios de comprobación, no a los «valores declarados». Claro que normalmente el Liquidador elegirá, entre tales medios de comprobación, el que dé lugar a una base superior; pero no debe proceder así por el hecho de que el valor sea mayor, sino por entender que es el más adecuado. Por eso puede darse el caso (aunque no sea frecuente) que el valor resultante de un determinado medio de comprobación sobrepase al valor real de la finca, en cuyo caso la postura procedente sería prescindir de ese medio de comprobación y utilizar otro más adecuado. Nos basamos en que el artículo 8 alude al «verdadero valor», y éste no tiene por qué ser el «mayor valor». Pues bien, desde esta perspectiva se comprende la importancia de distinguir lo que es «valor declarado» de lo que es «valor comprobado», pues aquél no admite atenuaciones, a diferencia del valor resultante de un medio de comprobación. Precisamente en la valoración de negocios o talleres es donde con más frecuencia surgen exageraciones en la valoración, por lo que el Liquidador debe tener especial cuidado en la apreciación del resultado de los balances.

En conclusión, nosotros creemos que el balance en cuestión debe ser considerado como medio ordinario de comprobación incluido en el número 15 del artículo 117 del Texto Refundido, sin que sea procedente equipararlo al «valor declarado», como hace la presente resolución, pues entonces se llegaría a la consecuencia de que no cabría acudir a la tasación pericial contradictoria ni podría el Liquidador atenuar su resultado cuando fuere exagerado, todo lo cual es inadmisibles.

J. M. G. G.



LIBROS

BALDÓ DEL CASTAÑO, VICENTE: *Régimen jurídico de las ventas a plazos. Particular estudio de sus garantías*. Editorial, Tecnos. 1974. 280 págs.

VICENTE BALDÓ DEL CASTAÑO, Catedrático de la Escuela de Estudios Empresariales, Abogado y Profesor agregado interino de Derecho mercantil de la Universidad Autónoma de Barcelona, es el autor del libro que presentamos, que, como su título expresa, se centra de una manera especial en las garantías de los contratos de ventas a plazos.

Prologado por el Catedrático de Derecho civil DÍEZ-PICAZO, este libro viene a incrementar la poco abundante bibliografía sobre un tema tan interesante. En efecto, podemos afirmar que la venta a plazos de bienes muebles constituye una realidad cotidiana tan frecuente como numerosa, hasta el punto de que puede decirse que es el contrato que más ha proliferado, acaso desmesuradamente, en los últimos tiempos, y de aquí que su normativa y su problemática afecte a gran número de personas dando lugar a múltiples cuestiones, que al ir decantándose en la práctica van perfilando la institución con ayuda de los estudios que los especialistas, como el autor de este libro, ponen al alcance del estudioso para desentrañar la ley reguladora, que, como dice el prologuista de la obra, es complicada y de difícil inteligencia.

El trabajo se configura como una interpretación de la Ley de Ventas a Plazos de 17 de julio de 1965, y para la tarea el autor se apoya no sólo en los anteriores trabajos sobre la materia, españoles y extranjeros, sino además en el discurso de presentación de la ley ante las Cortes de Pío CABANILLAS GALLAS y de la legislación de otras nacionalidades, como la alemana, la luxemburguesa y, en particular, la belga; ello aparte de las opiniones del autor, con su bagaje de argumentación en torno a los problemas que presenta en orden a perfilar el sentido de la norma contemplada.

El estudio es bastante completo y está dividido en siete capítulos, cuyos epígrafes son ya sugerentes de las cuestiones que contemplan; dentro de cada uno se examinan diversos apartados, y en ellos son muchas las cuestiones presentadas, debatidas, y a las que se aporta una solución, que se podrá compartir o no, pero que están avaladas con sólidos argumentos.

No es posible en los estrechos marcos de una recensión contemplar y examinar el rico contenido de la obra, pero la importancia del tema tratado y su conveniencia y oportunidad nos obligan o, al menos, nos aconsejan detallar algo del libro que comentamos.

En el capítulo I, *Función economicosocial de la venta a plazos*, se presenta ésta tanto desde el punto de vista del comprador, al que permite disponer de lo adquirido sin entregar el precio o la totalidad del mismo, como del vendedor, al que faculta para aumentar sus ventas, insistiendo el autor en la necesidad de control de este tipo de ventas, con palabras de EMILE BECQUE, para evitar que su crecimiento excesivo perjudique al comprador y al vendedor e incluso a la sociedad provocando una inflación, recogiendo la cita de SONMADE, según la cual no han faltado voces que han considerado la venta a plazos como la causante de la gran crisis económica de 1929; resaltando la trascendencia social que implica permitir, por su

medio, que objetos como el frigorífico, la lavadora o el automóvil lleguen a las clases asalariadas, que de otra forma no podrían acceder a los mismos. Como medio más idóneo de obtener garantía para el precio aplazado generalmente se piensa en el pacto de reserva de dominio, en cuanto que tratándose de muebles no parecían adecuados la prenda o la hipoteca, aun cuando actualmente, a juicio del actor, con la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento podrían conseguirse aquellos fines que la ley que nos ocupa trata de obtener a través de una intervención del Estado en la regulación de esas ventas. Finalmente, en este capítulo se hace una referencia a la financiación de las ventas a plazos, desde el punto de vista económico, aludiendo a los diferentes sistemas: financiación por el propio vendedor que demora el percibo del precio, por los Bancos o por Compañías de Financiación, que, a su vez, pueden ser filiales del vendedor, de Bancos, de Compañías de Seguros o independientes.

En el capítulo II se estudian los caracteres de la ley reguladora, señalando como tales el de *ser normativa o imperativa*, de modo que se tendrán por no puestos los pactos, cláusulas o condiciones en los contratos regulados por ella que fueren contrarios a sus preceptos o que se dirijan a eludir su cumplimiento, resaltando la solución (contraria al art. 1.116 del Código civil y más propia de los negocios testamentarios) de la nulidad no de todo el negocio jurídico, sino únicamente del pacto o cláusula contraria a la ley; *ser complementada por la Administración del Estado*, al atender a la satisfacción de objetivos económicos, lo que provoca la intervención estatal en la fijación de plazos máximos, desembolsos iniciales, etc., según la clase del bien objeto de los contratos, y en la norma sobre la atemperación de los plazos, que en casos excepcionales pueden ser modificados por los Jueces o Tribunales, que incluso pueden señalar los procedentes recargos para esos nuevos o distintos plazos.

En este mismo capítulo, que gira todo él bajo la rúbrica de *El contrato de venta a plazos en la Ley de 17 de julio de 1965*, se estudian detalladamente cuestiones como las referentes al objeto, forma y naturaleza de este contrato, así como su perfección, financiación y garantías.

Dentro del *objeto* se alude a las *ventas incluidas* en el ámbito de la ley (que son las de bienes muebles, corporales, no consumibles y estar especificados en las normas que el Gobierno dicte al amparo del art. 20 de la ley), estimándose también dentro de ella aquellos negocios jurídicos con idéntica finalidad económica, y a las *excluidas*, contempladas por el artículo 4 de la ley.

Se sostiene el carácter *mercantil* de estas ventas, resaltando la importancia de ello y aportando argumentos en pro de esa afirmación; *formal* (al constituir la forma un requisito esencial para la validez del contrato), provocando la falta de forma escrita o la ausencia de tantos ejemplares del contrato cuantas partes intervengan en él una invalidez relativa, parcial, *sui generis* y susceptible de confirmación, argumentando el autor sobre todo ello con bastante amplitud y detalle, recogiendo los requisitos y circunstancias que han de reunir los contratos, etc., propugnando, en original postura, que el artículo 5 de la ley reguladora, que habla de la exigencia de forma como requisito para la validez de los contratos, debió ser redactado refiriéndose a que la falta de forma provocaría la invalidez del contrato; *real* (ya que se perfecciona por la entrega de la cosa y el pago de la cantidad inicial del contrato), estudiando lo relativo a la entrega del objeto, cuando se entiende en poder y posesión del comprador, planteando diversos supuestos, aludiendo al valor de la escritura pública o del documento privado en orden a la presunción de la entrega, todo ello en relación con la teoría de los riesgos en la compraventa, sosteniendo que hasta el momento de la entrega hay solamente un contrato de promesa de venta, cuyo incumplimiento dará lugar a la reclamación de daños y perjuicios, pero no a sollicitar el cumplimiento del contrato precisamente por tratarse de una venta

real y no consensual, haciendo también una referencia al contrato entre ausentes a la luz de las conclusiones anteriores; respecto al desembolso inicial entiende el autor, en desacuerdo con el discurso de presentación de la ley a las Cortes de Pío CABANILLAS, que no es esencial para el nacimiento del contrato, sosteniendo que el artículo 9 de la ley hay que entenderlo en el sentido de que establece una presunción *iuris et de iure* de la entrega del desembolso inicial: en el supuesto de que se pruebe que se entregó la cosa es eficaz el contrato, sin que sea necesario que se haya entregado el desembolso inicial, que incluso ya no se podrá reclamar, por lo que el autor propugna una redacción del párrafo 2.º del citado artículo 9 más acorde con esa interpretación.

Se recoge también en este capítulo II, pero muy someramente, lo relativo a la financiación desde el punto de vista jurídico, contemplando las garantías del comprador, y entre ellas alude a la exigencia de forma, entrega al mismo de un ejemplar del contrato, la posibilidad de desestimiento en el caso de venta a calidad de prueba o ensayo, la de pago anticipado con reducción de recargos, demora de dos plazos como mínimo (salvo que se trate del último) para poder resolverse el contrato, faculta a los Jueces para ampliar en algunos supuestos los plazos pactados, competencia judicial a favor de su domicilio, publicidad de los precios al contado y plazos y las exenciones fiscales. En cuanto a la protección o garantías del vendedor constituyen en realidad los restantes capítulos del libro.

El capítulo III se refiere a la *acción resolutoria* del contrato, y en el mismo, después de unas precisiones previas de tipo conceptual, se llega a la conclusión de que esta acción resolutoria por incumplimiento del contrato, contemplada por el artículo 11 de la ley reguladora, nada tiene que ver con la del artículo 1.124 del Código civil, haciendo una interpretación del citado precepto 11 de la ley y contemplando algunas de las cuestiones derivadas del mismo, en especial las referentes al número de plazos que han de estar impagados para que la misma proceda, su cuantía, la necesidad o no de requerimiento previo de cumplimiento, el supuesto de novación judicial excepcional del contrato y los efectos de la resolución.

El capítulo IV, el más amplio del libro, estudia el *pacto de reserva de dominio*, bien que solamente unas pocas páginas contemplen el supuesto en la Ley de Ventas a Plazos. En efecto, después de tratar la figura en el Derecho romano, en el común y en el moderno, con especial referencia a las teorías que configuran el pacto como condición suspensiva de la transmisión del dominio o resolutoria del mismo, con una referencia relativamente amplia a las posturas de los tratadistas italianos BONELLI, ASCOLI, DUSI y otros, concluye el capítulo con el examen de la posesión del comprador, vigente el pacto de reserva de dominio a favor del vendedor, y la expresión de su postura.

El autor admite la validez del pacto de reserva de dominio, en cuanto que la ley lo contempla, pero llega a la conclusión, con BONELLI y MAZEAUD, de que la misma finalidad se consigue con el pacto resolutorio expreso o concedido por precepto legal, siempre que tal acción resolutoria tenga eficacia real por constar sus presupuestos en el Registro de Actos Privados, ya que esta construcción, sigue diciendo BALDÓ DEL CASTAÑO, es más conforme a los principios de la lógica jurídica, llegando incluso a calificar al pacto de reserva de dominio como un «mito jurídico», en el que dice que también él creyó en su día. Sostiene además que actualmente mejor que ese pacto sirve la función de garantía (que es lo que se pretende con la reserva de dominio), la hipoteca mobiliaria (para los objetos susceptibles de la misma) o la prenda sin desplazamiento (para los que no puedan ser hipotecados). Dice asimismo que la propia Ley de Ventas a Plazos ha dado carta de naturaleza por vez primera en nuestro Derecho a este pacto, pero considerando que en realidad lo que cumple el mismo es una mera función de garantía, avalando su creencia con el argumento de que el vendedor que

lo ejercite, caso de incumplimiento del comprador, tendrá que pechar con las consecuencias del artículo 11 de la ley en orden a la restitución de las prestaciones para poder recuperar la posesión de la cosa, ya que el contrato ha de resolverse sin que sea posible pactar una reivindicación de espaldas a ese precepto, puesto que ello infringiría el artículo 18 de la propia ley. Y si esto ocurre entre partes, respecto de terceros, el artículo 19 de la ley concede al vendedor, con pacto de reserva inscrito, el mismo derecho que el artículo 10 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda otorga a los acreedores que cuentan con estas garantías, es decir, un simple derecho a separar del valor de la cosa obtenido en subasta el importe de su crédito, debiendo aportar el sobrante a la masa deudora, mientras que si fuera propietario tendría derecho a separar y reivindicar la misma cosa; además, el citado artículo 19 de la Ley de Ventas a Plazos, en sus cuatro últimos párrafos establece el procedimiento extrajudicial para la venta de las cosas adquiridas a plazos caso de impago de éstos y no hace otra cosa que transcribir el artículo 94 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, de lo que deduce igualmente el carácter de mera garantía del pacto, avalando el autor su postura con la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de noviembre de 1968, que concede al financiador la reserva de dominio, aunque el vendedor no se hubiere reservado ese derecho, «a los meros efectos de garantía».

El capítulo V contempla *otros medios de protección del vendedor*, y entre ellos: la prohibición de disponer, el privilegio o preferencia del crédito, el vencimiento anticipado de los plazos restantes caso de impago de alguno y las cláusulas penales; dentro de éstas: el pacto de decadencia o pérdida de los pagos ya efectuados, que no está admitido en nuestro Derecho; la fijación anticipada de daños y perjuicios, regulados por el artículo 11 de la ley, así como el ejercicio de la acción penal, admitido por el artículo 12 de ella.

Dentro de la ejecución, el procedimiento extrajudicial, notarial, para con el importe obtenido de la venta de la cosa vendida resarcirse el acreedor de su crédito. En este punto, el autor se plantea el problema, que nosotros, por razones obvias, consideramos muy interesante, de si para utilizar el procedimiento de ejecución será indispensable que el contrato figure inscrito en el Registro especial previsto en la ley, y concluye, a nuestro juicio equivocadamente, que no es preciso tal requisito porque ello solamente es exigible para que tenga trascendencia frente a terceros; pero su falta no puede afectar a la situación existente entre partes, aun cuando recoge la opinión de otros autores, como BULLÓN y BERCOVITZ, que sostienen que únicamente está legitimado para acudir a este procedimiento el acreedor que tenga a su favor la reserva de dominio o la prohibición de disponer según un contrato inscrito.

El capítulo VI: *Conflictos de intereses con terceros*. Entre ellos: el caso de que el vendedor de la cosa no sea su verdadero dueño, concluyendo que si el adquirente actuó de buena fe debe ser mantenido en ella, aun en el caso de que existiera pacto de reserva de dominio y pudiera entenderse que no adquirió el mismo, teniendo en cuenta además que el artículo 85 del Código de Comercio tiene que referirse tanto a las ventas al contado como a las aplazadas; que el comprador afectado por el pacto de reserva de dominio o con prohibición de disponer enajene la cosa, en el que se distingue según que el contrato no figure inscrito o lo esté sin tales pactos, ya que en ellos el vendedor no podrá dirigirse contra el poseedor, en cuanto que éste, por aplicación del artículo 464 del Código civil, será inatacable, o que figure inscrito el contrato con esos pactos, y entonces, por disposición del artículo 23 de la ley especial, será oponible contra cualquier adquirente o poseedor de la cosa transmitida, pudiendo afirmarse lo mismo por lo que se refiere a la facultad resolutoria del artículo 11 de la misma. Se contempla también el caso especial de *cesión por el comprador de su posición en*

el contrato o de sus derechos sobre la cosa, siendo preciso distinguir, según el autor, entre la cesión del contrato, que precisará el consentimiento del acreedor; la cesión de los derechos sobre la cosa permaneciendo el mismo deudor, que en principio es válida, aunque el vendedor pueda pedir el vencimiento de los plazos pendientes y la resolución del contrato; que el deudor consiga del subadquirente la subrogación en las obligaciones dimanantes del contrato o, al menos, un documento indubitado de que conoce la situación de hecho y de derecho para que no pueda ampararse en el artículo 464 del Código civil, y, finalmente, que ceda sus derechos sobre la cosa, pero permaneciendo ésta en posesión del comprador, así como la aportación de ella a una sociedad. En el caso de delito se estudian sus posibilidades, figuras, repercusiones en orden a la reivindicación o pérdida de la cosa, etc.

Respecto a los daños que sufran las cosas adquiridas, aun cuando lo hayan sido con pacto de reserva de dominio, entiende el autor que el adquirente tiene acción directa frente al tercero causante del daño, así como legitimación para ejercitar acciones interdictales y reales, siendo el propio adquirente responsable de los daños causados por ellas o mediante su utilización, cuestión ésta muy interesante tratándose de adquisición de vehículos a motor con pacto de reserva de dominio a favor del transmitente.

Por último, se estudian en el capítulo las tercerías del vendedor y del comprador. La primera, o sea, cuando se embargue la cosa al comprador, el vendedor podrá ejercitarla en el caso de que el contrato con la cláusula de reserva de dominio se haya inscrito en el Registro, o la de mejor derecho cuando el contrato figure inscrito, pero no se haya pactado aquella reserva, interpretación avalada por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1970, que se cita a pie de página. El comprador, en el caso de que se embargue la cosa como propia del vendedor, también podrá ejercitar la tercera de dominio, aun en el caso de que exista pacto de reserva de dominio a favor del vendedor, al amparo del artículo 85 del Código de Comercio, máxime—añadimos nosotros—cuando el vendedor no tiene otro derecho, en principio, que el de seguir cobrando los plazos pendientes, que sería lo único que el acreedor podría embargarle.

Finalmente, en el capítulo VII se estudian *las situaciones concursales*. Dentro del mismo se hace referencia a la quiebra del comprador, y en ella la posición del vendedor según la ley reguladora, resaltando la necesidad de que el contrato esté registrado; facultades del vendedor si han vencido todos los plazos con anterioridad a la declaración de la quiebra; posibilidad de presentarse en el pasivo, de ejercitar la acción resolutoria y las facultades de persecución y de ejecución; sustitución de los acreedores en la posición del deudor para continuar satisfaciendo los plazos pendientes y hacerse dueños de la cosa, en particular en el supuesto de que hasta la declaración de quiebra el deudor haya venido satisfaciendo los plazos o que hubiera dejado impagados, al menos, dos vencidos. Se estudia también el caso de que el contrato no esté registrado, el concurso del comprador, la quiebra y el concurso del vendedor, y termina el libro con una referencia a la suspensión de pagos.

Hemos leído y releído el libro que comentamos, y no nos hemos podido sustraer a presentar con cierto detalle el contenido del mismo, si bien la excesiva amplitud de esta recensión nos ha obligado a ser más breves en los últimos capítulos.

Nuestro juicio del trabajo es francamente positivo, si bien, desde nuestro particular enfoque de Registrador mercantil, pensamos que debió darse más amplitud al Registro especial y a las normas que en la ley se refieren al mismo, y que incluso un estudio de las garantías de estos contratos pudiera enfocarse o presentarse precisamente en función del mismo; notamos también la falta, en el capítulo del pacto de reserva de dominio, de una referencia más acusada a la abundante bibliografía española sobre el

tema y a la jurisprudencia, ya que de ésta prácticamente se citan solamente las sentencias de 13 de diciembre de 1911, en la página 193, que configuró al pacto como una especie de prenda en garantía para asegurar el total cobro del precio, y la de 11 de marzo de 1929, en la página 144, que lo explicaba como una condición suspensiva que no afecta a la perfección del contrato, sino a su consumación.

Por otra parte, en el capítulo sobre conflictos de intereses con terceros se excluye todo lo referente a la concurrencia o colisión entre estos contratos de ventas a plazos y la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento, indicándolo así en nota de la página 224 refiriéndose a un trabajo sobre el tema publicado en esta REVISTA en 1967 por LALAGUNA; pero a pesar de ello, creemos que tan interesante cuestión no debió dejarse fuera de un estudio como el que nos ocupa.

De todas formas, estas omisiones que apuntamos, y que pueden obedecer a un prejuicio subjetivo del comentador, no empañan, en absoluto, el valor de una obra cuya lectura y consulta recomendamos a cuantos se relacionen con el tema.

CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO
Seminario de Derecho Hipotecario
de Extremadura

MARTÍN BLANCO, JOSÉ: *Los planes directores territoriales de coordinación en la nueva Ley del Suelo*. Servicio Central de Publicaciones del Ministerio de la Vivienda. Madrid, 1975.

La figura que MARTÍN BLANCO examina en su estudio monográfico es quizá el máximo exponente de una nueva política urbanística preocupada por dar un enfoque actual a la actividad, que constituye su objeto primordial.

El urbanismo, desde una perspectiva puramente conceptual, ha evolucionado en los últimos años para expresar una actividad no sólo dirigida a ordenar espacialmente los centros urbanos, sino también a instrumentar los cauces idóneos por los que discurran armónicamente ensambladas la ordenación física del territorio y la planificación económica y social.

El plan director territorial de coordinación supone, pues, el «tránsito de un urbanismo sectorial, jurídica, técnica y arquitectónicamente hablando, a una nueva técnica de planificación, auténtica ciencia de estructuras e instrumento decisivo para la coordinación de las distintas esferas de la Administración sobre el territorio».

En un primer capítulo, el autor se refiere a algunas figuras del planeamiento europeo más o menos afines a la que es objeto hoy de nuestra consideración, tales como los planes regionales de los *Länder* alemanes, los *Structure Plans* ingleses, los planes territoriales de coordinación italianos y los esquemas directores de ordenación y urbanismo franceses.

Tras este estudio comparativo se analizan cuidadosamente—capítulo segundo—las funciones básicas de los planes directores territoriales de coordinación, derivadas de la Exposición de Motivos y del apartado primero del artículo 8 de la nueva Ley del Suelo, y que se concretan en el establecimiento, de conformidad con los principios del Plan Nacional de Ordenación, de la Planificación Económica y Social y las exigencias del desarrollo regional, de las *directrices para la ordenación y del territorio*, del *marco físico* en que han de desarrollarse las previsiones del plan, del *modelo territorial* en que han de coordinarse los planes y normas a que

afecte y de los controles adecuados para resolver los problemas del *medio ambiente*.

Al tratar de los caracteres de los planes directores territoriales de coordinación—capítulo tercero—, sienta MARTÍN BLANCO las siguientes consideraciones: 1.ª Se trata de *actos o planes estatales*, en los que si bien la *iniciativa* se mueve en una amplia plataforma (ya que puede partir del Ministerio de la Vivienda, de cualquier otro Departamento ministerial, de una Entidad local o urbanística especial), la *propuesta* al Gobierno de *formación* del plan corresponde, en todo caso, al Ministro de la Vivienda. La competencia para acordar la *formación* de estos planes se atribuye al Consejo de Ministros, llevándose a cabo su *elaboración* por los Organismos o Entidades que éste designe, siendo también de competencia del mismo su *aprobación*. 2.ª Es *eventual* la utilización por la Administración de este tipo de planes. 3.ª Su *ámbito territorial* no viene especificado apriorísticamente por la propia ley, sino que se impone un criterio objetivo en virtud del cual se produzca la definición o señalamiento de la porción, extensión o parte del territorio que se considera óptima para una adecuada y racional organización. 4.ª Como se infiere ya del citado apartado primero del artículo 8 de la Ley del Suelo, el *contenido* de los planes directores territoriales de coordinación es *amplio y heterogéneo*, oscilando sus determinaciones entre las abstractas directrices para la ordenación del territorio y las concretas sobre señalamiento de usos, localización de infraestructuras básicas, etc. 5.ª Implica un *auténtico programa de actuaciones* formulado coordinadamente. 6.ª Juega el papel de *marco* o base legal para el *planeamiento urbanístico a nivel inferior* y para los *planes sectoriales*. 7.ª Finalmente, puede decirse que supone un *proceso de planificación continua* flexible y a la vez dinámico.

En el cuarto capítulo se recoge la *documentación* que el plan director territorial de coordinación debe contener, según el número tercero del artículo 8. Lamenta el autor del libro que no se hayan incorporado al texto legal todas las propuestas del Grupo de Trabajo del Ministerio de la Vivienda que redactó el anteproyecto de ley, que, en síntesis, preveían: un encuadre nacional y regional; un análisis descriptivo de los factores sociales, económicos, físicos y urbanos del área en cuestión; unos objetivos; una estrategia o sistema de políticas válidas, y unas zonas de planeamiento y actuación inmediata, a medio y largo plazo, para las cuales existe, respectivamente, un programa de necesidades y unos medios económico-financieros específicamente asignados.

No es fácil, como se pone de manifiesto en el quinto capítulo, la catalogación de la *naturaleza jurídica* de los planes que tratamos dentro de los moldes en que se mueve la doctrina administrativa. En efecto, el plan director territorial de coordinación, aun encuadrándose en el esquema general del planeamiento, como fuente del Derecho objetivo y conjunto de normas jurídicas obligatorias para la Administración y los particulares, supone, en cuanto proceso continuo de ordenación, de creación y recreación normativa, la superación del tradicional *planeamiento de acomodación* y el reconocimiento solemne del moderno elemento activo del *planeamiento de desarrollo*, en el que concurren cuatro funciones fundamentales: la ordenadora, la socioeconómica, la política y la legitimadora o habilitante.

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY
Registrador de la Propiedad

SAINZ DE BUJANDA, F.: *Notas de Derecho financiero*. Tomo I (Introducción y parte general), dividido en dos volúmenes. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Seminario de Derecho Financiero. Madrid, 1967, 1968, 1972.

El criterio selectivo que las revistas profesionales y técnicas siguen suele asemejarse, la mayoría de las veces, a la «oportunidad periodística» de la noticia. Que el legislador reforma una ley, publica una disposición o aparece un libro sobre este comentario, es preciso que esto se brinde con la necesaria actualidad al posible lector. Siguiendo este criterio, la publicación que comentamos dejaría de tener interés para el lector que intenta estar al «día». A mi entender, en la revista profesional habría que deslindar lo que debe ser «noticia» exigida por el lector del momento y lo que es «materia de estudio». La cosa se asemeja mucho a esa idea que expusiera hace años KIRSCHMANN al hablar de la ciencia del Derecho y de la influencia que las palabras del legislador podían ejercer sobre leyes, comentarios y publicaciones al dejarlas, con una simple modificación, en letra muerta. Entiendo que no es éste el caso. No es lo mismo el posible comentario oportuno de una reforma legislativa, que el estudio a fondo con pretensiones de tratado de una materia que ya va teniendo sustancia jurídica. Creo que aquí es donde puede residir la razón justificativa del «retraso» que me he tomado para lanzar este comentario sobre una obra fundamental.

Para dar al lector, posible lector, de esta recensión una visión de la trascendencia de la obra que vamos a comentar es preciso situar histórica y dogmáticamente la figura del «Derecho financiero», que CABANILLAS GALLAS (en su famosa conferencia de clausura de la XII Semana de Estudios Fiscales) perfila de la siguiente forma: «La posible construcción científica de esta rama del Derecho había necesitado que políticamente se realizase en el siglo XIX, lo que MAYER ha denominado la 'ruptura de la conexión entre el Derecho de consentir los impuestos y el Derecho a aprobar el presupuesto'. El paso político constitucional estaba dado, y como recuerda SAINZ DE BUJANDA, los textos constitucionales 'acusaron la transformación operada, llevando el principio de la legalidad fiscal o tributaria a la parte dogmática, y el principio de la aprobación del presupuesto por la Asamblea a la parte orgánica'.» Y con razón continúa: «Así se produjo el hecho feliz de que el principio constitucional de legalidad, que brotó a impulsos de un instinto defensivo—para cortar abusos—, se convirtiese, sin merma de su antigua significación, en cauce insustituible de la acción administrativa en el área fiscal. El Derecho financiero moderno comenzó siendo una cautela, pero llegó a ser instrumento de eficacia.' El supuesto técnico concurrente, que se inició en el siglo XX, puede denominarse de modo genérico 'la transformación del Derecho privado', que no sólo replanteó los límites de este Derecho, sino que al restar valor a la distinción entre Derecho público y Derecho privado permitió—lo que hasta entonces era inconcebible— aplicar extensiva y analógicamente los esquemas de la teoría general del Derecho civil a otras ramas jurídicas necesitadas de 'amparo' conceptual.»

Al Profesor SAINZ DE BUJANDA ya le hice en otra ocasión una recensión de su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que versaba sobre «Los métodos de determinación de las bases imponibles y su proyección sobre la estructura del sistema tributario». A este discurso de ingreso le contestó J. GARRIGUES, quien después de glosar la singular figura del beneficiario, se hacía la siguiente pregunta: ¿Cuál debe ser la posición del Derecho financiero frente al Derecho privado?

La postura decimonónica—dice GARRIGUES—aconsejaba la «subordina-

ción», pero el Profesor SAINZ DE BUJANDA adopta una postura más en armonía con los postulados socioeconómicos de nuestra época, y al preguntarse qué normas jurídicas deben prevalecer para definir y configurar las instituciones jurídicas sometidas a tributación, contesta: «Parece obvio que los preceptos fiscales deben respetar la fisonomía de las instituciones jurídicas objeto de imposición tal como aparezca configurada en las normas que las regulan. Es indudable que el Código civil, el Código de Comercio y, en general, todos los cuerpos básicos del ordenamiento positivo se nutren de unos principios jurídicos generales—de un fondo jurídico común—que deben ser respetados por las leyes tributarias. En caso de duda en la interpretación de la ley fiscal, el Juez hará bien en inclinarse por aquella solución que mejor se adapte a la configuración—civil, mercantil, administrativa, etc.—que el objeto jurídico gravado tenga en otros cuerpos legales.» Ahora bien, esta tesis, que impone al Derecho financiero la base intangible de ese fondo jurídico común que constituye el Derecho privado, viene suavizada después cuando dice que: «Este respeto a la legalidad extrafiscal no deberá ir más allá de lo estrictamente indispensable para que la aplicación de todo el Derecho se ajuste a criterios armónicos. Cuando la ley fiscal amplíe o reduzca las definiciones o conceptos de instituciones jurídicas formulados en otras leyes para acomodarlos mejor a las exigencias de la tributación, es evidente que deberá prevalecer el mandato de la ley fiscal.»

He traído esta referencia no sólo para situar la publicación y el autor de la misma, sino para destacar la posición que el mismo tiene en torno a determinados puntos claves de la «integridad» del ordenamiento jurídico. Con el criterio que el autor sustenta ha sido posible ese vejatorio artículo 25 de la Ley General Tributaria, que ordena liquidar el acto jurídico, aunque el mismo sea nulo y no deba producir efectos jurídicos. En un Estado de Derecho en el que se predica el principio de legalidad choca violentamente con la mente jurídica ese precepto, aunque por razones de «tributación» deba prevalecer el mandato de la ley fiscal sobre la ley jurídica.

Los dos tomos, que voy a comentar en aglutinado esquema expositivo, versan sobre puntos básicos del Derecho financiero. Estudiándolos se profundiza con conocimiento de causa en las verdaderas esencias de este Derecho. Entiendo por ello que es obra básica para el que pretenda iniciar la ruta que este Derecho marca. Son un conjunto de artículos que forman obra didáctica y en los que colaboran VICENTE ARCHE-DOMINGO, MATÍAS CORTÉS DOMÍNGUEZ, CARLOS PALAO TABOADA, ALVARO RODRÍGUEZ BEREJO, JOSÉ FERREIRO LAPATZA, JOSÉ ANTÓN PÉREZ, FERNANDO CERVERA TORREJÓN, SANTIAGO MARZO CHURRUCA y MANUEL DÍEZ ALEGRÍA, dirigidos con su habilidad habitual por SAINZ DE BUJANDA.

El contenido del primer volumen que recensionamos está constituido por las lecciones 15 a 35, y en las mismas se abordan una serie de temas fundamentales o básicos de la llamada parte general del Derecho financiero. Dividiría, para la pantalla que he de ofrecer a los lectores, las materias tratadas en los siguientes apartados: a) *Lo referente al poder financiero*. Es evidente que aquí los autores tratan de las distinciones entre lo que debe entenderse por soberanía política y el poder financiero, para luego ir precisando los titulares del mismo según las diversas organizaciones. Se precisa, por supuesto, la estructura de dicho poder en el Derecho español, así como la extensión del mismo y los posibles límites de carácter internacional del mismo. Dentro de la estructura se delimita lo que los autores denominan administración financiera directa, con la determinación de los órganos competentes y la administración indirecta, a través de las haciendas provincial y municipal. b) *El objeto de la actividad financiera*. Inevitablemente unido al concepto va el de gasto público no sólo en su proyección histórica, sino en la conceptual, así como en el aspecto económi-

co y jurídico (gastos de explotación, de capital y de transferencia). Paralelo a ese concepto incide el del ingreso público, con su teoría general y sus proyecciones en el Derecho privado y en el Derecho público. Tres puntos llevan a rematar la materia tratada en este apartado, cuales son la teoría impositiva, que económicamente justifica los impuestos; el aspecto jurídico de la misma (que se ocupa de la distinción de impuestos directos e indirectos, reales, personales, subjetivos, periódicos e instantáneos), de las exacciones parafiscales y de las contribuciones especiales, y la teoría de las tasas. c) *Sobre la justicia tributaria*. Gira la exposición de los diferentes capítulos sobre el eterno tema del ideal reparto justo de la carga tributaria (sacrificio igual, proporcional y mínimo), de los principios constitucionales de justicia tributaria, para pasar luego a la esencia jurídica de la construcción de lo que podría llamarse «relación jurídica tributaria», con sus aspectos y elementos, momentos de nacimiento (*obligatio ex lege* y hecho imponible) y los sujetos pasivos, responsables y sustitutos.

La materia tratada en el segundo de los volúmenes (lecciones 36 a 66) tiene unos colaboradores «nuevos», que es preciso citar: JUAN RAMALLO MASSANET, IGNACIO BAYÓN MARINÉ, LEONARDO GARCÍA DE LA MORA, LUIS CORRAL GUERRERO y MIGUEL MORA HIDALGO. Al igual que en el anterior volumen, y sobre la base de dar una versión simplificada y esquemática del contenido de la obra, dividiría la materia expuesta, tratada y estudiada en el presente volumen en las siguientes partes: a) *Elementos de la obligación tributaria y consecuencias*. Son básicos los puntos que se estudian en esta parte, pues de la base imponible (punto clave de toda liquidación) se pasa a la valoración y criterios para luego señalar el tipo impositivo y su funcionamiento. En la estructura de la obligación tributaria juegan los conceptos de crédito y deuda, así como luego las diferentes formas en que se extingue, especialmente a través del pago y de la prescripción. Cobra relieve el acto de la liquidación, como acto administrativo, y los diferentes aspectos que presenta el procedimiento general y los especiales para llegar al mismo. Al acto de liquidación le suceden el estudio de otro acto administrativo, cual es el de la inspección tributaria en toda su proyección actual, la realización pecuniaria del tributo a través de la recaudación y su procedimiento (directo y mediato o ejecutivo) y los diversos recursos que frente a la acción estatal se conceden al ciudadano: reposición, alzada y revisión. Al lado de todo ello se sitúan en el estudio las materias referentes a las infracciones tributarias (evasión, infracción formal y defraudación), las sanciones, el proceso tributario y la desdichada regla del *solve et repete*. b) *Ingresos extraordinarios*. Concepto genérico este de los ingresos extraordinarios en el cual se cobijan una serie de puntos, como el de los empréstitos públicos, con toda la proyección de sus tipos, momento de emisión, procedimientos, contenido, reembolso, garantías y extinción. c) *Efectos extrajurídicos de la actividad financiera*. Exclusivamente—después de la Orden de 30 de noviembre de 1970—se estudian los siguientes puntos fundamentales: el plan de la actividad financiera y su necesario enlace con el presupuesto en la triple dimensión de concepto, ámbito material y temporal y aprobación, ejecución, control y modalidades. Completándose la materia con el estudio especial de los presupuestos de las Corporaciones Locales, Organismos estatales autónomos y la inevitable referencia a la contabilidad pública y nacional.

De todo lo apuntado en este esquema, exigido por las dimensiones que toda recensión debe tener, he intentado demostrar que estamos ante una obra de estudio, profunda, densa y llena de matices, adecuada para todo aquel que pretenda profundizar en esas ideas genéricas que le sirven de actuación, pero que siempre necesitan esa justificación teórica y doctrinal que este estudio brinda.

SALAS, O.: *Derecho notarial de Centroamérica y Panamá*. Editorial Costa Rica, 1973.

No hace mucho leía un aspecto crítico del español frente a los problemas de América. Me estoy refiriendo a FERNANDO DÍAZ-PLAJA (*Mis pecados capitales*. Madrid, febrero de 1975), quien decía, entre otras cosas, que: «La conquista creó la ciudad, edificó la iglesia, duplicó las plazas y pueblos españoles al otro lado del mar. Y cuando terminó todo esto, le volvió la espalda... Cualquier español medio tendría que saber de memoria la geografía de Hispanoamérica y confunde los países y las latitudes sin importarle nada que hayan sido creación de sus antepasados...» A esto quiero añadir un comentario mío: para que el español conozca su país es preciso que lo recorra con cierto detenimiento y sosiego, y una vez visto y comprendido, si quiere seguir conociendo España es preciso que vaya a Hispanoamérica. Los dos últimos Congresos Internacionales de Derecho Registral, aparte el aspecto científico y el intercambio de pareceres doctrinales, han servido para un nuevo acercamiento íntimo entre «aquello y esto». Particularmente tengo que reconocer que mi viaje a la Argentina supuso la apertura de unos horizontes que no habían entrado en mis esquemas mentales. Si alguna vez se quiere sentir uno español hay que viajar a América.

En mi viaje, inolvidable viaje, conocí a OSCAR A. SALAS, autor del libro que comento. Creo que previamente nos habíamos cruzado alguna carta o quizá la conexión procediera de nuestro común amigo IVÁN ESCOBAR FORNOS, de Nicaragua. Lo cierto es que me produjo una gran impresión y que uno de sus trabajos lo utilicé en alguna de mis citas. El doctor SALAS es hombre preciso, con capacidad de síntesis, trabajador, prolífico en publicaciones, profundo conocedor de los problemas hipotecarios y avanzado introductor de los sistemas mecánicos y electrónicos en el sistema registral. Nació en Cárdenas (Cuba) y fue Registrador de la Propiedad de Baracoa, así como desempeñó otros cargos hasta el advenimiento de Fidel Castro. Sería muy extenso seguir citando cargos y puestos ocupados por el autor, pero ahora viene a los Congresos como representante de Costa Rica. En el último, él, junto con el que suscribe y el representante argentino, redactamos las conclusiones de la segunda comisión del Congreso, referentes a «la base física de la finca, folio real y mecanización del Registro». En uno de los descansos me dedicó—con ese alarde de emocionada hermandad que los hispanoamericanos tienen—el libro que ahora comento.

Decía el Profesor MARAÑÓN que sólo debería escribirse un libro cuando pueda decirse algo muy nuevo o se intente ayudar al trabajo de los demás con una ordenación de materiales diversos. Precisamente éste es el caso del libro que comentamos y cuya intención revela el autor en su nota inicial al decir que «esta obra ha sido escrita con el propósito de que sirva por igual a profesores y estudiantes, como texto, y a los Notarios en ejercicio, como un libro que compendia lo más relevante de la doctrina, de la legislación positiva y de la jurisprudencia de los seis países del istmo de Centroamérica, desde Guatemala hasta Panamá». En la exposición del contenido veremos cómo el autor logra plenamente su propósito y este libro nos sirve a los de aquí para ver con más claridad ciertos problemas que en el primer contacto internacional no lo fueron.

El contenido del estudio que comentamos abarca la totalidad de lo que se conoce con el nombre de Derecho notarial, y en su concepción y desarrollo persigue, al mismo tiempo que una finalidad teórica o de conocimiento, un reflejo práctico que ayude al estudioso a pensar y resolver problemas que sucesivamente se le van planteando. Una vez expuesto el

concepto, le suceden una serie de preguntas, casos hipotéticos o sentencias que concilian la teoría con la práctica. De nuevo estamos en la famosa frase de JOSSEF ESSER, que hablaba de salvar el gran foso que separa a la teoría de la práctica. El autor justifica esta forma de exposición diciendo que «se ha tratado de estimular el empleo de la pedagogía activa con la inserción de preguntas, de casos hipotéticos y de sentencias, que permitan al profesor usar el tiempo de clase para aclarar conceptos, para desarrollar la capacidad analítica y para estimular el raciocinio jurídico frente al caso concreto».

Estructuralmente, el libro ofrece, aparte la singularidad dicha, un cuadro de reconocimientos a diversas personas que han colaborado con el autor, bien haciéndole indicaciones, prestándole libros y tesis, suministrándole copias, o bien auxiliándole en la compilación de otra obra anterior que sirvió de base a la que ahora ofrece o en el auxilio de corrección de pruebas, confrontación de citas bibliográficas y legales, labor mecanográfica, así como «haber sembrado en el autor, hace más de treinta años, la vocación al Derecho notarial». A este cuadro de reconocimientos—en el cual existen algunos conocidos míos—le sigue el prólogo del autor, una introducción y diecisiete capítulos, además de las legislaciones notariales de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. La obra lleva un índice bibliográfico de autores y títulos, un esquema de la actividad jurídica del autor y un índice sumarial.

Se me antoja que para dar una versión comprimida del contenido y materias tratadas debo simplificar el número de capítulos y limitarme a señalar las siguientes partes:

a) *El Derecho notarial, el Notariado y la función.*—Creo que aquí, en este epígrafe, caben todos los sucesivos temas que el autor va exponiendo a lo largo de los siete primeros capítulos, que junto con la introducción ofrecen los conceptos básicos del Derecho notarial. Si bien se inicia la publicación con el concepto y contenido del Derecho notarial y el problema de sus fuentes, luego se precisa el origen y evolución histórica, distinguiéndose entre el sistema del Notariado en la América española y Centroamérica a partir de la independencia. Al precisar los diferentes sistemas notariales se estudian el sajón, que los asimila a los funcionarios judiciales o a funcionarios administrativos, y el latino, precisando luego unas proyecciones que el Notariado tiene frente al mundo actual, como mundo sujeto a una posible transformación jurídica, frente a una sociedad tecnológica, y en virtud de exigencias económicas y sociales. Esta proyección se hace a base de los estudios hechos por nuestro inolvidable amigo FORTINO LÓPEZ LEGAZPI, quien, en sendos trabajos aportados a los Congresos X y XI del Notariado, plantea las actuales dimensiones de la función notarial en relación con un mundo moderno en el que, de una parte, surgen los ataques y, de otra, las necesarias adaptaciones al cúmulo de avances logrados por esas exigencias sociales y económicas. El tema de la función notarial cierra esta parte. En él se esbozan los problemas del concepto, la naturaleza y la relación que la misma ofrece al cliente. Se completa el estudio con los inevitables casos de competencia, selección notarial, incompatibilidades, prestación de fianza y la gran justificación de actuaciones autónomas: la responsabilidad (civil, penal y disciplinaria).

b) *El instrumento público y efectos.*—Toda la gran técnica constructiva del instrumento público tiene eco en las numerosas páginas que se dedican a la materia, pues si el concepto se escapa un tanto de una definición concreta surge la fuerza expositiva al hablar de los efectos y de la patología de los mismos.

Con el problema de la validez de los documentos otorgados en países extranjeros se pasa al estudio minucioso de la escritura pública en sus diferentes partes (introducción, cuerpo y conclusión), para luego tocar el

tema de las actas notariales en sus problemas de estructura y clases, terminando con unas referencias a las demás actuaciones notariales.

c) *Estructura del instrumento, reproducción y conservación.*—El epígrafe habla por sí mismo de los temas que se abordan en el texto, pues a las formalidades externas e internas, intervención de testigos, de traductores, se le agregan los problemas de la expedición de copias o «traslados» y sus diferentes requisitos, así como el estudio del protocolo e índices.

No sé si ha quedado claro en las previas palabras que preceden a este esquema de la materia tratada, que el libro de OSCAR A. SALAS debe ser valorado en la medida que los avances investigadores de los países americanos van dando oportunidades a los estudiosos de cada territorio para exponer el fruto de sus experiencias. Encuentro que los diferentes Congresos del Notariado Latino, celebrados durante tantos años, han ido dando un fruto impresionante, hasta tal punto que empieza a ser posible hablar de «madurez». Espero que estos que celebramos en materia de «Derecho registral» logren el mismo resultado y eso pueda ser el comienzo de un resurgir mundial de nuestra institución.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, A.: *Procedimiento económico administrativo*. Guías fiscales. Ministerio de Hacienda. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1974.

En la colección de Guías Fiscales, que el Ministerio de Hacienda está publicando, la idea matriz que las anima la ofrecen las previas palabras de presentación, que dicen: «La intención es, pues, brindar a los funcionarios una especie de manuales de puestos de trabajo que les sirvan de orientación en el desempeño de sus tareas y que les permitan mejorar su rendimiento y su eficaz gestión. Para los profesionales tratamos de que sean un vehículo que les permita conocer cómo trabaja la Administración, de modo que sus relaciones con ella se hagan más fáciles.» Todo ello presidido por el principio de «cohonestar la sencillez con el rigor técnico». En la finalidad ideológica ni el principio que la preside pueden ser más correctos e irreprochables. La primera, en base de que todo lo que sea facilitar elementos de trabajo orientadores de su gestión es digno de elogio. El segundo exige salvar, como bien dijo JOSSEF ESSER, ese gran foso que separa la práctica de la teoría echando tierra en el mismo.

El autor de la obra es Abogado del Estado en la Delegación de Hacienda de Murcia. Ahora ya es el Jefe de la Abogacía. Cuando yo le conocí militaba también en dicha Abogacía y sabía compatibilizar sus obligaciones de funcionario con sus inquietudes jurídicas, puestas de manifiesto en esa tertulia del Casino murciano, en donde si la decoración le acercaba a uno a los tiempos de la dominación árabe, las frases, las palabras y las ideas eran siempre de palpitante actualidad. A poco que se le observe en funciones inspectoras, de comensal, de contemplador de paisajes, de interlocutor o de dialogante, afloran siempre en él las dos ideas matrices que todo jurista debe poseer: la de la legalidad y la de la seguridad jurídica.

Dice el autor en la advertencia que su pretensión es presentar «una exposición sistemática y ordenada del procedimiento económico-administrativo vigente, señalando en forma sencilla y clara las líneas maestras sobre las que se asienta». De su sistemática y de su orden hablaremos luego, pues ahora quiero precisar lo que el autor entiende por sencillez y lo que valoro su claridad. Creo que la sencillez que se predica no está

reñida con la profundidad, y por eso he de destacar cómo el prologuista descubre que en el capítulo relativo a la materia económico-administrativa y a su tratamiento procedimental, el autor «plantea y resuelve cuestiones ciertamente no corrientes, cuales son las derivadas del reconocimiento o liquidación de obligaciones del Tesoro público, tasas y exacciones parafiscales, multas municipales en materias urbanísticas, etc., y con citas de la jurisprudencia disponible».

La materia tratada ha sido siempre propicia a la oscuridad. Creo que la causa de ello residía en esa resistencia que lo administrativo tenía para recibir lo esencialmente jurídico. En el año 1919, el Ordenamiento jurídico alemán recoge por primera vez en un texto legislativo orgánico los principios de la imposición. Desde ese día hasta el presente, dice acertadamente CABANILLAS GALLAS (en su conferencia que clausura la Semana XII de Estudios de Derecho Financiero), los juristas han tratado de dar carácter sistemático al campo de la materia tributaria, y tras una serie de procesos, todos ellos caracterizados por previas operaciones de deslinde, se logra acotar el concepto de «la actividad financiera del Estado» como contenido normal, en su aspecto jurídico, del Derecho financiero, llegando a aislar dentro de éste la rama autónoma del Derecho tributario, entendido genéricamente como el que tiene por objeto «la determinación de los principios generales organizadores de los tributos como fenómenos jurídicos». Creo que aquí es donde reside la claridad de la exposición que nos hace ANGEL SÁNCHEZ: en el manejo abierto y oportuno de una serie de principios base y razón jurídica del precepto comentado.

La obra en su estructura sistemática se divide y expone en veintitrés capítulos seguidos de dos apéndices: el primero referido a los esquemas de recursos y procedimientos más importantes en materia tributaria, y el segundo, a la reproducción del texto actualizado del Reglamento de Procedimientos para las Reclamaciones Económico-Administrativas de 26 de noviembre de 1959, con notas y concordancias. Se acompaña de un índice alfabético del Reglamento y un índice general de la obra. De los veintitrés capítulos de la obra, los dos últimos están destinados a exponer—muy cuidadosamente—una serie de formularios de diligencias y actuaciones de los Tribunales, así como los Libros-Registros y estados o partes periódicos de la actuación de los mismos.

Los estrechos límites en que se ha de mover esta recensión me obligan a comprimir la materia, y en vez de seguir el itinerario marcado por el autor paso a paso, me veo obligado por la necesaria agrupación de materias. Para mí, la obra tiene cinco partes: la primera destinada a los conceptos previos sobre jurisdicción económico-administrativa; la segunda, los presupuestos de la reclamación; la tercera, el examen concreto del procedimiento; la cuarta, los efectos, y la quinta, las especialidades. Precisemos cada una de ellas.

Primera parte.—En esta parcela agrupo los cinco primeros capítulos de la obra, en los que el autor desarrolla la naturaleza, contenido, objeto, principios, fundamento y legislación sobre la jurisdicción económico-administrativa. La idea matriz que guía al autor, y con la que arranca su exposición, es que se está ante un fenómeno administrativo y no jurisdiccional. «Pese al frecuente uso de la expresión 'jurisdicción económico-administrativa' y 'Tribunales económico-administrativos', ello no debe inducirnos a interpretar con error su verdadera naturaleza jurídica, que no es otra que la de una vía administrativa, no jurisdiccional.» Dentro—prosigue el autor—de la teoría de las funciones del Estado, la jurisdicción económico-administrativa pertenece al ámbito de la función ejecutiva o administrativa y no al de la jurisdiccional.

Después de matizar el encuadre de esta función en el Estado de Derecho va precisando sus caracteres, la legalidad tributaria y la teoría de los controles de la misma (político, administrativo y jurisdiccional). En mate-

ria de legislación precisa el carácter especialísimo de la misma frente a la Ley de Procedimiento Administrativo, señalando el orden de prelación (Ley General Tributaria, Reglamento de 29 de noviembre de 1959 y Ley de Procedimiento Administrativo) y la vigencia de las normas sobre régimen local. Incidentalmente plantea el problema de la subsistencia del recurso de reposición (esa especie de brindis que la ley concede al funcionario para que ejerza su facultad de arrepentimiento y vaya o no contra sus propios actos), resolviéndolo favorablemente.

Los temas que sucesivamente va enfocando el autor son los de la precisión de la materia económico-administrativa a través de un examen minucioso de los artículos 1 y 45 del Reglamento, y ya antes apuntamos la profundidad de su estudio. A la materia le sucede la precisión del objeto y el inevitable concepto del acto reclamable o impugnabile, que debe reunir una serie de requisitos para ser tal. Destaca el autor que debe tratarse de un acto por el que se declara o reconocen derechos u obligaciones, o lo que es lo mismo, creador de situaciones jurídicas subjetivas. A la precisión del objeto y del acto le sucede, por último, el examen del principio fundamental que rige en materia de reclamaciones económico-administrativas del Ministerio de Hacienda: la separación entre las llamadas funciones de gestión y las de resolución de reclamaciones, encomendadas a órganos distintos.

Segunda parte.—Dentro de lo que he llamado presupuestos de la reclamación aglutino los capítulos sexto a noveno, en los que el autor va estudiando los requisitos personales y formales. Abre marcha la competencia y la influencia que la misma tiene en la patología del acto. Después de exponer la teoría termina con un organigrama de lo tratado. El autor, con el manejo de conceptos precisos, nos ofrece la teoría de la diferenciación entre capacidad y legitimación, interés y Derecho subjetivo aplicados a la materia. Se tiene capacidad procesal para todos los procedimientos —dice—, se tiene legitimación para cada procedimiento. Igualmente ofrece una muestra de claridad al estudiar el problema de la representación su justificación y la diferencia que separa a la figura con otras. La reclamación colectiva y la precisión de cuándo procede ocupa otro de los capítulos, que da paso al de los requisitos o presupuestos formales de la actuación de la jurisdicción (notificación, plazo, escritos, reintegros, gastos, identificación, domicilio, cuantía, justificación de representación, etc.).

Tercera parte.—En los capítulos once a quince se estudian fundamentalmente todas las incidencias del procedimiento económico-administrativo, que van desde la interposición hasta la terminación normal o anormal del mismo, pasando por la fase probatoria, la subsanación de defectos, petición del expediente, puesta de manifiesto y alegaciones, etc. Como es lógico, en todo este entramado existen estudios especiales no solamente respecto de la forma normal de terminación del proceso o resolución, sino de la renuncia, desistimiento y caducidad, aparte de la figura, ya clásica en el campo de la Administración del silencio, que mis lectores saben he bautizado llamándolo «grosería administrativa»; el autor mantiene que dicha doctrina no juega en este campo de las reclamaciones económico-administrativas por el imperativo legal del «deber inexcusable de resolver» y otra serie de argumentos que el mismo ofrece.

Prevía a esta exposición se hace una disección de tres conceptos genéricos, pero necesitados de precisión: procedimiento, expediente y vía administrativa. El procedimiento no es más que una serie ordenada de actos para la obtención de un efecto jurídico formal. Expediente administrativo no viene a ser más que la constatación documental de la serie de actos que constituyen el procedimiento. Vía administrativa es un concepto más amplio: todo procedimiento es vía administrativa, pero no toda vía administrativa constituye «un solo» procedimiento administrativo.

Cuarta parte.—Está destinada esta parte al estudio minucioso de los efectos del procedimiento económico-administrativo, y a ello dedica el autor los capítulos dieciséis a diecinueve, clasificándolos en efectos que se producen al iniciarse el procedimiento y los que se provocan a su terminación. Entre los primeros destaca el principio de la exclusividad de jurisdicción (excluye, en cuanto a las materias que le están atribuidas, la intervención de toda otra jurisdicción) y estudia los problemas de los conflictos de competencia, los jurisdiccionales propiamente dichos y los de atribución. Otro de los efectos iniciales es el de la suspensión del acto impugnado (a instancia de parte) y el tan discutido principio del *solve et repete*, tan duramente criticado por el Tribunal Supremo.

En la fase de conclusión del procedimiento, la materia de efectos se resuelve en los recursos que pueden interponerse (ordinarios y extraordinarios) examinándose la alzada y la revisión, así como los problemas de firmeza, cosa juzgada y ejecución de la resolución.

Quinta parte.—Destinada a las especialidades del procedimiento abarca dos capítulos, que se refieren al procedimiento dentro de la legislación de Haciendas Locales (cosa que posiblemente desaparezca en una nueva regulación) y en las Cooperativas a través de su propio Estatuto, aprobado por Decreto de 9 de mayo de 1969.

Aunque la materia encabeza la publicación, hemos dejado para lo último la cita del magnífico prólogo que el doctor CÉSAR ALBIÑANA GARCÍA, del Instituto de Estudios Fiscales, estampa en la publicación. En él se hace una disección anticipada de este libro, que en verdad hubiera tenido que copiar literalmente a efectos de que me hubiera servido como recensión. No lo hice porque quería ofrecer al autor una versión menos técnica y más humilde, pero puramente personal, de esta obra, que, como las ideas, me tiene que acompañar siempre en mi actividad profesional.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS: *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*. Editorial Tecnos. Madrid, 1975.

La obra de VILLAR PALASÍ: *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, constituye una aportación trascendental al estudio de la interpretación en el marco del Derecho y de la lógica conectados con el concepto de estructura.

Estudia la norma y los hechos, las paradojas de los métodos de interpretación jurídica, los argumentos lógicos, la interpretación extensiva y restrictiva, la estructura de poder y la interpretación. Afirma que todas las pretensiones de jerarquizar los instrumentos interpretativos han resultado a lo largo de dos mil años fallidas, por lo que parece existir una aporía en dicha jerarquización y no puede estimarse como tal la nueva redacción del Título Preliminar del Código civil.

Señala como notas fundamentales de la estructura la totalidad de razón, la autorregulación, la transformación y la relación interna de elementos, e intenta la explicación valorativa de la estructura desde fuera de la misma.

Trata con relativa amplitud la interpretación en función de las lagunas legales: «La formalización de un sistema de fuentes implica la exclusión de las lagunas del Derecho. No ocurre otro tanto con las llamadas lagunas de la ley que pueden darse, siendo el medio idóneo más inmediato de salvarlas la investigación analógica.»

En el capítulo relativo a «la interpretación operativa e integrativa» trata de los principios generales del Derecho y su distinción con las máximas jurídicas. Resulta destacable su afirmación de que el principio general de Derecho no es estático ni permanente, sino que responde a la ideología social, y es la penetración en tal ideología de valores predominantes en la sociedad e incluso de los mitos aceptados en cada país y en cada momento del ordenamiento jurídico.

Dice que principio es tanto como comienzo. CICERÓN utilizó ya el término *principium juris*, aunque su sentido actual provenga, según DE CASTRO, de RAIMUNDO LULLO. Es el comienzo de la ordenación de las ideas. Todo principio se sitúa en el mundo ideal de los valores y, a la vez, en el mundo real, de donde surgen dos consecuencias: la primera es que hay entre estos dos mundos una relación, que determina que los principios generales no sean inmutables, y la segunda, fruto de la anterior, es que el mundo de los valores continúa «valiendo de suyo», pero la aceptación de estos valores depende de la ideología o del consenso.

El principio general se concibe a veces como axioma, como deducción o como generalización de hechos experimentales. El conocimiento de los principios generales es indispensable para comprender la construcción de un sistema jurídico que se presenta atomizado en múltiples reglas. Se pueden provocar conflictos de prioridad entre los distintos principios, pero éstos no actúan separados. Afirma que el Derecho no sólo es normativo, sino también formalista y sistemático, por lo que aunque una ley o muchas recojan positivamente el principio, éste deviene general incluso para los supuestos en que no exista regulación normativa expresa. Es el auténtico espíritu de las leyes.

La parte más extensa de la obra se dedica al estudio de «los argumentos lógico-formales y los apogemas lógico-decisionales», tratando con cierta extensión de la analogía, el *argumentum a simile* y la *extensio ad similia*, el *argumentum e silentio* y *lege non distinguente*, los argumentos *a fortiori* y *a pari*, las dificultades planteadas por las normas permisivas y prohibitivas, el argumento de paralelismo de conjunto homomorfos, el argumento *ad absurdum*, la posible logización del Derecho y el Derecho como ciencia y los límites internos y externos de la lógica jurídica. Señala que durante dos mil años los cultivadores de las ciencias naturales estuvieron supeditados—e infravalorados—al filósofo y al jurista. SANTO TOMÁS, NEWTON y LEIBNIZ se ocuparon de la Química, pero lo ocultaron ante esa enorme presión social que consideraba a estas actividades de segundo orden. Han pasado siglos y los descubrimientos más revolucionarios han partido de estos segundones desheredados, mientras la filosofía y el humanismo han ido cayendo en la acrimonia histórica. Pero un naufragio del humanismo implicaría una atrofia de los impulsos creadores del espíritu y afectaría en sus razones vitales a la misma técnica. El Humanismo, la Filosofía y el Derecho han de desarrollarse en mayor proporción que la técnica, aumentando su cometido y responsabilidad.

La obra que nos ocupa no es una obra corriente; nosotros nos atrevíamos a calificarla de excepcional. En ella vierte su autor un enorme caudal de conocimientos jurídicos (gran parte de los cuales se traducen en un ingente número de notas) y extrajurídicos, con continuas alusiones a la Filosofía, la Matemática, la Historia, la Literatura y otras ciencias. Con el fin de facilitar la comprensión de materia tan abstrusa recurre con cierta frecuencia a representaciones gráficas y algebraicas, que no pueden evitar que se trate, en general, de una obra difícil, a pesar de estar dotada de una amenidad no frecuente en trabajos de esta naturaleza.

Si algún defecto podemos encontrar es de tipo formal. Concretamente estamos pensando en la continua utilización de barbarismos y neologismos, en nuestra opinión injustificada en su mayor parte, que hacen difícil su comprensión, debiendo adivinarse con frecuencia el significado de algunas

expresiones. Así, emplea la palabra basilar por ¿básicas?, complitud por ¿perfección?, operador jurídico por intérprete o jurista, apoyatura por apoyo, penalizar por penar o sancionar, silogismo decisonal por silogismo decisorio, intercurrentemente por ¿concurrente?, transparece por transparente y otros, como anfiar, cuyo significado no hemos podido adivinar ni encontrar en el *Diccionario de la Real Academia* porque, naturalmente, no está. Todo esto resulta más sorprendente si tenemos en cuenta que en la página 89 del libro que comentamos se recogen unas palabras de don NICOLÁS PÉREZ SERRANO, que constituyen una alabanza del estilo claro y cuidado.

No obstante, estos defectos del lenguaje no disminuyen un ápice el mérito de la obra comentada, que consideramos fundamental a partir de este momento en todo estudio sobre la interpretación que pueda hacerse en el futuro, y más si se tiene en cuenta que los apogemas jurídicos son estudiados con referencia a las distintas épocas históricas, sin saltos, como suele ocurrir frecuentemente, ya que los autores en esta materia suelen pasar del Derecho romano a nuestros días. Como nota de actualidad cabe destacar las frecuentes alusiones al nuevo Título Preliminar del Código civil.

CELESTINO A. CANO TELLO

