

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año XLVIII • Marzo - Abril 1972 • Núm. 489

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

Excmo. Sr. D. Pío Cabanillas Gallas.

Ilmo. Sr. D. Pedro Cabello de la Sota.

Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo.

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo.

Ilmo. Sr. D. Gínés Cánovas Coutiño.

Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.

Excmo. Sr. D. José Poveda Murcia.

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchiz; y

Sr. D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

Sr. D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

Sr. D. Fernando Muñoz Cariñanos.

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

Depósito legal: M. 968 - 1958

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

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

"Notas sobre el embargo de los derechos de traspaso y retorno arrendaticio y su posible anotación preventiva", por CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA	253
"Deudas y cargas en los Impuestos de Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales. El tema de las adjudicaciones", por PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS	285
"Algunos aspectos fiscales y sustantivos en materia de viviendas de protección oficial", por JESÚS ALVAREZ BELTRÁN	337

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 CABALEIRO	375
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, ENRIQUE CALATAYUD LLOVET, ELÍAS IZQUIERDO MONTORO y FRANCISCO CASTRO LUCINI	411
2. Jurisprudencia procesal, por JOSÉ M. ^a CHICO ORTIZ y ELÍAS IZQUIERDO MONTORO	446
3. Jurisprudencia Contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	453
III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS	459

LIBROS:

"Sociedades Anónimas (Las acciones)", de ALEJANDRO BÉRGAMO, por JOSÉ SERRANO TERRADES	469
"Droit commercial Europeen", de BERTHOLD GOLDMAN, por ADOLFO COLLANTES	475
"Consultas de la Corte Suprema de Justicia sobre Derecho Hipoteca- rio, de IVÁN ESCOBAR FORNOS, por JOSÉ M. ^a CHICO ORTIZ	478
"Estudios de Derecho Urbanístico", de JOSÉ MARTÍN BLANCO, por JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA	480
"Il Diritto di Famiglia in Italia", de PAOLO UNGARI, por LUIS CASTELLS MARTÍNEZ	488
REVISTAS	503

ESTUDIOS

Notas sobre el embargo de los derechos de traspaso y retorno arrendaticio y su posible anotación preventiva

SUMARIO: *Planteamiento y antecedentes de la cuestión:* 1. Discusiones acerca de la embargabilidad del traspaso.—2. Tesis afirmativa.—3. Hipoteca del arrendamiento.—4. El problema respecto del retorno.—*La inadecuación de los derechos arrendaticios con la estructura y función del Registro de la Propiedad:* 1. Derechos susceptibles y no susceptibles de trascendencia registral.—2. Naturaleza del traspaso.—3. Idem del retorno.—4. Características más destacadas de ambos en el aspecto hipotecario.—5. Finalidad de la inscripción de arrendamientos.—6. Significado y eficacia del artículo 15 del Reglamento Hipotecario.—7. El problema de la anotación de embargo. 8. Conclusión.—*Soluciones al problema:* 1. El Registro especial de Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión.—2. El artículo 68 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria.—3. La Resolución de la Dirección General de Registros de 7 de julio de 1964.—4. Mecánica y efectos de la anotación. 5. Relación con el Registro de la Propiedad Inmueble.—6. Necesidad de reorganizar de un modo completo la publicidad.—*Conclusiones.*

PLANTEAMIENTO Y ANTECEDENTES DE LA CUESTION

Dada la gran trascendencia económica que el arrendamiento urbano —sobre todo, los derechos y facultades que la legislación especial atribuye al locatario— tiene en nuestra época, la cuestión relativa al embargo de los derechos arrendaticios de traspaso y retorno y, subsiguientemente, la posibilidad de anotar tal embargo trabado en el Registro han adquirido gran importancia teórica y práctica, si bien en su planteamiento se observan numerosas confusiones, sobre todo, por lo que atañe al aspecto

puramente registral, que a lo largo de las siguientes páginas intentaremos, en lo que esté a nuestro modesto alcance, aclarar en lo posible.

1. Los antecedentes de la cuestión, prescindiendo de la tímida declaración de principios que en orden al traspaso estableció el Decreto de 21 de enero de 1936, se remontan a la publicación de la Ley especial sobre Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946 y de su texto articulado, aprobado por Orden de 21 de marzo de 1947. Se suscitó entonces viva polémica, sobre todo, en el campo procesalista, acerca de si el derecho de traspaso era o no embargable; autores tan destacados como PRIETO CASTRO y RODRÍGUEZ SOLANO se pronunciaron rotundamente por la postura negativa, llegando a afirmar el primero de ellos que «el derecho de traspaso no es embargable, porque no es un derecho, sino una simple expectativa; menos aún que una expectativa: es una simple posibilidad que depende de la voluntad del arrendatario y, además, puede hacerse ilusoria por la resolución del contrato o nexo arrendaticio entre propietario y arrendatario». Otros argumentos de esta tesis negativa son, en síntesis:

1.º Que el derecho de traspaso es personal, privativo y libérrimo del inquilino, a quien nadie puede obligar a que contra su voluntad efectúe un traspaso.

2.º Que lo único que adquiere el rematante por subasta de un derecho de traspaso es la simple facultad de recibir el precio de traspaso cuando el arrendatario tenga a bien traspasar; por eso se considera aberrante la interpretación que estima que el rematante de un derecho de traspaso recibe la facultad de tomar posesión del local, poniendo en la calle al arrendatario deudor (ejecutado), como si adquiriese un derecho de lanzamiento. La expulsión del arrendatario del local sólo puede lograrse en juicio de desahucio y no en un procedimiento diferente, como es el ejecutivo.

3.º La fácil frustración de la efectividad del traspaso vendido en subasta si, mientras el litigio se ventila, el propietario, por falta de pago o por cualquier causa de excepción a la prórroga forzosa, ha recuperado la posesión del local de su propiedad.

4.º La gran dificultad de dar exacto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley especial (la entonces vigente de 1947, idéntico, en lo sustancial, al artículo 32 del vigente texto refundido). -

En contra de esta postura, otros procesalistas ilustres, como FENECH y ESPUNY, y numerosos comentaristas de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en lo sucesivo L. A. U.), como VÁZQUEZ, CONDOMINES, CARNICERO Y GARRALDA y ABELLA, mantuvieron la tesis favorable a la em-

bargabilidad y ejecutoriedad del derecho de traspaso reconocido legalmente al arrendatario de local de negocio, basándose, en esencia:

1.º En que el derecho de traspaso es un derecho patrimonial y embargable, en base a los artículos 1.111 y 1.911 del Código Civil y 1.447 de la Ley Procesal.

2.º En que aunque el derecho de traspaso, en sí mismo considerado, no fuera susceptible de adjudicación en pública subasta sin cumplir las prescripciones legales y sin contar con la aquiescencia del arrendador, lo sería la adjudicación al rematante de la potestad de impeler al locatario a utilizar sus facultades o a subrogarse en la iniciativa de aquél para realizarlo, porque tal derecho es un bien patrimonial enajenable, como lo es el goce de un censo, una servidumbre u otro semejante.

3.º La posibilidad que la propia L. A. U. admite de la transmisión en pública subasta, en los artículos 48, 53 y 54 (actuales arts. 36 y 41 del texto legal vigente).

Para un más amplio examen de los argumentos de ambas contradictorias tesis, sobre las que ya se ha hecho notar el paso del tiempo, pueden consultarse los trabajos publicados por los cuatro autores citados en primer lugar en los números de la *Revista de Derecho Procesal* correspondientes a los años 1949 y 1950; y, asimismo, respecto de los problemas procesales que el embargo del traspaso plantea, la moderna obra de REYES MONTERREAL, *El llamado juicio ejecutivo en la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Barcelona, 1960, págs. 845 y sigs.), adonde remitimos al curioso lector para no alargar innecesariamente los límites de este pequeño estudio.

2. A nuestros efectos, baste afirmar que la tesis favorable a la posibilidad de embargo y ejecución forzosa del derecho de traspaso es la predominante en la actualidad. Incluso ha tenido consagración legislativa, pues, a partir de la primera ley especial sobre la materia, los sucesivos retoques introducidos en el texto legal han superado en su mayor parte las dificultades de tipo procedimental que habían destacado los detractores de la tesis permisiva. Así, el artículo 33 del texto refundido vigente establece que «en el caso de ejecución judicial o administrativa se notificará de oficio al arrendador la mejor postura ofrecida en la subasta o, en su caso, la cantidad por la que el ejecutante pretenda la adjudicación. La aprobación del remate o de la adjudicación quedará en suspenso hasta que transcurra el plazo señalado para el ejercicio del derecho de tanteo. En el mismo caso, la obligación de contraer el compromiso a que se refiere el número 2.º del artículo anterior (el de permanecer en el local un año como mínimo) se con-

signará en los edictos anunciadores de la subasta. La entrega del local al rematante o adjudicatario llevará consigo el *lanzamiento del ejecutivo*, en su caso».

También se afirma tal posibilidad de apremio en los artículos 130, número 5.º; 136, número 9.º, y concordantes del vigente Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968 (que recoge lo que ya disponía el antiguo Estatuto de Recaudación de 1948 en sus artículos 88, núm. 5.º, y 89, núm. 3.º), desarrollados en los aspectos prácticos y concretos de la forma de efectuar la valoración del traspaso, notificación al arrendador, etc., por las reglas (especialmente las 80, 82, 84 y 85) de la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad de 24 de julio de 1969. Se encuentra aquí una posible fuente, quizá en el futuro copiosa, de mandamientos de embargo de derechos de traspaso.

En el terreno jurisprudencial también se ha afirmado la posibilidad de los embargos trabados sobre el derecho de traspaso a partir de las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1952 y, sobre todo, la de 18 de junio de 1953, que fija las condiciones que en el traspaso deben cumplirse para posibilitar al arrendador el ejercicio de las facultades de tanteo y retracto, hoy reguladas por el artículo 33 de la L. A. U. vigente, antes transcrito. Otras Sentencias más recientes en la misma línea son, por ejemplo, las de 27 de enero y 20 de abril de 1960, que más adelante tendremos ocasión de examinar.

4. En el campo hipotecario y registral, la cuestión subió un escalón más, y lo discutido no fue la posibilidad de embargar derechos arrendaticios, sino la posibilidad de hipotecar el propio arrendamiento. El problema se planteó ya en las todavía—a pesar del paso del tiempo—interesantes Resoluciones de la Dirección General de 12 de marzo de 1902 y 15 de junio de 1929, y fue discutido, con opiniones divergentes, por BARRACHINA, MORELL y ROCA. La tesis decididamente favorable a la posibilidad de tal hipoteca fue apuntada por LADISLAO GARCÍA-ARANGO en su trabajo «Hipoteca de arrendamiento de inmuebles», publicado en esta misma REVISTA (núms. 243-244, de agosto-septiembre de 1948), y desarrollada magistralmente por VALLET en su conocida obra *Hipoteca del derecho arrendaticio, especialmente de empresas y locales de negocio*, publicada en Madrid en 1951. Sin embargo, no tuvo la misma suerte que la anteriormente examinada, e incluso publicada la vigente Ley de Hipoteca Mobiliaria de 16 de diciembre de 1954, existe un texto legal que, en principio, zanja la cuestión, negando la hipotecabilidad del arrendamiento en la forma ordinaria. En efecto, la Exposición de Motivos de la citada ley afirma literalmente que «debe consagrarse preferente atención al establecimiento como base física de la empresa, como elemento más permanente de la misma y como bien que, en nuestra vida

real, es por sí sola objeto de posible transmisión y tiene un valor intrínseco y objetivo, en cierto modo independiente de la actividad del comerciante y de los demás elementos de la empresa. Por estas razones, y habida cuenta de los precedentes de Derecho Comparado y del proyecto de Código de 1926, el objeto fundamental y directo de la hipoteca es el establecimiento mercantil. Su hipotecabilidad no deriva de ser uno de los elementos de la empresa, sujeto al gravamen como los demás, sino que es la base del derecho real; es el soporte objetivo de la hipoteca, que, apoyada en él, puede extenderse a otros elementos de aquélla.

Para que el establecimiento sea hipotecable se precisan dos requisitos: que el hipotecante sea su titular—dueño o arrendatario—y que no tenga limitada la facultad de traspasar. La titularidad más frecuente del establecimiento mercantil deriva del arrendamiento; sin embargo, se ha estimado conveniente permitir al dueño que explota su propio local industrial o comercial acogerse a esta forma de garantía, pues no debe ser para ello de peor condición el industrial o comerciante que desarrolla su actividad en un inmueble propio que el que lo hace en un local arrendado. La hipoteca constituida por el dueño sobre el establecimiento será por completo independiente de la que pudiera constituir sobre el inmueble de su propiedad: de aquí el precepto que establece que quien adquiera el establecimiento mercantil hipotecado, en virtud de ejecución, tendrá el carácter de arrendatario del local en los términos previamente establecidos en la escritura de constitución de la hipoteca. De esta suerte, a quien en su propio local ejerce la industria o el comercio se le ofrecen dos posibilidades de garantía: *la hipoteca inmobiliaria sobre la finca y la mobiliaria sobre el establecimiento*».

No obstante, esta disyuntiva planteada por la Ley de Hipoteca Mobiliaria (desarrollada en forma imperativa por los arts. 19, 20, 25 y siguientes de la misma), algún autor, como VALLET («Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión», *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio de 1955, págs. 31 y sigs.), sigue manteniendo la tesis de la posibilidad de hipoteca inmobiliaria del arrendamiento inscrito en el Registro de la Propiedad, extensiva a determinados elementos de la explotación que se verifique en el bien arrendado. No obstante la enjundia y hondura de la argumentación del ilustre Notario, sinceramente creemos que el centro de gravedad de la posibilidad de hipotecar el arrendamiento se ha desplazado legalmente al campo de la hipoteca mobiliaria, regida por su ley especial (en lo sucesivo L. H. M.), sobre todo, si tenemos en cuenta que, conforme al artículo 20 de la misma, el contenido de tal hipoteca de establecimiento puede quedar reducido precisamente a sólo el derecho de arrendamiento del local, de

no haber instalaciones fijas y permanentes pertenecientes al titular del establecimiento. En este mismo sentido observa CAMY (*Cómentarios a la legislación hipotecaria*, vol. IV, pág. 47) que la hipoteca de establecimiento mercantil puede quedar reducida «a sólo la del derecho de traspasar, si no se pactare la inclusión en ella de las mercaderías y materias primas, pactándose, en cambio, la no inclusión del nombre comercial, etc., y la de las máquinas, mobiliarios, etc., y no perteneciesen al titular del establecimiento las instalaciones fijas y permanentes, pues en estos casos la hipoteca comprenderá *necesariamente* el derecho a traspaso, el cual ha de ser objeto de la hipoteca mobiliaria en cualquier supuesto de ésta».

Aparte de todo ello, la L. H. M. ha venido a aclarar la cuestión, e incluso proporciona la solución posible a la misma, abriéndole un nuevo cauce, como después veremos con detalle.

5. Por lo que respecta a la otra facultad arrendaticia, la de retorno, concedida por el artículo 81 de la L. A. U. al inquilino de viviendas o arrendatario de locales de negocio, cuya constancia registral regula el artículo 15 del Reglamento Hipotecario, también puede plantearse, y de hecho se ha planteado (véase la Nota del Seminario de Derecho Hipotecario de Valladolid-Salamanca, publicada en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores* del mes de abril de 1970), la problemática de su posible embargo.

Tratándose del derecho de retorno concedido al inquilino de vivienda, no se plantea en realidad grave problema, toda vez que el artículo 23 de la L. A. U. prohíbe taxativamente la cesión de vivienda a título oneroso, por lo que no es posible, en buenos principios, embargar dicho derecho de retorno, dado que el embargo y subsiguiente ejecución provocan, por vía indirecta, la cesión por precio del arriendo.

Asimismo, en los arrendamientos a que se refieren los números 2.º y 3.º del apartado segundo del artículo 5.º de la misma Ley (depósitos y almacenes, escritorios y oficinas), en los cuales, según expresamente preceptúa el artículo 30, «el arrendatario... no tendrá derecho de traspaso», hay que entender que tampoco cabe embargar el posible derecho de retorno sobre los mismos, pues la ejecución provocaría un cambio en la titularidad del arrendamiento, semejante al que produce el traspaso, efecto este negado por la ley para estos locales.

Así, pues, sólo puede especularse con la posibilidad de embargar derechos de retorno en los demás arrendamientos de locales de negocio, y así lo admite, en principio, la Nota del Seminario de Derecho Hipotecario de Valladolid-Salamanca, antes citada, aplicando por analogía al retorno las normas legales que regulan la ejecución del derecho de traspaso; en efecto, trabado el embargo sobre el derecho de retorno y

seguida la ejecución, «al finalizar el juicio, la reinstalación en el nuevo local de negocio se concederá judicialmente al acreedor, siempre que fueren cumplidos los dictados del artículo 33, número 1.º—notificación al arrendador—de la Ley de Arrendamientos Urbanos»...

En resumen, y como final de este breve bosquejo, cabe afirmar que, tratándose de locales de negocio, parece posible, en principio, el embargo judicial o administrativo de las facultades de traspasar y retornar al inmueble reconstruido, concedidas por la ley especial al arrendatario de los mismos. Aceptada esta premisa, que, sin embargo, no deja de ofrecer graves inconvenientes, sobre todo por lo que respecta al retorno, lo que realmente interesa es si tal embargo puede anotarse en nuestro Registro de la Propiedad, según pasamos a examinar.

LA INADECUACION DE LOS DERECHOS ARRENDATICIOS CON LA ESTRUCTURA Y FUNCION DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. En nuestro personal criterio, y según trataremos de exponer en las siguientes páginas, el arrendamiento en general, y concretamente el arrendamiento urbano, y los derechos, facultades y obligaciones derivados del mismo, encajan mal en el sistema de nuestro Registro de la Propiedad, destinado a la inscripción de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

De ahí, quizá, la pobre, imprecisa y, en ocasiones, contradictoria normativa que rige las relaciones entre ambas instituciones, fenómeno un tanto extraño si se tiene en cuenta que otras materias reguladas por leyes especiales (Minas, Montes, Expropiación Forzosa, Propiedad Horizontal, Aguas, etc.) han tenido la adecuada repercusión y el específico tratamiento en la legislación hipotecaria, sobre todo, después de la reforma del Reglamento verificada en 1959.

Y es que los problemas son de fondo: soslayando de propósito el examen de la tan debatida y manida cuestión de la naturaleza personal o real del arrendamiento, cabe afirmar que el derecho arrendaticio en sí y las facultades derivadas del mismo, como personales que son, encajan mal en un Registro de la Propiedad destinado a publicar titularidades y gravámenes de naturaleza real. Sin que obste a esta afirmación el hecho de que en la actualidad la clásica distinción entre derechos reales y personales tenga, como vulgarmente se dice, muy «mala prensa» y tienda a ser sustituida por la de derechos «susceptibles y no susceptibles de trascendencia registral», o sus equivalentes o análogas de derechos «registrables y no registrables», «susceptibles o no de publicidad»,

etcétera. Estas modernas clasificaciones—con las que se pretende explicar el hecho cierto de que, en ocasiones, tengan acceso al Registro derechos que no son de naturaleza real, como la opción, o bien que la Institución proteja situaciones y titularidades no reales, o simples instancias judiciales, principalmente a través del cauce de la anotación preventiva—deben ser entendidas rectamente, so pena de incurrir en un simple juego de palabras o rótulos, o en una absurda petición de principio. En efecto, la categoría de «derecho registrable o susceptible de trascendencia registral» ha de determinarse de acuerdo con normas objetivas, para conceder el acceso al Registro sólo a aquellos derechos que reúnan determinadas características, adecuadas al tipo de publicidad que la institución realiza. Y, precisamente, el derecho-tipo, para el cual está pensado, adecuado a sus características y dinámica, el Registro de la Propiedad, es el derecho real inmobiliario. El es el *derecho típicamente susceptible de trascendencia registral*, lo cual no obsta a que el Registro proteja también derechos o situaciones carentes momentáneamente de enjundia real, pero destinados, más pronto o más tarde, a convertirse en auténticos derechos reales; de no ser así, se cancelarán, y serán expulsados o borrados del cuerpo tabular.

Admitir principios distintos implicaría desnaturalizar la función del Registro de la Propiedad, destinado a la publicidad de las relaciones reales inmobiliarias, conforme proclama el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de que los derechos no susceptibles de trascendencia desde el punto de vista o a través del Registro de la Propiedad puedan tenerla en otros Registros, como el Mercantil, el de Hipoteca Mobiliaria, el de Venta a Plazos de Bienes Muebles, el de Arrendamientos Rústicos u otros especiales que pudieran crearse.

En definitiva, y como ocurre en tantos órdenes de la vida, la especialización de la publicidad registral se impone, y cada Registro ha de tener su objeto propio y específico, sin mengua de la oportuna coordinación, y sin que sea deseable, por ningún concepto, convertir el de la Propiedad Inmueble en embarullado «cajón de sastre» al que tenga acceso cualquier relación o situación jurídica, con tal que haga referencia, siquiera sea indirecta, imprecisa y distante, a algún inmueble.

Entrando ya en un examen más pormenorizado de las dos facultades de traspasar y retornar concedidas por la Ley especial al locatario, ambas se mueven en el puro campo obligacional de relaciones recíprocas que ligan a ambas partes contractuales y, en pura doctrina, no pueden configurarse como verdaderos derechos autónomos, sino como simples facultades, dentro del especial estatuto jurídico en que se encuadra el

arrendamiento urbano y que suponen, como después veremos, una grave alteración de los principios clásicos de nuestro Derecho Común.

2. El traspaso supone la cesión onerosa, definitiva y total del contrato de arrendamiento del local, hecha por el arrendatario a un tercero, el cual queda subrogado en los derechos y obligaciones nacidos de tal contrato. No obstante la defectuosa técnica de la L. A. U., en su artículo 29, al referirse a la «cesión de los locales», la doctrina más general—entre otros, CASTÁN y CALVILLO, OSSORIO MORALES y VALLS y TABERNER—, afirma que en realidad el objeto del traspaso no es ni el local arrendado ni el uso o goce del mismo, sino el propio contrato de arrendamiento, como un todo, comprendiendo tanto los derechos como las obligaciones derivadas del mismo. El cesionario asume frente al arrendador la posición contractual del anterior arrendatario cedente, produciéndose una verdadera transmisión en bloque de derechos y obligaciones, no obstante la cual el contrato de arrendamiento permanece vivo e idéntico y sigue regulando el posterior desarrollo de las relaciones arrendaticias entre el arrendador y el nuevo arrendatario, como si la persona de éste no hubiera cambiado.

Y todo este proceso se lleva a cabo sin necesidad del consentimiento del arrendador, a quien, por la sola voluntad del arrendatario, y salvo las facultades resolutorias de tanteo y retracto, se le impone en el contrato un arrendatario distinto, cuyas circunstancias personales, solvencia y responsabilidad pueden ser diversas e, incluso, no merecer confianza. De ahí que ya FUBINI («La pretendida propiedad mercantil», *Revista de Derecho Privado*, 1929, págs. 33 y sigs.) combatiese la idea de que el «derecho al arriendo» invocado por los inquilinos comerciantes, en base a la creación por ellos de un nuevo valor incorporado al inmueble, pudiera prevalecer sobre el derecho de propiedad o dominio del dueño del inmueble.

Y es que, en realidad, como observa OSSORIO MORALES («Notas sobre el traspaso de local de negocio», publicado en esta misma REVISTA CRÍTICA, septiembre-octubre de 1965, págs. 1081 y sigs.), en la mayoría de los casos «el que adquiere un local mediante traspaso no lo hace porque le interese aprovechar el valor que el local ha adquirido como consecuencia de la anterior actividad mercantil o industrial desarrollada en él por el cedente, sino tan sólo como medio de procurarse un local que necesita. Y sólo en función de la necesidad que tiene de un local y de la que siente el arrendatario de desprenderse del mismo se fija el precio. Prácticamente, cuando el arrendatario se limita a traspasar el local, la cantidad que el cesionario paga representa pura y simplemente, en la mayoría de los casos, una prima que éste abona para procurarse un local en que establecerse, y que de otro modo no podría conseguir.

En cambio, la figura del traspaso de local de negocio adquiere singular relieve jurídico y responde a la función que determinó su admisión, si se la contempla en relación a la transmisión de la empresa, de la cual es en muchos casos el traspaso del local un complemento indispensable. Así ocurre en todos aquellos casos en que la sede material de la empresa está constituida por un local arrendado».

Claro es que en este supuesto de transmisión de la empresa—concebida, según la tesis del profesor URÍA, como modo de actividad jurídica que tiene por instrumento el establecimiento mercantil—el problema se desplaza ya fuera del ámbito del Registro de la Propiedad, para pasar al especial del Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión, como después veremos en detalle.

El hecho de prescindir casi en absoluto—con excepción violenta al artículo 1.205 del Código Civil—de la voluntad del arrendador o dueño del inmueble (salvo siempre los derechos de tanteo y retracto) constituye una de las notas más destacadas de la regulación legal del traspaso, y como dice también el autor últimamente citado, «constituye un principio verdaderamente revolucionario en el ámbito de la contratación y del Derecho Privado», cuya justificación, según la exposición de la Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946, es «tan simplista como falta de consistencia». En efecto, «es más que dudoso que la premisa cierta de que parte la ley—existencia de un fondo comercial o patrimonio mercantil—deba conducir necesariamente a la consecuencia de reconocer al arrendatario la libre facultad de ceder el contrato sin intervención de la voluntad del dueño de la finca, pues si bien es cierto que al hacerlo está el arrendatario disponiendo de un valor que es suyo (de una riqueza creada por él en el local con la inversión de capital y actividades), no cabe desconocer *que dispone también de algo que es del arrendador*, o que, por lo menos, afecta al derecho de éste, como es la garantía que en concepto de acreedor le corresponde sobre el patrimonio del arrendatario, y que, mediante la subrogación de un tercero como arrendatario en el contrato, puede resultar disminuida o burlada. El hecho de que el cesionario haya de explotar obligatoriamente en el local negocio de la misma clase que el que venía ejerciendo el arrendatario cedente nada resuelve ni garantiza al arrendador, pues la responsabilidad del primitivo arrendatario no estaba integrada sólo por el patrimonio mercantil o fondo comercial—que es, en todo caso, lo que queda adscrito al local al verificarse el traspaso—, sino por todos sus bienes presentes y futuros y la solvencia del nuevo arrendatario puede ser muy distinta, con la consiguiente repercusión o riesgo para el arrendador».

A estas palabras del ilustre profesor añadiríamos que sería, además, interesante conocer la eficacia que en la práctica despliega la obliga-

ción impuesta legalmente al cesionario de continuar en el local por un año con negocio de la misma clase, obligación que parece descuidarse, pero afirmada también por la doctrina y la jurisprudencia (véase a estos efectos la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1958).

3. Por lo que respecta al retorno, consiste éste, como es sabido, en la facultad concedida por la Ley al inquilino o arrendatario que haya de desalojar la vivienda o local arrendado, por causa de derribo del inmueble, de volver a ocupar, por el mismo título de arrendamiento, una vivienda o local de negocio en el nuevo edificio que se construya, análogos a los que ocupaba en el derruido.

La naturaleza jurídica del retorno ha sido discutida, y algunos autores, como FUENMAYOR y ALBALADEJO, estiman que implica simplemente un derecho de preferencia para contratar un nuevo arrendamiento, que sustituye al extinguido por causa del derribo; esta tesis es, sin duda, la más ajustada a la letra de la ley, pues no cabe duda que la L. A. U., en sus artículos 62 y 114, configura el derribo del edificio entre las causas de excepción a la prórroga, y éstas, a su vez, como causas de extinción del contrato de arrendamiento. Por ello, el contrato de arrendamiento cuya prórroga se deniega por causa de derribo se extingue (según el precepto legal, «el contrato de arrendamiento urbano... podrá resolverse a instancia del arrendador...»), aunque el arrendatario adquiera derecho a celebrar otro para entrar en una nueva vivienda o local del inmueble reedificado.

Sin embargo, la tesis que parece predominar, sustentada, entre otros, por LACASA, DÍEZ-PICAZO, LA RICA y ROCA, ve en la fase de retorno una situación de suspensión temporal del contrato mientras se realizan las obras de reconstrucción; es decir, se mantiene el contrato de arrendamiento, y el llamado derecho de retorno, como dice DÍEZ-PICAZO («Protección registral del derecho de retorno», *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre, 1961, págs. 589 y sigs.), «constituye sólo el contenido especial de la relación arrendaticia durante una de sus fases, y, en este sentido, puede configurarse como un derecho y un deber que recaen sobre una prestación: la prestación del retorno». No se nos aclara con ello cuál es la íntima naturaleza de tal derecho, aunque sí se destaca—y esto es lo interesante a nuestros efectos—su contenido puramente obligacional.

Por su parte, el Tribunal Supremo parece acoger la tesis que doctrinalmente predomina, y en las Sentencias de 4 de julio de 1955, 25 de enero de 1956 y 28 de junio de 1961, entre otras, afirma que el derribo del inmueble produce para el arrendatario una opción entre dos derechos: el de extinguir el arrendamiento, con percibo de una indemnización, o el de ocupar, *por el mismo título de arrendamiento*, una vivienda

o local de negocio en el nuevo edificio que se construya, análogos a los que hubiese ocupado en el derribado. En este mismo sentido favorable a la suspensión del contrato se pronuncian las Sentencias, más recientes, de 1 de abril de 1966 y 20 de enero de 1969.

Considerando así el retorno, como fase especial del arrendamiento que no implica extinción de la relación arrendaticia, sino que presupone la continuación de la misma, ello significa—como antes vimos que también ocurría con el traspaso—una alteración de los principios generales del Derecho Común: en efecto, en el terreno teórico se hace difícil concebir que la relación arrendaticia continúe viva e idéntica, no obstante la modificación del objeto de la misma y la imposibilidad, siquiera sea temporal, del goce o uso del local arrendado, que es de esencia al contrato de arrendamiento; por otro lado, la prestación en que el retorno consiste se articula no sobre un local existente y concretamente determinado, sino sobre un local futuro, que sólo tendrá existencia real cuando la reedificación se realice y sólo es determinable a través de criterios preestablecidos (extensión no inferior a las tres cuartas partes del primitivo, iguales instalaciones y servicios, posición y altura análogos, etc.). Llegado el momento de la efectividad del retorno, también se modifica otro de los elementos esenciales del contrato, la renta o merced, conforme a lo dispuesto en los artículos 84 y 85 de la L. A. U.; incluso pueden haberse modificado los elementos personales del contrato, por cambio en la persona del arrendador, del arrendatario o de ambos, en los términos de los artículos 82 y 94 de la citada Ley.

Es interesante destacar que, a diferencia de lo que ocurre con el traspaso, en el retorno existe una voluntad y actividad inicial del propietario-arrendador, que se propone, en uso de sus legítimas facultades de dueño, derribar el viejo o inadecuado edificio para construir uno nuevo, más capaz y rentable. En cuanto esta legítima aspiración del propietario pueda lesionar los intereses, no menos legítimos, del arrendatario, es lógico que la ley señale sus justos límites; pero lo cierto es que los señalados por la L. A. U. resultan excesivamente estrechos y dilatorios, e incluso, en la práctica, provocan numerosos casos un resultado contrario a la finalidad social perseguida por la ley: el aumento en número y en servicios de viviendas ofrecidas en renta. Un progreso en este sentido lo constituyen la Ley del Suelo y su Reglamento de 1964 sobre Edificación Forzosa, respecto a edificaciones ruinosas o inadecuadas urbanísticamente, pero es preciso avanzar mucho más si se quiere poner en parangón la situación de los arrendamientos urbanos con el desarrollo que, en otros aspectos, ha experimentado el cuerpo social.

4. Tras este breve examen de la problemática estructural de los

derechos de traspaso y retorno, y volviendo al hilo de nuestro ovillo, cabe señalar, como características fundamentales de los mismos a los efectos hipotecarios:

1.^a Tratarse, más que de derechos autónomos, de facultades concedidas por la ley al arrendatario, de carácter excepcional, y conexas a un contrato especialmente protegido por razones de interés social.

2.^a Tener naturaleza personal, lo mismo que el arrendamiento que les sirve de base, de cuya regulación global forman parte, por cuya razón su naturaleza y eficacia se subordinan al mismo.

3.^a Encuadrarse dentro de la categoría de los bienes muebles por exclusión, al amparo del inciso primero del artículo 335 del Código Civil, al no encajar en ninguna de las categorías de inmuebles establecidas por el artículo 334 del mismo. Así lo confirma la L. H. M., como después veremos, e igualmente el Reglamento General de Recaudación antes citado, al incluir la regulación del embargo y ejecución del traspaso dentro de las normas de enajenación de bienes muebles

4.^a Tener cierta eficacia *erga omnes*, si bien exclusivamente limitada a imponer la subrogación forzosa del tercer adquirente del inmueble arrendado en los derechos y obligaciones propios del arrendador. Y todo ello en aras de la estabilidad arrendaticia, finalidad social perseguida con carácter fundamental por la ley en esta materia. Ello no los convierte en derechos reales, ni siquiera en buena técnica puede hablarse con propiedad de «efectos reales del arrendamiento», pues si bien todo derecho real implica efectivamente una carga o gravamen, no toda carga o gravamen supone necesariamente un derecho real. Los matices de actuación *erga omnes* no caracterizan por sí solos a los derechos o titularidades reales, por ser rúbrica común a los derechos absolutos, sino que aquéllas requieren, además, una relación directa e inmediata con la cosa. En cambio, ambos derechos limitan su eficacia a la apuntada, sin salirse del campo obligacional en que se encuadran y sin verdadera inherencia a la cosa (piénsese, por ejemplo, en la imposibilidad del titular del retorno de imponer eficazmente al arrendador la reedificación del edificio arrendado). Por otro lado, cuando la finalidad social que justifica la protección del arrendatario desaparece o colisiona con otra del mismo rango, el contrato se derrumba totalmente, arrastrando en su caída todos los derechos y facultades conexas al mismo, como ocurre, por ejemplo, en los casos de denegación de prórroga contenidos en el artículo 62 de la L. A. U., y, singularmente, en el caso de tener el inquilino a su disposición vivienda o local adecuado, en las condiciones señaladas por el número 5.º del citado artículo, en relación con el artículo 81, párrafo tercero de la citada Ley.

Si tales son las características comunes de traspaso y retorno—aun-

que su naturaleza específica sea distinta, como antes vimos—, su inadecuación al sistema de nuestro Registro de la Propiedad, destinado a dar publicidad a derechos de naturaleza y caracteres muy dispares, aparece clara y patente.

Claro es que, frente a estos razonamientos, podría oponerse el argumento—a primera vista, de gran fuerza—de que nuestra legislación hipotecaria admite la inscripción de los contratos de arrendamiento e incluso la constatación registral del retorno. Merece la pena detenerse, si quiera sea brevemente, en el examen de esta cuestión, para fijar sus verdaderos límites.

5. Ya el Real Decreto de 23 de mayo de 1846 estableció la toma de razón de los contratos de arrendamiento de inmuebles en las antiguas Contadurías de Hipotecas, si bien con finalidad predominantemente fiscal. Posteriormente, desde la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 hasta la vigente, se consagró el principio de inscribibilidad de los arrendamientos, en las condiciones que hoy señala el número 5.º del artículo 2.º de esta última, admitiéndose también por el artículo 13 del Reglamento Hipotecario la inscripción de los subarrendos, subrogaciones, cesiones y retrocesiones de los arrendamientos inscritos.

No cabe duda para la doctrina más general, encabezada por el maestro de todos, ROCA SASTRE, que dicha inscripción viene fundamentalmente dirigida a desvirtuar el principio de la Ley Emptorem, traducido castizamente como «venta quita renta» y recogido por el artículo 1.571 de nuestro Código Civil. El designio del legislador al establecer la inscripción fue, pues, lograr la estabilidad del arrendamiento, aunque es curioso, como observa el citado autor, que no obstante lo dispuesto en el propio artículo 1.571, que deja a salvo expresamente «lo dispuesto en la Ley Hipotecaria», esta legislación guarde el más absoluto silencio acerca de la subsistencia de los arrendamientos registrados cuando cambia el propietario del inmueble.

En razón de dicha finalidad se admitió la inscripción en el Registro de la Propiedad de un derecho que no tiene naturaleza real. Ello, unido a otros defectos que se observan en la regulación, ha fundamentado las críticas que gran parte de la doctrina formula a nuestro legislador en esta materia, y que por archiconocidas nos abstenemos de reproducir.

Aparte lo antedicho, la protección dispensada por el Registro al arrendamiento inscrito resulta débil en teoría (piénsese en la inaplicabilidad a tal inscripción de principios fundamentales como el de fe pública registral), muy escasa en número (pues la estadística demuestra que son escasos, por no decir casi ninguno, de los miles que a diario se contratan, los arrendamientos que acuden a inscripción) y realmente innecesaria en la práctica (dado el trato singularmente privilegiado que

a los arrendamientos rústicos y urbanos dispensa su respectiva legislación especial, y que hizo decir a LA RICA, con la clarividencia que siempre le caracterizó, que la tremenda energía de las leyes arrendaticias funciona al margen del Registro. En ocasiones, apostillaríamos, incluso en contra del mismo...).

Es curioso, por otra parte, observar que preceptos como el contenido en el número 2.º del artículo 55 de la L. A. U. (según el cual «cuando el piso transmitido no estuviere arrendado, para que sea inscribible la adquisición deberá el transmitente declararlo así en la escritura de venta, bajo pena de falsedad en documento público») recuerden tanto a ciertos preceptos aplicables a las antiguas Contadurías y que obligaban también a declarar las cargas ocultas. Ello representa en cierto modo un retroceso, cuando cada día se hace más urgente plantearse el problema de la publicidad registral, con carácter general y global en cuanto a los principios, y con carácter especializado respecto a la distinta naturaleza y condiciones de las relaciones jurídicas publicadas, dando lugar a la creación de nuevos Registros especiales para atender a cada tipo de las mismas.

6. La motivación del artículo 15 del Reglamento Hipotecario, introducido por el Decreto de 17 de marzo de 1959, es también circunstancial, aunque distinta. Como dice la Exposición del citado Decreto, «se regula la inscripción del derecho de retorno en los arrendamientos urbanos para dar publicidad, mediante la oportuna nota marginal, a situaciones antes imprecisas, susceptibles de crear graves problemas a la seguridad jurídica y al crédito. Al darle acceso al Registro se defenderá por igual al propietario y al inquilino»...

En realidad, la protección del inquilino ya está suficientemente asegurada por la L. A. U. y opinamos que lo que la Reforma pretendió fundamentalmente fue precisamente la protección del titular inscrito. Más concretamente, la del tercero que adquiere el inmueble en trance de derribo con desconocimiento del retorno, y que después pudiera verse desagradablemente sorprendido por la existencia de tal facultad del inquilino, falta de todo contacto con la cosa y, por consiguiente, de toda publicidad, incluso la meramente posesoria.

La publicidad registral del retorno se justifica así por la necesidad, sentida y afirmada por el propio legislador, de dar a conocer esas situaciones imprecisas y perturbadoras de la seguridad del tráfico inmobiliario; publicidad de tipo simplemente informativo y negativo, como después veremos, y dirigida fundamentalmente a proteger a los futuros titulares registrales del inmueble—nuestros entrañables «terceros»—, como lo demuestra el hecho de que el Reglamento permita la registración del retorno sin necesidad de que el arrendamiento cumpla las pres-

cripciones del número 5.º del artículo 2.º de la Ley, e incluso sin necesidad de que el propio arrendamiento conste previamente inscrito, como sería lógico exigir si lo que en realidad se contemplase fuese la postura y protección del inquilino.

La finalidad pretendida es, desde luego, muy loable, como lo son todos los intentos de defender el Registro y la eficacia de su publicidad frente a toda clase de cargas, limitaciones, condicionamientos y gravámenes ocultos, aunque no deja de ser curioso—apuntemos de pasada—que el camino trazado ya en 1861 no haya podido ser totalmente recorrido todavía, quizá porque, como antes dijimos, no se ha planteado el problema de la publicidad y seguridad de toda clase de relaciones jurídicas como un todo armónico.

Ahora bien, si la finalidad del precepto reglamentario está plenamente justificada, resulta, en cambio, bastante incorrecta técnicamente la regulación establecida en el mismo. Aparte de los problemas de interpretación que plantea en algunos aspectos (por ejemplo, en lo relativo al «título administrativo» del retorno), en el plano más trascendente de la eficacia, el Reglamento reformado limita drásticamente los efectos del retorno al establecer que sin la constancia registral «no perjudicará a terceros adquirentes el expresado derecho», negando, pues, protección al arrendatario cuyo derecho de reinstalación no conste oportunamente publicado por correspondiente nota marginal. Tal consecuencia está en rotunda contradicción con los términos absolutos en que se pronuncia la L. A. U. En efecto, según el artículo 88 de la misma, «si el arrendador incumpliere la obligación de reserva... los inquilinos y arrendatarios procedentes del inmueble derruido podrán optar entre exigirle la indemnización de cinco anualidades de la renta... o de *reclamar las viviendas o locales* de negocio que elijan en el inmueble reedificado por la renta que satisficieren en el derruido. *Esta acción llevará implícito el lanzamiento* del ocupante del local de negocio o vivienda elegido...». Y, según el artículo 94, «el cumplimiento de las obligaciones... (legales)... *será obligatorio aun en el caso de que cambie la persona del titular*»... Es de observar, además, que el texto refundido de la L. A. U. de 24 de diciembre de 1964, posterior, por tanto, a la reforma reglamentaria de 1959, omite toda referencia a la legislación hipotecaria.

Según claramente se infiere de los artículos transcritos, aunque el arrendador incumpla la obligación de reserva que el retorno implica, este derecho perjudica siempre al ocupante, sin distinguir que éste sea un nuevo arrendatario, o que ocupe el local o vivienda a título de nuevo propietario o usufructuario, o que sea arrendatario de estos últimos. Y esta contradicción—que algún hipotecarista soslaya o no valora

en sus justos términos—habrá de resolverse, en buenos principios (y mal que nos pese), a favor de lo dispuesto en la L. A. U., de rango superior, toda vez que la misma es Ley, aprobada en Cortes, desde la Ley de Bases de 22 de diciembre de 1955 (en cuyo apartado 25 de la Base Octava se establece idéntico precepto al del artículo 88, y en el apartado 34 de la misma Base el correlativo al artículo 94 del actual texto articulado) y sólo su texto refundido ha sido aprobado por Decreto; la Reforma del Reglamento Hipotecario, aprobada por Decreto de 17 de marzo de 1959, evidentemente se ha excedido de su competencia al tratar de modificar, por la simple vía reglamentaria, preceptos legales de rango superior. Precepto bien intencionado el del nuevo artículo 15 del Reglamento, pero, por desgracia, quizá totalmente ineficaz. Así lo da a entender también la interesante Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1970, aunque en el caso concreto de la «litis» no necesité entrar en el fondo de la cuestión, limitándose a apuntar el problema de «el rango de esta disposición (la del art. 15 del R. H.) y su eficacia modificativa respecto al texto del artículo 94 del ordenamiento arrendaticio, que ya estaba en vigor al publicarse la disposición reglamentaria»...

En definitiva, la situación hipotecaria que se produce es análoga a la planteada en general por las limitaciones legales, que gozan de una publicidad superior a la que el Registro puede proporcionar, por derivarse de la propia ley. Aunque bien es cierto que los supuestos de hecho que dan lugar a tales limitaciones han de ser sobradamente conocidos, de forma objetiva, cosa que no ocurre con el retorno, carente, de no acudir al Registro, de toda publicidad. Por eso, la Sentencia últimamente citada enlaza, además, el problema con el de la buena fe, al decir literalmente en uno de sus considerandos que la buena fe obliga a que «el silencio del Registro no prevalezca contra el conocimiento cumplido que la parte afectada tenga de las limitaciones o condicionamientos inherentes a una determinada adquisición».

Algún autor, como CAMY (*Comentarios...*, vol. IV, pág. 51), argumentando en base al artículo 55 de la L. A. U., antes transcrito, llega a estimar que el artículo 15 del Reglamento es totalmente innecesario, afirmando que «la consignación registral del derecho de retorno vemos así que no obtiene o produce ninguna finalidad que no existiría sin ella. El tercer adquirente de la finca sobre la que exista derecho de retorno no necesita la nota marginal de él para tener conocimiento de su existencia, pues este conocimiento le vendrá impuesto al realizar el contrato, por tenerse que acreditar en él la notificación para el tanteo arrendaticio, o por suspenderse la inscripción del mismo hasta que acredite en el Registro que se ha realizado la notificación para el retracto».

Si bien la argumentación del ilustre compañero es totalmente lógica, hay que tener en cuenta, a nuestro modesto entender, que no siempre la amenaza de incurrir en falsedad en documento público garantizará plenamente la veracidad de la declaración del transmitente (que sin ser mal intencionada, puede ser simplemente errónea) de que la finca no está arrendada...

Tras este examen del régimen hipotecario de inscripción del arrendamiento y anotación del retorno, creemos que es lícito seguir manteniendo la inadecuación completa del mismo con el sistema del Registro Inmobiliario. Lo cual no quiere decir, ni mucho menos, que no sea conveniente o, más bien, necesario organizar de un modo completo y *ex novo* la publicidad registral de los arrendamientos; pero no a través del Registro de la Propiedad, como después veremos al tratar de las soluciones posibles al problema.

7. La afirmada inadecuación sube de grado al descender al terreno concreto del embargo de los derechos de traspaso y retorno, y consiguiendo anotación preventiva del embargo ya trabado.

En primer lugar, estructuralmente, y en buenos principios jurídicos, ambos derechos se avienen mal con lo que el embargo supone. Como antes dijimos, más que verdaderos derechos autónomos, son simples facultades, de origen legal, derivadas de un contrato bilateral, generador de recíprocos derechos y obligaciones, y conexas—de modo personal e incluso personalísimo—a la titularidad principal de arrendatario, que les da fuerza y vida, e incluso les dota de su verdadero contenido económico. Con el embargo y subsiguiente ejecución forzosa de tales facultades se produce un verdadero dislocamiento de la relación arrendaticia, al implicar un cambio en la titularidad total del contrato, con lo anómalo que resulta que el cambio de una facultad no autónoma arrastre un cambio en la titularidad total, una modificación sustancial del contrato, al variar la persona del locatario.

Esta consecuencia altera todos los principios del Derecho Común: piénsese en lo difícil que sería concebir, por ejemplo, que el embargo y ejecución del usufructo pudiera arrastrar tras de sí todo el núcleo dominical, hasta producir un cambio en la total relación (incluida la titularidad de la nuda propiedad). RODRÍGUEZ-SOLANO, uno de los principales contradictores de la posibilidad de embargo del traspaso, en trabajo publicado en la *Revista de Derecho Procesal* (año V, vol. III, páginas 447 y sigs.), expone de un modo muy gráfico esta inconsecuencia, al afirmar que el embargo y subsiguiente ejecución del traspaso se producen siempre «en perjuicio de tercero, el arrendador, que por ser ajeno a las relaciones del locatario surgidas fuera del arrendamiento, no debe quedar afectado por las consecuencias de su incumplimiento, de

igual forma que sería anómalo que el acreedor de un Notario, de un Registrador, de un Secretario Judicial o de cualquier otro funcionario con honorarios por Arancel pudiera ser sustituido, a consecuencia de un embargo, en el derecho a pedir el traslado a otro cargo o destino donde los ingresos fueran mayores, para reintegrarse con mayor facilidad del crédito al socaire de que tales facultades repercuten directamente en el patrimonio del deudor». Curioso e incluso jocoso ejemplo.

Con todo, y como antes vimos, la L. A. U., en su redacción actual, ha eliminado gran parte de las dificultades de índole procesal que obstaculizan el embargo del traspaso, aunque sigan teniendo fuerza las teóricas y también las puramente finalistas, pues tal posibilidad no está en realidad cobijada bajo el manto de las altas finalidades sociales perseguidas por la ley, sino sólo basada en los intereses económicos del comercio.

Por lo que respecta al retorno, y como ya dijimos, el embargo de tal facultad, cuando afecte a viviendas, viene totalmente excluido por el propio artículo 23 de la L. A. U., al establecer taxativamente que «queda prohibido el contrato de cesión de vivienda a título oneroso». Precisamente la ejecución forzosa del derecho de reinstalación implicaría la cesión por precio (el de remate) de la vivienda, o, mejor dicho, del contrato de arrendamiento de la misma, pues la ley incurre aquí, al hablar de «cesión de vivienda», en la misma incorrección técnica antes señalada para la «cesión de locales de negocio».

En materia de locales de negocio, la Ley especial no resuelve concretamente el problema de la transmisibilidad del derecho de retorno que puede afectar a los mismos. Algunos autores, como LA RICA (*Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, pág. 20), consideran el retorno como «un derecho, personal en su esencia, no negociable ni susceptible de gravamen»: en la misma línea parecen colocarse los redactores de la Nota del Seminario de Derecho Hipotecario de Valladolid-Salamanca, antes citada, al afirmar en una de las conclusiones de la misma que «si el retorno se refiere a locales de negocio, la anotación deberá recaer no sobre la facultad de reinstalación (que en sí misma es *inalienable*), sino sobre el derecho de arrendamiento». Por cierto que en tal caso no entendemos muy bien, ni la Nota lo explica (quizá por su concisión), qué es lo que en realidad se anota ni en qué forma (dicho sea entre paréntesis). Otros autores, como ROCA (*Derecho Hipotecario*, 6.^a ed., 1968, t. III, pág. 550), que sólo roza de pasada este problema de índole civil, parece dar por supuesto, aunque sin mucha convicción, que el derecho de retorno pueda ser transferido. Por su parte, DÍEZ-PICAZO, en el trabajo antes citado, afirma que «para la transmisibilidad del retorno de origen convencional no existe dificultad

alguna, dado que no hay en la ley norma prohibitiva y la regla general (confróntese Civ., 1.112) admite la transmisión de los derechos subjetivos patrimoniales nacidos en virtud de contrato. Mayores problemas plantea el retorno de origen legal. La intransmisibilidad de un derecho de este tipo puede entenderse fundada en una adecuada valoración de las razones en virtud de las cuales ha sido creado. El derecho de retorno legal se crea para atender a una necesidad muy concreta e individualizada: el interés del inquilino de no quedar sin vivienda o sin local comercial. No parece, por tanto, admisible convertir este derecho, nacido para atender a un interés concreto, en objeto normal del tráfico económico. A lo más que podría, a mi juicio, llegarse es a equiparar la transmisión del derecho de retorno con la transmisión del derecho arrendaticio. Esto quiere decir que por actos *inter vivos* el derecho de retorno a una vivienda sólo puede transmitirse con consentimiento del arrendador (art. 25), salvo cuando se haga en favor de los parientes señalados en el artículo 24. Una dificultad, que parece puramente literal, supone el hecho de que en este precepto se exige la convivencia habitual y anterior de cedente y cesionario en el local arrendado, lo que en materia de retorno, por hipótesis, no puede producirse. El derecho de retorno a un local de negocio puede transmitirse cumpliendo las prescripciones establecidas para el traspaso: notificación fehaciente al arrendador y derecho de éste a participar en el precio o a redimir el gravamen—mal llamado retracto del propietario—. Las reglas de la transmisión *mortis causa* del derecho arrendaticio son, *similia similibus*, aplicables».

En nuestra opinión, la tesis más exacta es la contraria a la negociabilidad del retorno, pues admitir tal posibilidad significa trastocar, por exclusivos motivos económicos, una situación prevista por la ley especial en atención a finalidades sociales que precisamente justifican la importante desviación de los principios comunes. Trastruque que se produce, además, en perjuicio de tercero, el arrendador, cuyos derechos están ya muy limitados (hasta el punto de que pudiera decirse que la L. A. U. le trata en ocasiones como reo de un grave delito: el de haber arrendado su inmueble), pero sin que sea lícito avanzar más en dicha dirección, pues, aparte de que *odiosa sunt restringenda*, se correría el peligro de extravasar la propia finalidad de la ley, al pasar de la protección del arrendatario a la protección de los acreedores del mismo—finalidad esta muy distinta y creemos que totalmente ajena a la *mens legis*—, con la evidente injusticia que supone lograr tal fin a costa del arrendador, al cual, sobre todo a efectos de garantía, no le es indiferente la persona del arrendatario, como antes vimos. En definitiva, no

hay razón contundente que imponga crear una desigualdad jurídica para compensar una desigualdad económica.

Esto sentado, puede, no obstante, a efectos dialécticos, admitirse la posibilidad de embargar el retorno, pues si en pura doctrina aparece como dudosa pudiera ocurrir que en futuras reformas legislativas, lo mismo que ocurrió con el traspaso, se estableciese legalmente. Incluso, ya está establecida a ciertos efectos: así, el artículo 90 de la vigente L. H. M., para el caso de ejecución de la hipoteca de establecimiento mercantil y consiguiente adjudicación de éste, expresamente dispone que «cuando la hipoteca hubiere vencido en virtud de la causa séptima del artículo 29 de esta Ley—el transcurso de seis meses desde la notificación notarial por el arrendador de la resolución gubernativa que acuerde la demolición del inmueble—, la transmisión del establecimiento mercantil comprenderá el derecho del arrendatario a volver al inmueble cuando fuere reedificado». Es decir, en este caso, y en méritos de la debida efectividad de la hipoteca, el derecho de retorno se transmite, e incluso viene a constituir el contenido principal de la transmisión efectuada, pues la base física del establecimiento, el local, ha dejado de existir, o dejará muy pronto de tener existencia, a consecuencia del derribo.

Supuesta la posibilidad de embargo de ambas facultades del locatario, podemos ya plantearnos el problema más concreto de la anotación de tal traba en los libros ordinarios de nuestro Registro de la Propiedad.

La anotación de embargo, versión moderna de la antigua hipoteca judicial, se caracteriza, como es sobradamente conocido—lo cual nos exime de estudiar a fondo sus características, siendo suficiente a nuestros fines apuntar las principales—, por ser una anotación de tipo constitutivo, por lo que a la simple publicidad (de tipo tanto informativo como enervador de la fe pública registral) que la propia constancia registral supone se añade un efecto especial, importantísimo y definidor: implicar la constitución de una garantía de realización dineraria de la finca o derecho real anotado, que lo grava al modo de como lo haría una hipoteca. Esta finalidad fundamental de garantía ínsita en la anotación de embargo es imposible de conseguir en los supuestos arrendatarios contemplados: la anotación de embargo del traspaso o retorno, de practicarse, no crearía, obvio es decirlo, forma alguna de garantía real sobre el inmueble a que se refiere el contrato de arrendamiento. Ni tampoco vincula—más de lo que está por imperio de la propia L. A. U.—al titular dominical—arrendador o causahabiente del mismo—. En efecto, éste, aparte del posible ejercicio, muy oneroso, de los derechos de tanteo y retracto, tiene vía libre para el ejercicio de cualquiera de

las facultades que la ley le reconoce para resolver el contrato o denegar la prórroga, siempre, claro está, dentro de los supuestos previstos por la norma; facultades que pueden resultarle mucho menos onerosas y que de ningún modo se ven coartadas por la advertencia de un procedimiento que contra el arrendatario puedan seguir sus acreedores, totalmente extraños para el arrendador y ajenos al contrato de arrendamiento. En definitiva, ¿qué garantía añadiría al rematante de un derecho de traspaso o retorno, frente al titular registral del inmueble, que se anote o no el embargo trabado?...

Lo que en realidad se persigue es obtener el precio de remate por la cesión del arriendo, y el arrendador, o quien le suceda, salvo que logre por cualquier causa legal la resolución, se halla siempre vinculado por el propio contrato, al que la legislación especial reconoce cierta eficacia *erga omnes*, que se refleja de modo indirecto en el inmueble arrendado, pero con total independencia de la situación registral de éste, pues la L. A. U., volvemos a repetir, actúa con total independencia de la legislación hipotecaria (salvo, por cierto, para garantizar más los derechos del arrendatario: véanse, por ejemplo, en orden al tanteo y retracto del inquilino, los arts. 47 y sigs. de la misma).

Desde el punto de vista, pues, de la finalidad de la anotación de embargo, no cabe duda de la inadecuación de la misma a estos supuestos arrendaticios, lo cual no obsta, por supuesto, a que sean posibles otros tipos de anotación de mera publicidad, como, por ejemplo, las de demanda (cfr. las Resoluciones de 6 de julio y 29 de septiembre de 1962 sobre anotación de demanda del retorno), que responden a muy distinta finalidad y cuyos problemas, que también los tienen, no es momento de examinar aquí.

Desde otro punto de vista, el del objeto sobre el que versa la anotación, baste citar que el embargo ha de haberse «hecho efectivo en bienes *inmuebles* del deudor» (art. 42, núm. 2.º de la L. H.); que la anotación sólo puede recaer sobre «los bienes *inmuebles* o *derechos reales*» precisamente *inscritos a nombre del embargado* (arts. 20 de la L. H. y 140 de su Rgto.). Y aplicando estas exigencias legales—totalmente adecuadas a la estructura y función específica del Registro—a los supuestos que nos ocupan, se observa la patente discordancia con simples facultades (personales o personalísimas) derivadas de un contrato de arrendamiento (que generalmente no constará inscrito), de naturaleza obligacional y mueble, que traspaso y retorno implican, como antes vimos, sin que merezca la pena insistir más sobre ello.

Finalmente, desde el punto de vista, también fundamental, de la eficacia, igualmente son conocidos los limitadísimos efectos de la constatación registral del arrendamiento o de las facultades derivadas del

mismo, al ser inaplicables totalmente, o en gran parte, los principios fundamentales del sistema: por de pronto, el de fe pública registral y numerosos aspectos del de legitimación; aparte del difícil encaje de otros como prioridad, tracto sucesivo, especialidad, etc. (cfr. en este sentido ROCA, obra citada, t. III, págs. 537 y sigs., y Díez-PICAZO, trabajo citado, págs. 612 y 613). Todo ello sin tomar en cuenta las originalísimas situaciones—por no llamarlas de otra manera—que plantearía el intento de aplicar a tales embargos reglas como las contenidas en los artículos 140, 143, 144, 166, 170 y otros del Reglamento Hipotecario, pensadas para el juego específico de las titularidades reales y no para las relaciones que el arrendamiento puede guardar con la propiedad del inmueble.

8. En conclusión, cabe afirmar que el embargo trabado sobre las facultades de traspaso y retorno—caso de ser posible—no es anotable en el Registro de la Propiedad inmueble. Y no se diga en contrario, que al admitirse la inscripción de los arrendamientos, igualmente debe admitirse la anotación del embargo trabado sobre facultades derivadas del mismo. Tal afirmación, muy simplista, se basa en la confusión entre ideas y aspectos muy distintos: el que el artículo 2 de la Ley Hipotecaria y el 13 de su Reglamento permitan la inscripción—lo que es criticado, como antes vimos—del arrendamiento y de las modificaciones por subarriendo, subrogación o cesión del mismo, únicamente posibilitaría, en su caso, que terminada la ejecución del traspaso o retorno, la nueva titularidad arrendaticia resultante del procedimiento, como consecuencia de la subrogación en la cualidad de arrendatario, se hiciese constar en el Registro mediante la oportuna inscripción a favor del ejecutante o cesionario, nuevo titular del arrendamiento, al amparo del citado artículo 13. Cuestión muy distinta a tratar de crear una garantía específica, de tipo registral, mediante la anotación de embargo recayente sobre un derecho de naturaleza personal y mueble. Del mismo modo que es distinto, por ejemplo, contemplada la cuestión desde el punto de vista del arrendador, el embargo normal que recayese sobre el inmueble de su propiedad arrendado, al embargo trabado sobre las rentas que tenga derecho a percibir de los arrendatarios (cfr. art. 1.447 Ley Enjuiciamiento Civil, núms. 5, 8 y 10).

Y esta conclusión, que impone la denegación de la anotación de embargo en los libros ordinarios del Registro, se basa en las razones técnicas expuestas, que se condensan en la razón final de la propia estructura y función del Registro de la Propiedad Inmueble. Incluso cabría añadir la debida garantía de los titulares registrales frente a situaciones ambiguas e innominadas en base al principio, no explícito, pero sí implícito en la legislación hipotecaria, que pudiéramos denomi-

nar de la «nitidez del folio real». Nitidez que se vería empañada, sin motivo serio que lo justificase, de acumular en los folios registrales tal clase de situaciones, con mengua de la precisión—sin posible confusión—con que deben especificarse y publicarse las titularidades reales, que son su objeto propio, y con la improcedencia que supone querer asegurar las resultas de pleitos seguidos *inter alios* a costa del folio real (parcela registral de uso exclusivo de su titular), ajeno (precisamente del destinatario de la protección registral), cuando, además (aunque este argumento sea circunstancial y de menor cuantía), como ocurrirá en la mayoría de los casos, ni el arrendatario quiso acogerse nunca al Registro ni su acreedor, logrado su objetivo, pretenderá después la inscripción del nuevo arrendamiento.

Y sentada esta conclusión—para algunos autores, como CAMY (*Obra citada*, volumen V, pág. 545), tan clara, mientras para otros, como los redactores de la nota tan repetidamente citada, mucho más confusa—pasemos a examinar las soluciones al problema.

SOLUCIONES AL PROBLEMA

1. La Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión de 16 de diciembre de 1954, complementada por su Reglamento de 17 de junio de 1955, ha venido a abrir, como antes dijimos, nuevos cauces a los problemas registrales planteados por el arrendamiento urbano, considerado, sobre todo, en su aspecto comercial, al regular con detalle la hipoteca de establecimiento mercantil—integrada necesariamente por el derecho de arrendamiento del local—y establecer con carácter general un Registro Especial de gravámenes mobiliarios, conexo, pero distinto en su naturaleza y función al Registro de la Propiedad Inmueble.

No es posible detenerse en el examen de la panorámica general de dicho Registro. A nuestros efectos, baste afirmar, en cuanto a su naturaleza, contenido y función, y siguiendo la pauta marcada por la excelente Exposición de Motivos de la Ley de Hipoteca Mobiliaria (en la que, sin duda, se observa la huella de la luminosa pluma de ANGEL SANZ), que dicho Registro, huyendo de antiguas y forzadas ficciones de asimilación a los inmuebles, organiza la publicidad registral de los muebles atendiendo a su mayor o menor posibilidad de identificación, y con el carácter de un Registro de gravámenes, del tipo de las antiguas Contadurías de Hipoteca. Como dice la citada Exposición, «ha sido objeto de meditación el alcance que debería darse al nuevo Registro, en el sentido de si sería procedente establecer un sistema de Registro

de la Propiedad que, al modo de la propiedad inmueble, recogiera toda la historia jurídica de los bienes, incluso las transmisiones de dominio de los mismos, o un sistema de Registro de gravámenes, limitado a las finalidades de esta Ley. Aunque, en principio, se ha estimado que el sistema más completo hubiera sido el primero, se ha desistido de él en atención a las dificultades prácticas de su adaptación, toda vez que exigiría un cambio total y absoluto en el sistema de transmisión de propiedades y contratación de esta clase de bienes. Por esta razón se ha regulado solamente un Registro de gravámenes, si bien se estima procedente hacer constar el criterio favorable al Registro de la Propiedad de los bienes muebles, al menos para algunos de ellos, como los establecimientos mercantiles y los automóviles.

El Registro de gravámenes podrá establecerse con un doble contenido: o limitado a las hipotecas o referido también a otros gravámenes, es decir, como Registro de hipotecas únicamente o como Registro de cargas en general. Se ha estudiado esta cuestión desde el punto de vista de los embargos, que son los supuestos más frecuentes...».

Y precisamente por tener la naturaleza de un Registro de cargas y no de titularidades, sólo tiene eficacia respecto de los terceros adquirentes de los bienes hipotecados y nunca puede subsanar los defectos de titularidad del constituyente ni suplir su falta de poder dispositivo.

Naturalmente que ello constituye sólo el primer paso, la primera piedra—como en su día lo fueron las antiguas Contadurías—en que apoyar el edificio en que albergar la total publicidad registral de la propiedad mobiliaria; pero el avance es notable y loable en todos los aspectos. Es de destacar, a los efectos del presente trabajo, la regulación tan detallada que la Ley de Hipoteca Mobiliaria dedica en los artículos 23 al 33 a las relaciones entre el propietario-arrendador del inmueble, el hipotecante-arrendatario y el acreedor, tanto en el momento de la constitución (previando el doble supuesto de que el propietario consienta o no el gravamen) como durante la vigencia de la hipoteca, así como la repercusión sobre ésta de la extinción del arrendamiento por las causas previstas en la L. A. U. Normativa muy completa, que destaca más frente a la tan pobre, y en ocasiones incongruente, que regula las relaciones entre el Registro de la Propiedad y la Ley de Arrendamientos Urbanos.

2. Entrando en el examen concreto de la posibilidad de anotar los embargos trabados sobre el traspaso y retorno en este Registro especial de Hipoteca Mobiliaria, el artículo 68, apartado d), de la Ley de Hipoteca Mobiliaria expresamente dispone que en los libros especiales se anotarán *«los mandamientos judiciales de embargo y los de su*

cancelación sobre bienes susceptibles de gravamen hipotecario o pignoraticio o sobre los créditos inscritos...»

Explicando el alcance de este precepto, la Exposición de Motivos nos dice que «los embargos posteriores a la hipoteca es evidente que deben ser anotados en este Registro, pues la preferencia de la hipoteca sobre ellos y la consiguiente liquidación de cargas y gravámenes, en caso de ejecución, exige el conocimiento de los embargos posteriores, para evitar que sean ilusorios los derechos de los acreedores embargantes. También se han declarado anotables los embargos que se hagan sobre los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria y de prenda sin desplazamiento, aunque no se hallen hipotecados. El fundamento está en el precepto (art. 2.º) según el cual se prohíbe la hipoteca y la prenda sin desplazamiento sobre los bienes que estuvieron embargados, en cuyo caso, si se constituyere, será nula. Mas, para garantía del acreedor, es necesario arbitrar un medio por el cual pueda conocer la posible existencia de aquellas afecciones judiciales, *distinto de la obligada declaración del deudor* (véase lo que antes dijimos respecto al art. 55 de la L. A. U.). Este medio no puede ser otro que la anotación de los embargos.

De este modo, anotado un embargo, si posteriormente se constituye una hipoteca, carecerá ésta de toda efectividad y no será inscribible. Asimismo ocurrirá en la prenda. No obstante, si se hubiere decretado aquél por la Autoridad judicial, pero no se hubiere llevado al Registro, tanto la hipoteca como la prenda serán válidas y gozarán de rango preferente a ese embargo no acogido a su debido tiempo a la publicidad registral (véanse, no obstante, las observaciones de VALLET, en el trabajo citado, en este punto concreto). La anotación no altera, pues, la naturaleza del embargo ni añade nuevos derechos, privilegios o garantías a favor del acreedor: se limita a asegurarle frente a posibles gravámenes posteriores, que de otro modo se antepondrían a él».

En base al transcrito precepto legal, que el Reglamento desarrolla en sus artículos 34 y siguientes, en la forma que veremos, no cabe duda de la *posibilidad de anotar el embargo trabado sobre el traspaso o retorno en el Registro especial*. Este es precisamente su lugar propio y no los libros ordinarios del Registro de la Propiedad, tan poco adecuado y dotado para acoger derechos de tipo personal y mobiliario.

3. Así lo admite expresamente, en cuanto al traspaso, la *Resolución de la Dirección General de 7 de julio de 1964* (ya con anterioridad lo había admitido un auto de la Audiencia de Barcelona de 16 de enero de 1963, que puede consultarse en la *Revista Jurídica de Cataluña*, año 1963, julio-septiembre).

El supuesto de hecho de la citada Resolución es el siguiente: en

juicio ejecutivo seguido ante un Juzgado de Primera Instancia se expidió mandamiento ordenando la anotación en el Registro de Hipoteca Mobiliaria del embargo decretado sobre el derecho de arrendamiento y traspaso de un local de negocio. Presentado al Registro, fue calificado con nota del tenor literal siguiente: «Devuelto el precedente mandamiento con nota del pago del impuesto. No procede la anotación preventiva que se ordena en el mismo por los defectos siguientes: 1.º No constar haber sido notificado el procedimiento a las esposas de los demandados. 2.º No ser anotable el embargo del derecho de arrendamiento y traspaso, conforme al apartado *d)* del artículo 68, en relación con los artículos 52 al 54, todos de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y PSD, porque tal derecho no figura entre los que enumera el artículo 12 de la misma Ley como bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria. El segundo defecto se considera insubsanable, por lo que no procede tomar anotación de suspensión.»

Interpuesto el recurso contra el segundo defecto señalado en la anterior nota de calificación, el Registrador dictó acuerdo manteniendo ésta, basándose fundamentalmente en que el derecho de arrendamiento y traspaso «no es susceptible de gravamen hipotecario o pignoraticio», por lo que no puede ser objeto de embargo anotable, y que de los términos en que aparecen redactados los artículos 19 a 22 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria tales derechos no pueden considerarse desligados «del establecimiento mismo, a los efectos de estimar que puede someterse a una responsabilidad independiente de la del establecimiento», pues la efectividad de dicho derecho de arrendamiento y traspaso «depende de la realidad económica que tenga».

La Dirección General revoca el segundo defecto de la nota impugnado, en méritos a los dos breves, pero enjundiosos considerandos siguientes:

«Considerando que el artículo 68, *d)*, de la Ley de 16 de diciembre de 1954, prescribe que se anotarán en los libros correspondientes los mandamientos judiciales de embargo sobre bienes susceptibles de gravamen hipotecario, con lo que se crea una especie de Registro de gravámenes que tiene como fundamento, de una parte, facilitar la liquidación de las cargas en el caso de que fueren posteriores..., y, de otra, según apunta la propia Exposición de Motivos, arbitrar un medio por el cual el posible acreedor hipotecario pueda conocer la existencia de las afecciones judiciales. .

Considerando que si bien la hipoteca de establecimiento mercantil puede no extenderse a determinados elementos que forman parte del mismo, necesariamente debe comprender, según dispone el artículo 20 de la Ley, el derecho de arrendamiento del local, que constituye el

fundamento sobre el que se asienta la garantía, y, por ello, el embargo decretado debe ser anotado para que pueda surtir efectos e impedir que gravámenes posteriores adquieran un rango preferente en perjuicio de los acreedores con perturbación de la claridad del tráfico jurídico.»

4. En cuanto a la *mecánica* registral de la anotación, el Reglamento de Hipoteca Mobiliaria establece las siguientes normas, similares a las de la legislación hipotecaria, que además, en lo no previsto, se aplicarán subsidiariamente (disposición adicional 3.^a de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y disposición final de su Reglamento):

- En orden al *título anotable*, y según el artículo 34, «las anotaciones preventivas de embargo..., así como sus cancelaciones, se practicarán en virtud de providencia dictada por el Juez o Tribunal que conozca del procedimiento. El mandamiento por duplicado ordenando la anotación será expedido por el Juez o Tribunal en cuyo término jurisdiccional radique el Registro competente, al cual exhortarán los demás Jueces o Tribunales. En el mandamiento se insertará literalmente el particular de la providencia, su fecha y la circunstancia de ser firme. El Registrador devolverá uno de los ejemplares. . Análogas formas se observarán para anotar los embargos decretados en procedimientos administrativos de apremio.»
- Por lo que respecta a la *cuantía del embargo*, dispone el artículo 36 que «la anotación de embargo de diferentes bienes expresará la cuantía del crédito y obligación de que respondan todos ellos o la especial de cada uno si se hubiere efectuado la distribución».
- En cuanto a las *circunstancias* de la anotación de embargo, establece el artículo 37 que «expresará, además de la descripción del bien a que se refiera, el procedimiento en que se hubiere decretado; el importe de lo que por principal, intereses y costas se trate de asegurar; el Juez, Tribunal o Autoridad que hubiere ordenado la anotación, y el nombre, apellido y demás circunstancias del que la hubiere obtenido, así como el de aquél contra quien se hubiere decretado».
- En lo que respecta a la *duración* de la anotación, dispone el artículo 38 que «caducará a los tres años de haberse practicado. Podrá prorrogarse hasta la terminación por sentencia firme del procedimiento en que se hubiere decretado, a menos que se consignare el crédito asegurado. Esta prórroga será concedida en virtud de providencia del Juez o Tribunal que hubiere ordenado la anotación».

- Finalmente, obviando el inconveniente de la falta de *tracto sucesivo*, principio no esencial en un Registro de gravámenes, dispone el artículo 39 que «cualquier anotación preventiva podrá abrir folio independiente cuando afectare a bienes susceptibles de hipoteca o de prenda, si tales bienes no figurasen hipotecados o pignorados. Si lo estuvieren, las anotaciones se practicarán a continuación de las inscripciones existentes, señalándose siempre al margen con letras, por orden alfabético».

Los *efectos* de la anotación de embargo así extendida en el Registro especial se reducen a los apuntados por la propia Exposición de Motivos de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, al comentar el artículo 68 de la misma, cuyas frases, antes transcritas, por su gran claridad, excusan todo comentario. Téngase en cuenta, en definitiva, que, como señala VALLET, en el trabajo antes citado, «estos Registros, por ser meramente de cargas, ajenos al tracto sucesivo de la titularidad, no pueden gozar de fides pública».

5. En cuanto a la oportuna *relación o conexión del Registro especial con el Registro de la Propiedad*, los artículos 75 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y 24, 25 y 31 de su Reglamento ordenan esta cuestión, disponiendo que una vez practicado el asiento en el Registro especial se extiendan en el Registro Inmobiliario notas marginales de correlación: *a)* al margen de la inscripción de dominio del inmueble, y *b)* al margen también de la del arrendamiento del local, si este arrendamiento (caso poco frecuente) figurase inscrito.

Es interesante destacar que tales notas, pensadas con vistas al juego del artículo 111 de la Ley Hipotecaria, están previstas por la Ley de Hipoteca Mobiliaria sólo para el caso de que el dominio del inmueble o el derecho de arrendamiento del local esté inscrito «a favor del que hipoteca o pignora». Por tanto, en el supuesto que nos ocupa, será imposible que el dominio del inmueble esté inscrito a favor del que tiene derecho a traspaso o retorno, y también será muy poco frecuente que conste inscrito el contrato de arrendamiento urbano en el Registro de la Propiedad. Ante esta situación caben dos soluciones: *a)* entender, aplicando rígidamente el principio de la «nitidez del folio real» y literalmente los preceptos de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y su Reglamento, que no cabe extender tales notas de correlación en el Registro de la Propiedad, *b)* o bien, teniendo en cuenta que las normas de la Ley y Reglamento de Hipoteca Mobiliaria contemplan sólo en este caso el supuesto de la hipoteca y prenda y no el de la anotación de embargo, considerar tales notas extensibles por analogía y para facilitar

el conocimiento de tales situaciones por los terceros e incluso la propia labor de calificación del Registrador.

Creemos que la solución preferible es la segunda, pues, por un lado, los efectos de tales notas marginales son muy limitados: los términos absolutos en que se produce la L. A. U. en materia de traspaso y retorno, como antes vimos, provocan que, en realidad, el único efecto de tales notas sea advertir a los terceros adquirentes de las vicisitudes por las que atraviesan los arrendamientos establecidos en el inmueble; conocimiento y advertencia que pueden resultarles muy interesantes a ciertos efectos, ya subrogados en la posición del primitivo arrendador (cfr. arts. 25, 26, 29, 30, 32 y 90 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria). Por otro lado, la apariencia de carga o gravamen que pueden suponer sobre el inmueble se deriva no de tales notas, sino de la propia eficacia *erga omnes* de la L. A. U.—que despliega sus efectos al margen del Registro de la Propiedad y con total independencia de si en éste constan o no las situaciones que regula—. Y, además, la vigencia de las mismas es puramente circunstancial y temporal, cancelándose (entre otros motivos, por caducidad) al mismo tiempo que la anotación de embargo o el arrendamiento que correlacionan.

6. Para finalizar estas páginas quisiéramos reiterar la aspiración, sentida unánimemente por la doctrina, de organizar de un modo completo la publicidad registral de todos los bienes y derechos susceptibles de ella. Las bases para fundamentarla ya existen, sólo es necesario desarrollarlas. Así, por lo que respecta a los bienes muebles—cada vez de mayor importancia en la civilización actual—, y como dice VALLET («la Ley de 16 de diciembre de 1954 y su Reglamento de 17 de junio de 1955 sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión», *Anuario Civil*, octubre-diciembre de 1955, págs. 1227 y sgs.), tal vez «la solución ideal consistiría en hacer depender del Ministerio de Justicia todos los Registros a los que se diera trascendencia jurídica, encargándose de los mismos al Cuerpo de Registradores de la Propiedad, sin perjuicio de que el personal técnico no jurídico necesario dependiera de su respectivo Ministerio. Ello permitiría, sin peligro alguno para la jurisdicción, la unificación de las matrículas administrativas con los registros de gravámenes en verdaderos registros jurídicos de la propiedad de tales bienes».

Por lo que respecta a los arrendamientos, no cabe duda, dados los numerosos problemas—parte de los cuales hemos examinado—que plantean sus relaciones con el Registro de la Propiedad, de la urgente necesidad de plantear en serio una reforma profunda y completa de su publicidad. Ciertamente es que los intentos de establecer un Registro Especial de Arrendamientos han fracasado rotundamente (véase lo que

ocurre con el de arrendamientos rústicos). No obstante, el problema sigue vigente y se agrava por momentos dada, por otra parte, la especial incidencia de la Legislación de Viviendas de Protección Oficial (con normas tan singulares como las que regulan el «acceso a la propiedad» de viviendas). Así lo entiende, por ejemplo, CAMY (*Obra citada*, volumen 1.º, págs. 470 y sgs), quien propone un esquema, de fácil realización práctica, de la forma en que podría organizarse la publicidad de los arrendamientos, al menos como solución de emergencia, que evitase los problemas actuales.

Tarea ardua, que requerirá el estudio y esfuerzo conjunto de todos para llegar a buen término y lograr una más perfecta seguridad del tráfico jurídico a través de la institución registral, a la que por vocación y profesión estamos consagrados.

CONCLUSIONES

1.ª *No es posible la anotación en los libros ordinarios del Registro de la Propiedad* de los embargos trabados judicial o administrativamente sobre los derechos arrendaticios de traspaso y retorno. La propia estructura y naturaleza de ambas facultades, de carácter personal y mueble, choca violentamente con todos los principios hipotecarios y concretamente con los artículos 1, 20 y 42 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento.

2.ª *Sí es posible, en cambio, la anotación de embargo* sobre ambos derechos *en los libros especiales de Hipoteca Mobiliaria*, al amparo del artículo 68, d), de la Ley de 16 de diciembre de 1954 y concordantes de su Reglamento, y conforme admite, en cuanto al traspaso, la Resolución de la Dirección General de los Registros de 7 de julio de 1964.

3.ª Con vistas al futuro, es *necesaria una profunda reforma* en esta materia, a fin de organizar de un modo completo y armónico la publicidad registral de toda clase de bienes y derechos susceptibles de ella.

CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA
Registrador de la Propiedad

Deudas y cargas en los impuestos de Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales. El tema de las adjudicaciones

SUMARIO: I. *Las cargas y el impuesto*: A) Evolución. B) *Legislación vigente*.—II. *Régimen de las cargas en las transmisiones onerosas*: A) Inicios. B) Crisis del sistema. C) Solución. D) Confirmación de la solución. E) Legislación vigente.—III. *Régimen de las cargas en las adquisiciones lucrativas*: A) ¿Presunción de deducción? B) Fundamento del criterio.—IV. *Deudas deducibles. Herencias*: A) Principio general. B) Problemas.—V. *Deudas deducibles en los restantes supuestos*: A) Donaciones B) Gananciales. C) Transmisiones onerosas. D) Actos relativos a sociedades.—VI. *Deudas y adjudicaciones de bienes*: A) La adjudicación tácita. B) Problemas de la adjudicación tácita.—VII. *Adjudicación en pago de asunción de deudas*: A) Regulación. B) Orden de imputación. C) Problemas concretos.—VIII. *Casos en que no se da la adjudicación tácita*: A) En general. B) La cesación de comunidad. C) Adjudicación de gananciales. D) Nuestro criterio.—IX. *Adjudicaciones tácitas en las herencias*: A) Norma general. B) El problema de las herencias modestas. C) Soluciones al problema.—X. *Adjudicaciones en las transmisiones onerosas*: A) Incertidumbre inicial. B) Régimen vigente.—XI. *Adjudicaciones tácitas en los actos relativos a sociedades*: A) Principio general. B) Adjudicaciones al disolverse y constituirse las sociedades. C) El caso de la aportación de finca hipotecada. D) La adjudicación tácita cuando existe metálico. E) Una posible solución.—XII. *Propuesta de redacción*.

I. LAS CARGAS Y EL IMPUESTO

A) EVOLUCIÓN

En los impuestos arriba citados, herederos del tradicional de Derechos Reales, que a su vez recibió varias denominaciones en su evolución hasta llegar a aquélla, el concepto y tratamiento de las cargas

revistió siempre gran importancia. Si eran tributos que gravaban primordialmente la transmisión de bienes, no podía ser indiferente el hecho de que éstos fueran libres o estuvieran sujetos a gravamen. Cuando se gravaba al adquirente, en razón precisamente de su adquisición, podía mantenerse que ésta se circunscribía a la parte libre; respecto a la parte afecta por la carga, la adquisición era más problemática.

Ya de antiguo la legislación del impuesto contempló el supuesto. Así, en la Ley de Presupuestos de don Alejandro Mon, de 23 de mayo de 1845, al reformar el Derecho de Hipotecas interesa la base 3.^a: «Para exigir el derecho en las traslaciones de propiedad se deducirá del valor total de las fincas el importe de las cargas con que estén gravadas, de manera que no se exija sino con respecto al precio líquido desembolsado por el adquiridor.»

Pronto debió surgir la duda, pues el precepto fue aclarado por el artículo 4 del Real Decreto de 26 de noviembre de 1852. «Las cargas a que se refiere el artículo 3 del Real Decreto de 23 de mayo de 1845 son aquellas que disminuyen realmente el capital de las fincas y, por consiguiente, en las traslaciones de dominio por título oneroso se deducirán los censos, cargas eclesiásticas y demás gravámenes de naturaleza perpetua o redimible, pero de ningún modo las hipotecas especiales en garantía de préstamos ni las fianzas constituidas sobre las fincas.» El párrafo siguiente se ocupa de las adquisiciones por título lucrativo y ordena deducir las pensiones alimenticias, aunque al extinguirse se tribute por lo que antes se rebajó.

Puede decirse que en esta regulación, cuya terminología resulta hoy curiosa (así al llamar «por» título oneroso o lucrativo a las adquisiciones) y en la que se habla de hipotecas especiales por préstamos (que hoy, al desaparecer las generales, son especiales, sí, pero el género más común de las existentes), se contenía básicamente la normativa aplicable hoy.

Estos preceptos pasaron al Reglamento del Impuesto de 1 de septiembre de 1896, de tanta importancia en la vida de aquél. Dispone que en toda transmisión, sea por título oneroso o lucrativo, sean bajas las cargas deducibles para obtener el precio o capital líquido que constituye la base de la liquidación. Por tales cargas se entienden «las que disminuyen realmente el capital, precio, valor o estimación de la cosa, o sea, censos, pensiones o demás gravámenes de naturaleza perpetua, temporal o redimible que afecten a los bienes, pero no las hipotecas en garantía de préstamos ni las fianzas constituidas por cualquier otra causa sobre los inmuebles o derechos reales, salvo lo que dispone el artículo siguiente». Hasta aquí el artículo 74. El 75 se ocupaba de las deudas deducibles en las transmisiones *mortis causa* y de ahí la salvedad.

Esta regulación pasó al Reglamento de 10 de abril de 1900 y al de 20 de abril de 1911. Con la peculiaridad en ambos casos de que el juego y definición de las cargas deducibles se conecta especialmente a las transmisiones a título lucrativo. Para las a título oneroso se establece la presunción de que todas las cargas han sido rebajadas por los interesados, de lo que nos ocuparemos después.

En estos Reglamentos, como en el de 1896, las cargas se definían como aquellos gravámenes que «afecten» a los bienes. La expresión se prestaba a ambigüedad. Prueba de ello es la exposición de motivos del Real Decreto de 6 de septiembre de 1917, que modificó la redacción del artículo 94 del Reglamento de 1911, dedicado a definir las cargas.

La reforma, que no alteraba el pensamiento del precepto, trataba de «impedir que confundiendo lo que es obligación personal del heredero, regulada por el artículo 859 del Código Civil, con lo que es una carga real, se trate de deducir del caudal hereditario el importe de los legados de pensión, mientras no respondan directamente del pago determinados bienes que queden especialmente afectos (y gravados, por ende) al cumplimiento de lo ordenado por el testador...».

El artículo 94, reformado, se pronunciaba así: «Por carga se entiende, para estos efectos, los censos, las pensiones u otros gravámenes de naturaleza perpetua, temporal o redimible que afecten a los bienes y sobre ellos aparezcan directamente impuestos.» Inmediatividad característica del derecho real o carga real, antes mencionada. Por eso continuaba el precepto en otro párrafo: «No se considerarán cargas, a dichos efectos, las que constituyan obligación personal del heredero o adquirente ni tampoco las hipotecas ni las fianzas...»

Prácticamente esa redacción pasó al artículo 100 del Reglamento de 26 de marzo de 1927. Pero éste, con mejor técnica, define primero lo que se entiende por carga y lo que no, para luego establecer el régimen de las mismas en las transmisiones a título lucrativo u oneroso. Por cierto, que al tratar de éstas impone la adición de las cargas no deducibles, de las que previamente había dicho que no se consideran cargas. De todas formas, el sentido estaba claro. Esa tónica siguen los Reglamentos de 1932, 1941 y 1947.

B) LEGISLACIÓN VIGENTE

Y así llegamos al Reglamento vigente de 1959, que también dedica a las cargas el artículo 100. Primero define la carga en general: «Por ella se entiende... los gravámenes de naturaleza perpetua, temporal

o redimible que afectan a los bienes y aparecen directamente impuestos sobre los mismos.» Se recoge la restricción que introdujo el Real Decreto de 1917.

Luego define las cargas deducibles a efectos fiscales. «Las que, como los censos y las pensiones, disminuyen realmente el capital o valor de los bienes transmitidos.» Estas eran las que en Reglamentos anteriores se consideraban cargas por antonomasia.

Finalmente, aclara que no merecerán la consideración de deducibles: «Las que constituyan obligación personal del heredero, donatario o adquirente, ni tampoco las que, como las hipotecas y prendas, pueden suponer una minoración en el precio a satisfacer, pero no una disminución del valor de lo transmitido.»

Es claro que estas últimas, aun siendo cargas, no disminuyen realmente el valor del bien transmitido; por ello son cargas no deducibles. En cambio, las obligaciones personales del adquirente no son deducibles, pero aún puede decirse que no son cargas, porque no cumplen aquella inmediatez sobre el bien. Basta ver la exposición de motivos del Real Decreto de 1917.

Por eso nos parece un acierto la dicción del artículo 8 del Texto Refundido del Impuesto de 6 de abril de 1967. Establece la deducción «de las cargas o gravámenes de naturaleza perpetua, temporal o redimible que afecten a los bienes, aparezcan directamente impuestas sobre los mismos y disminuyan realmente su capital o valor». No cita ejemplos, pero puede estarse a los del artículo 100 del Reglamento.

El artículo 8 continúa: «No merecerán la consideración de deducibles los (gravámenes) que constituyan obligación personal del adquirente o las que, como las hipotecas y las prendas, supongan únicamente una minoración en el precio a satisfacer.» Aquí se habla de gravamen refiriéndose a la obligación personal del adquirente, mientras que a la hipoteca se la conceptúa carga, aunque no deducible. Esta distinción hace compatible el precepto con la definición que de carga en general da el artículo 100 del Reglamento. La obligación personal no es deducible, fundamentalmente por no ser carga. Aunque comprendamos que a esta diferencia entre carga y gravamen tampoco debe atribuirse más trascendencia.

La temática de las cargas está suficientemente estudiada. Hay que advertir que el usufructo, aunque derecho real limitativo del dominio, funciona en el impuesto como verdadera *pars domini*. De ahí su especialísimo régimen de liquidación. En cuanto a los censos, el artículo 82 del Texto Refundido es prueba de su carácter de carga deducible. Sobre la hipoteca, HERMIDA LINARES planteó hace tiempo, en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, la posibilidad de su de-

ducción, al menos de *lege ferenda*. Su postura fue rebatida, en aquellas páginas, por RODRÍGUEZ VILLAMIL y, en definitiva, por la coincidencia de los sucesivos textos legales. De otro problema que las hipotecas plantean, y que HERMIDA apuntó, nos ocuparemos más adelante.

II. REGIMEN DE LAS CARGAS EN LAS TRANSMISIONES ONEROSAS

A) INICIOS

Como vimos antes, el Reglamento de 1 de septiembre de 1896 sentaba la rebaja de las cargas deducibles y definía qué había de entenderse por éstas. El artículo 74, dedicado a la materia, concluía: «La baja de las cargas deducibles tendrá lugar en toda transmisión de bienes o derechos reales, ya sea por título oneroso o por lucrativo.»

El Reglamento de 10 de abril de 1900 también dedicaba al tema de las cargas el artículo 74. Establecía primero la deducción de cargas en las transmisiones a título lucrativo; después definía las cargas deducibles, siguiendo al texto de 1896. Luego, en un tercer párrafo, se añadía: «En las transmisiones a título oneroso se presumirá hecha la deducción de cargas por las partes contratantes y se reputará, por tanto, como valor líquido el precio convenido, a menos que los contratantes estipulen expresamente la deducción de aquéllas o se reserve el adquirente de los bienes parte del precio para satisfacer las cargas.»

Partía el precepto del pensamiento lógico de que el adquirente sólo pagaba como precio el líquido resultante de rebajar las cargas del valor total del bien. Por eso en los casos de reserva o deducción de una parte del precio, pero consignando el total, este total ya incluía el valor de las cargas. Claro que el precepto, al no distinguir entre cargas deducibles y no deducibles, daba pie a pensar que ambas resultaban exentas de liquidación, puesto que los contratantes podían rebajarlas del precio, sin que hubiera posterior adición de las no deducibles.

Esto lo vino a solucionar el Reglamento de 20 de abril de 1911, en el artículo 94, relativo a las cargas. El último párrafo repetía la presunción de deducción de cargas por los interesados, «sean o no deducibles». Fijaba después los mismos supuestos de excepción a la presunción, para acabar: «Fuera de estos casos, el valor de las cargas no deducibles se adicionará al precio convenido para determinar la base liquidable.»

La justificación de esta adición estaba claramente expuesta en la Real Orden de 19 de septiembre de 1914, dictada siguiendo el dicta-

men del Consejo de Estado. «El verdadero precio de una cosa es lo que por ella se paga y en rigor, el que adquiere una finca gravada con una hipoteca, para ser dueño de ella sin gravamen alguno ha de abonar al acreedor o acreedores el importe de sus créditos, importe que sumado al de adquisición constituirá el precio real satisfecho por el comprador.»

El argumento fiscal aparece también en la Real Orden: «La adición de la carga tiende a evitar que por un precio ínfimo o relativamente exiguo pudiera adquirirse un inmueble de mucho valor, sin abonar lo debido al Estado por la transmisión, con evidente perjuicio de sus derechos.»

Y no cabe decir que en cuanto a la parte de la carga la adquisición está contrapesada por la obligación de pagar ésta, pues en el impuesto que nos ocupa (y así lo puso de relieve brillantemente RODRÍGUEZ VILLAMIL) el adquirente debe tributar, aunque adquiera a título oneroso y mediante su contraprestación en metálico; que, además, también pudo quedar aplazada, asimilándose así más a la adquisición de la parte del bien gravada con carga.

El sistema era tan coherente que resulta difícil explicarse cómo hizo crisis tan pronto. Por ello entraremos en el detalle de esa crisis y de su definitiva solución. Lo cual nos exige el análisis de una sentencia y de una disposición.

B) CRISIS DEL SISTEMA

La sentencia recayó sobre la liquidación por derechos reales a la adjudicación de una finca hipotecada, quedando subsistente la hipoteca. Se discutió la base liquidable. La adjudicación se produjo como consecuencia de ir a la ejecución 510 obligaciones hipotecarias por un monto de 85.202 pesetas. Quedaban subsistentes otras 5.539 obligaciones de aquel carácter.

En la ejecución, los bienes los remató la propia deudora en 85.202 pesetas (cantidad del crédito que se perseguía). Como los bienes hipotecados valían cuatro millones de pesetas, por esta cifra se giró la liquidación del impuesto. Sin embargo, el Tribunal Supremo, por sentencia de 8 de junio de 1917, anuló la resolución para que se liquidara exclusivamente por el valor del crédito.

Parte la sentencia del sistema de subsistencia de las cargas en la ejecución, establecido por el artículo 155 de la Ley Hipotecaria. Invoca también como apoyo el artículo 6 de la Ley del Impuesto de 2 de abril de 1900. Pero el análisis detallado es en torno al Reglamento entonces vigente.

«A la misma conclusión se llega aplicando los artículos 59 y 60 del Reglamento de 20 de abril de 1911, porque el primero dice, repitiendo el 6 de la Ley, que el impuesto recae sobre el verdadero valor que los bienes y derechos tuvieron el día en que se celebró el contrato o se causó el acto, con deducción de las cargas o gravámenes que disminuyan realmente su estimación, y el segundo dispone que en las transmisiones realizadas mediante subasta pública notarial, judicial o administrativa, la base liquidable será el precio de la adjudicación al adquirente.»

Seguidamente se rebate la clara objeción. «El baluarte de los que sostienen la opinión contraria es el artículo 94 del citado Reglamento (la parte que interesa la transcribimos antes), pero, como en el caso del pleito, no hay medio de suponer que los interesados fijaron precio, ni que estipularon expresamente la deducción, ni que el rematante se reservó parte del precio para satisfacer las cargas, se viene a la misma conclusión antes indicada.»

La argumentación se cierra con dos motivos bien contestables. «Este criterio fue, además, el que de acuerdo con el informe del Consejo de Estado aceptó la Real Orden de 19 de septiembre de 1914 (antes citamos esta Real Orden, tomada de la obra de MARAÑÓN, y no se ve clara la congruencia). Por último, la resolución en sentido opuesto equivaldría a hacer inútil la innovación introducida por el artículo 155 de la Ley Hipotecaria, porque es evidente que si para cobrar en relación a este caso 85.000 pesetas hubiese que pagar 127.000 por el impuesto nadie intentaría el cobro.» Aunque, ciertamente, la liquidación se fundaba no en el cobro del crédito, sino en la adjudicación de los bienes.

En definitiva, el Supremo hizo prevalecer el artículo 60 del Reglamento, que establecía, como base liquidable, el precio de adjudicación en subasta. No obstante, había apoyo suficiente en la legislación anterior para entender que ese precio se componía del líquido satisfecho y del monto de las cargas que se asumían.

Para mantener lo contrario había que dejar sin efecto el baluarte (así llamado certeramente) del artículo 94 del Reglamento. Ello se consigue ciñendo la aplicación de éste a la venta voluntaria y decretando su no juego para la enajenación en subasta. La argumentación es pobre. Se reduce a decir que en tal procedimiento no cabe hablar de precio ni de reserva de parte para pagar las cargas. Sin embargo, desde el punto de vista del rematante, es claro que su postura tiene ese carácter de precio líquido, y también hay que suponer que esa postura queda disminuida por el monto de las cargas que ha de asumir (de otra forma parece difícil admitir que bienes de varios millones se pudieran adqui-

rir por 85.000 pesetas). Los artículos 60 y 94 pudieron haberse compatibilizado.

Ahora bien, examinado el problema y criticada la solución doctrinal, creemos que la liquidación que prevaleció (mantenida por el Supremo) era más justa que la anulada, aunque fuera por motivo totalmente distinto a los debatidos. Nuestra opinión es que en realidad no procedía liquidación por adjudicación o transmisión (con lo que la solución de rebajar su cuantía se acerca más a ese criterio), y ello porque al ser rematada la finca por la propia sociedad deudora, que era la propietaria de los bienes, no hubo transmisión alguna ni cambio de titularidad dominical que justificara el tributo. Aunque sea en subasta, uno no puede comprarse algo a sí mismo; sí podría pagar al acreedor librando los bienes (art. 1.506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que es lo que en realidad ocurrió en el caso de autos y cosa muy diferente.

C) SOLUCIÓN

Con todo, la doctrina estaba establecida y la brecha abierta en el impuesto era de consideración. De ahí que antes de tres meses se hubiera puesto la solución. El Real Decreto de 6 de septiembre de 1917 modifica el artículo 60 del Reglamento de 1911. Dice su exposición de motivos que «para evitar contingencias de interpretación se relaciona el artículo 94 con el 60 del mismo Reglamento, expresando que si bien cuando se realicen las transmisiones mediante subasta cabe aceptar como base liquidable el precio de la adjudicación al adquirente..., puede, no obstante, ser objeto de comprobación en el caso de que la Administración entienda que se altera sustancialmente el verdadero concepto del precio, reputando como tan sólo el tipo de adjudicación, sin agregar a éste el importe de las cargas no deducibles que quedan subsistentes. En su consecuencia, aunque el procedimiento seguido sea el ejecutivo sumario, creado por la vigente Ley Hipotecaria, y la acción nazca de títulos nominativos o al portador, a los efectos del párrafo 2.º del artículo 155 de la citada Ley, habrá que fijar el precio mediante la combinación de los dos elementos dichos, o sea, la cantidad por que se adjudica el inmueble y el importe de las cargas no deducibles que continúen gravando aquél.»

La adición de las cargas al precio de remate se establecía ahora claramente para las subastas. En cambio, la otra reforma, el que el precio de adjudicación pudiera comprobarse, estaba oscuramente aludida en la exposición de motivos, pues se la involucraba con la adición de cargas, siendo así que eran problemas distintos, pues un precio

ínfimo en subasta podía fingirse por las partes aun prescindiendo de que el bien estuviera gravado.

La parte dispositiva no tenía tal oscuridad. El artículo 60 del Reglamento quedó redactado así: «Servirá de base en toda clase de transmisiones, como regla general, el valor oficial que resulte de la comprobación administrativa, si éste fuera mayor que el declarado por los interesados.

En las transmisiones realizadas mediante subasta pública, notarial, judicial o administrativa, la base liquidable será el precio de adjudicación al adquirente, salvo casos justificados, en que, previo acuerdo del Centro Directivo, podrá ejercitarse el derecho de comprobación.

Por aplicación del artículo 94 de este Reglamento, formará parte del precio de subasta el importe de las cargas no deducibles, conforme a dicho artículo, que deban quedar subsistentes.»

Para remachar la reforma también se añade un inciso al artículo 94 del Reglamento. Tras expresar que en las transmisiones onerosas se adicionarán las cargas no deducibles para hallar la base liquidable, se añade: «En su consecuencia, aunque el procedimiento seguido sea el judicial sumario de la Ley Hipotecaria, será forzosa aquella adición para fijar la base, si el inmueble o inmuebles adjudicados se hallan gravados con hipotecas cuya subsistencia ha de aceptar el adquirente.»

D) CONFIRMACIÓN DE LA SOLUCIÓN

La crisis se había zanjado con una solución definitiva. Buena prueba de ello es la sentencia de 9 de marzo de 1920, que solventaba la duda de si el precio de adjudicación abarca las cargas. «La duda ha quedado resuelta por el Real Decreto de 6 de septiembre de 1917, mediante la reforma del artículo 60 del Reglamento, para que quedara bien explícita, en el sentido de que cuando se enajenan bienes inmuebles en subasta pública deberá entenderse que forman parte constitutiva del precio del remate dos elementos distintos: uno, la cantidad entregada por el licitador para que se le adjudiquen las fincas, y otro, el importe de las cargas no deducibles que pesen sobre ellas.»

Esta doctrina, en definitiva, recogida ya en la Real Orden de 19 de septiembre de 1914, se considera tan plausible, que el Tribunal Supremo, en la sentencia citada, atribuye al Real Decreto de 1917 carácter interpretativo de la duda y lo aplica con efecto retroactivo.

Las modificaciones introducidas en 1917 quedan recogidas en el posterior Reglamento del Impuesto de 1927, de 26 de marzo. Concretamente, en el artículo 100, dedicado a las cargas, después de disponer la

adición de las hipotecas que queden subsistentes, se añade que ello ocurrirá, «aunque la adquisición se realice mediante subasta». El artículo 60 del Reglamento anterior, reformado en 1917, como antes vimos, pasa a ser ahora el 61 con el mismo contenido.

Dicho artículo 61 establecía, pues, que el precio de subasta podía ser objeto de comprobación (previa autorización de la Dirección General de lo Contencioso), y que a tal precio se sumará el valor de las cargas no deducibles que quedaran subsistentes. Pues bien, para acentuar el automatismo de esto segundo, en el Reglamento de 29 de marzo de 1941, su artículo 61 recoge tal adición y agrega «que en todos los casos en que se dé tal supuesto no es preciso para su aplicación la autorización del centro directivo», cosa lógica, pues esa adición no implicaba comprobación.

Finalmente, cierra el ciclo el artículo 61 del Reglamento de 7 de noviembre de 1947. En las transmisiones onerosas, incluso las realizadas mediante subasta, la base será el precio declarado o el de adjudicación, pudiendo la Administración practicar la oportuna comprobación, que será la que se tome en cuenta si es superior a aquellos valores. Se repite que al precio de subasta serán adicionadas las cargas no deducibles que deban quedar subsistentes. Ya no se indica, como en 1941, que esta adición no requiere autorización, pues la cosa es clara, e incluso se suprime dicho requisito para comprobar el precio de adjudicación, con lo que las subastas pierden tal peculiaridad. La asimilación a las ventas voluntarias es total.

E) LEGISLACIÓN VIGENTE

Este régimen de deducción de cargas en las adquisiciones onerosas, cuya evolución hemos reseñado, pasa al vigente Reglamento de 15 de enero de 1959, formando el párrafo 3 del artículo 100. Helo aquí: «En las transmisiones a título oneroso, incluso las realizadas mediante subasta, todas las cargas, merezcan o no, a los efectos del impuesto, conforme al apartado 1), la calificación de deducibles, se presumirá que han sido rebajadas por los interesados al fijar el precio y, en su consecuencia, se aumentará a éste, para determinar el valor declarado, el importe de las cargas que, según el citado apartado, no tienen la consideración de deducibles a efectos fiscales, salvo que los contratantes estipulen expresamente la deducción de estas cargas del precio fijado o el adquirente se reserve parte de éste para satisfacer aquéllas.»

El Reglamento menciona expresamente las adquisiciones en subasta, siguiendo aquella línea de asimilación a las restantes transmisiones

onerosas. También precisa que adicionadas las cargas al precio pactado se obtiene el valor declarado. Corrige así anteriores redacciones, en que a esa suma se llamaba base liquidable. Lo cual sería verdad cuando fuera mayor que el valor comprobado, pero no cuando prevaleciere éste. Ahora a la suma de precio y de cargas se reputa, y con razón, valor declarado; el que la base liquidable sea éste o el comprobado dependerá de cuál sea mayor.

El Texto Refundido del Impuesto de 6 de abril de 1967 se ocupa de la materia en los dos primeros números del artículo 70, regulador de la base imponible. El primero determina que en las transmisiones onerosas el valor declarado se obtendrá adicionando al precio pactado el importe de las cargas no deducibles (salvo los casos de excepción repetidamente reseñados). El número 2.º declara aplicable lo anterior a las transmisiones mediante subasta. En ambos casos se deja a salvo la liquidación por el valor comprobado si resultara mejor.

III. REGIMEN DE LAS CARGAS EN LAS ADQUISICIONES LUCRATIVAS

A) ¿PRESUNCIÓN DE DEDUCCIÓN?

Sería cansado exponer la evolución legal del régimen de deducción de las cargas en dicha clase de transmisiones. Por otra parte, lo estudiado en el apartado I vale para estos actos. Así, pues, nos limitaremos a transcribir el párrafo 2 del artículo 100 del Reglamento vigente de 1959.

Dice así: «En las transmisiones a título lucrativo, para establecer la base de liquidación del impuesto, se rebajará el importe de las cargas calificadas como deducibles en el apartado anterior. En esta clase de transmisiones, la no estimación como cargas deducibles de las hipotecas y de las prendas no obstará a que las deudas que garantizan, en la parte pendiente de pago, puedan ser deducidas si concurren las circunstancias consignadas en el artículo siguiente, ni tampoco a que se practique la liquidación en pago de deudas o de su asunción o para pago de las mismas.»

De las deudas deducibles y de la liquidación correspondiente por adjudicación nos ocuparemos luego. Retengamos ahora el principio de que en los actos a título lucrativo son baja las cargas que tengan la condición de deducibles, lo cual vimos en la parte I de este trabajo.

A sensu contrario, las cargas no deducibles no pueden ser baja en las transmisiones a título lucrativo para determinar el verdadero valor

del bien, sin perjuicio de que las deudas garantizadas puedan deducirse por otra vía. Pero el importe de esas cargas no deducibles, ¿se presume rebajado por los interesados al fijar el valor del bien transmitido y hay que adicionarlo para obtener el verdadero valor declarado?

En las transmisiones onerosas hay una norma que sienta la presunción de rebaja y ordena, pues, la edición. Nada se dice, en cambio, en las adquisiciones lucrativas. Por ello la primera impresión, por el argumento *a sensu contrario*, es que no interviene tal presunción ni cabe la adición.

Ello ha motivado que la doctrina proclame el distinto tratamiento que tienen las cargas en las dos clases de transmisiones. Desde luego es verdad, como apuntaba ya MARAÑÓN, que en las adquisiciones onerosas aparece el factor precio, por lo que es lógico que el comprador pague el líquido si es que se subroga en las cargas del bien. Su adquisición se produce en dos momentos, cual explicaba la Real Orden de 19 de septiembre de 1914.

Ahora bien, si en estas transmisiones no procede la adición de las cargas no deducibles que quedan subsistentes, para hallar el valor declarado, puede ocurrir que luego se deduzcan las deudas garantizadas con esas cargas, al descubrirse éstas, y entonces la liquidación por uno u otro concepto no grave el valor entero del bien, con detrimento de la justicia fiscal.

Supongamos que se presenta a liquidación en una capital una escritura pública de donación de inmueble. Se asigna a éste como valor el de 100.000 pesetas. Por comprobación ordinaria de valores no resulta aumento. Sin embargo, se viene en conocimiento de que el inmueble está gravado con hipoteca en garantía de préstamo de 200.000 pesetas y valorado, a efecto de subasta, en 225.000 pesetas.

Con arreglo al criterio rígido de interpretación, como la carga no deducible (cual es la hipoteca) no puede adicionarse, a lo sumo que se llegaría es a obtener un nuevo valor comprobado de 225.000 pesetas. Y al ser la deuda hipotecaria deducible, resultaría que sólo 25.000 pesetas se liquidarían al tipo de donación y 200.000 como adjudicación en pago de asunción de deuda.

Frente a esta conclusión, si se operara como en la transmisión a título oneroso, la carga hipotecaria se adicionaría al valor fijado al bien en la escritura, para obtener el verdadero valor declarado de 300.000 pesetas. De las cuales 100.000 pesetas tributarían como donación, y 200.000, como adjudicación por las deudas. Porque también en este caso la adquisición del donatario es doble: una lucrativa, por el exceso, y otra onerosa, por el valor de la carga.

Nuestra postura es esta segunda. Recordemos que cuando en la

venta en subasta se discutió la adición de las cargas, uno de los fundamentos para negarla era que en tal caso no se podía fijar un verdadero precio. Pero un valor líquido y un valor total del bien pueden fijarse en todo caso. Y cuando no se indica la carga hay que entender que el valor asignado al bien no la incluye. Lo cual, igualmente, es aplicable a la adquisición hereditaria.

B) FUNDAMENTO DEL CRITERIO

Como apoyo de nuestra opinión puede invocarse la sentencia de 28 de enero de 1946. En el caso resuelto se había vendido un bien en 100.000 pesetas. Mediante denuncia se vino en conocimiento de haberse ocultado un gravamen hipotecario de 395.000 pesetas, por el importe del cual liquidó la Administración. El reclamante opuso la prescripción de la acción comprobadora, lo que no prosperó.

«La agregación a la base liquidable de la cuantía representada por la hipoteca de 395.000 pesetas no implicó haberse revisado el valor de tal base correspondiente a la finca enajenada, pues lo único que hizo la Administración, en virtud de la denuncia presentada, fue indagar y averiguar que, en efecto, además de la mencionada finca, cuyo valor declarado y concertado entre las partes contratantes no se puso en duda, se había transferido también un gravamen hipotecario existente sobre ella, cuyo importe, en conjunto, tampoco se puso en tela de juicio y lo único, en definitiva, comprobado, fue que, además de la finca, se había procedido a la enajenación de aquel valor económico y de aquel derecho real, cuya sustantividad en el orden privado, a pesar de su inseparable unión al fondo correspondiente, viene reconocida por los artículos 1.874 y 1.878 del Código Civil y los 106 y 107 de la Ley Hipotecaria, como susceptibles de independiente estipulación y gravamen, lo cual, a su vez, equivale a deber conceptuarlos como peculiares objetos tributarios.»

Y concluye la sentencia de 1946: «Por tanto, cuanto realizó la Administración a partir de la denuncia no fue una revisión, sino un acto de investigación y comprobación de la existencia y valor de un nuevo objeto tributario, por lo cual en todo momento *interim* el crédito fiscal correspondiente no se estimara prescrito, conforme al artículo 29 de la Ley de Administración y Contabilidad de 1911, no podía tenerse por extinguida la posibilidad de iniciar actuaciones para la efectividad del mismo, por concepto de impuesto de derechos reales.»

Doctrina perfectamente aplicable al ejemplo de la donación, que antes pusimos, y que abona el extender a ese campo de la gratuidad

la presunción de deducción de las cargas no deducibles y la adición correlativa de su importe. Lo cual es tanto más necesario cuanto que de otra forma se rebajaría la deuda hipotecaria, que, en general, se liquidaría como adjudicación a menor tipo impositivo.

En las adquisiciones lucrativas resulta lógico que los contratantes, en el caso de donación, o los herederos, en el de herencia, relacionen el valor íntegro de los bienes y el líquido resultante como consecuencia de las cargas o deudas. Así, el artículo 84 del Reglamento del Impuesto de 1959 prescribe que en el expediente de comprobación figuren las cargas deducibles y las deudas cuya baja se admita.

En otro orden de cosas, el artículo 175 del Reglamento notarial de 2 de junio de 1944 señala las cargas y gravámenes como uno de los objetos propios de la exposición de las escrituras públicas. Lo normal es, pues, que se consignent; en otro caso sería de aplicación la sentencia transcrita.

La presunción de rebaja de cargas no deducibles en los actos lucrativos y correlativa adición de su importe, si las hubiere, tiene también su excepción. No puede aplicarse aquí el caso de que el adquirente retenga parte del precio para satisfacer aquéllas, por no existir tal precio. Pero el otro supuesto, «estipular expresamente la deducción de las cargas del precio fijado», tiene cabida con sólo sustituir la palabra precio por «valor».

Ante estos argumentos creemos debe ceder el de *a sensu contrario*, que se desprende de los párrafos 2 y 3 del artículo 100 del Reglamento. Primero, porque en sí es criterio interpretativo de no mucha consistencia. Después, porque la regla del Texto Reglamentario para las transmisiones onerosas coincide con el principio más general y fundamental de que sólo son deducibles las cargas que tengan este carácter. Si en el ejemplo de la donación que expusimos no se adicionara la carga hipotecaria al valor escriturado, realmente se habría rebajado una carga no deducible. Porque no cabe admitir que ese valor de 100.000 pesetas no presume la deducción de la hipoteca de 200.000 pesetas. Esa rebaja es totalmente necesaria, pues de otra forma un valor inferior nunca puede incluir otro superior.

El ejemplo puesto es precisamente algo exagerado para que permitiera apreciar claramente la consecuencia. Mas aunque la carga no deducible no fuera superior al precio o valor manifestado, la solución habría de ser la misma. La cantidad no altera el razonamiento. En otro caso, la deducción de la carga no deducible sería posible al interesado con sólo rebajar su importe y no declarar aquélla: el caso de la sentencia de 1946 es bien ilustrativo, y todavía en él, la proporción de la ocultación era mayor que en nuestro ejemplo.

IV. DEUDAS DEDUCIBLES. HERENCIAS

A) PRINCIPIO GENERAL

Es ésta una materia ampliamente estudiada por la doctrina y en la que, por tanto, sólo haremos breve mención de ciertos extremos. La deducción de las deudas hereditarias ya venía reconocida por la base 16 de la Ley de 30 de junio de 1892. «El valor de los bienes que se transmitan por herencia se fijará, para los efectos del impuesto, deduciéndose el importe de las deudas del causante, cuya certeza conste en escritura pública o en otro documento de legitimidad indudable.»

Nueva redacción encuentra el precepto en el Reglamento de 1 de septiembre de 1896. El artículo 75 decía: «En las transmisiones *mortis causa*, las deudas de cualquier clase y naturaleza serán deducibles siempre que se acredite su existencia por medio de documento público o privado de indudable legitimidad y bastante a hacer fe en juicio, a tenor de lo prevenido en el artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Hay que notar al hablar de estas deudas, en primer lugar, que el hecho de no ser las hipotecas carga deducible no impide que la deuda garantizada pueda rebajarse si cumple las condiciones reseñadas; y así se hace la oportuna salvedad. En segundo término, la rebaja de la deuda acarrea la consiguiente liquidación por adjudicación, de la que después trataremos.

Volviendo a las deudas deducibles, el desarrollo legislativo se cierra en el Reglamento de 1959, donde ocupan el artículo 101, y en el Texto Refundido del Impuesto de 1967. Este último trata del tema en el artículo 28 y recoge en el 25 la novedad de la Ley de Reforma de 1964 de deducirse en la segunda transmisión hereditaria, ocurrida dentro de los diez años y a favor de descendientes legítimos, lo pagado en la transmisión anterior.

B) PROBLEMAS

De las deudas enumeradas en la legislación vigente tienen una mayor importancia los tres primeros grupos: *a)* Las que consten en documento que lleve aparejada ejecución. *b)* Las bancarias e intervenidas en póliza de mediador oficial. *c)* Las restantes que se prueben a satisfacción de la Administración.

En cuanto a las del grupo primero, el artículo 28 del Texto Refundido sienta un régimen especial para las contraídas en el plazo de un

mes anterior al fallecimiento. Los interesados habrán de justificar la realidad de la deuda; si la Oficina Gestora no diera por buena tal probanza, sobre el extremo habría de pronunciarse el Jurado Tributario. Hay así un tímido atisbo de competencia de este organismo en la materia, que, desde luego, resulta apropiada para ese enjuiciamiento en conciencia. En cambio, en las presunciones de adición al caudal hereditario se ha dado al Jurado un papel preponderante.

BAS Y RIVAS, en su clásica obra sobre el impuesto, entendía que al grupo *c)* podían acogerse tanto las deudas distintas de los apartados *a)* y *b)* como las de estos últimos cuando no reunieran las condiciones previstas en ellos, en cuyo caso habrían de someterse a todos los requisitos previstos en *c)*. A la vista de éstos y de la entrada al Jurado, que se ha mencionado más arriba, no parece desacertado que la Administración pueda pronunciarse por todos los medios existentes sobre la realidad de una deuda. Si ésta se acredita debe ser deducible.

Otro problema plantean las deudas por contribuciones e impuestos. El que estando devengado el tributo al momento del fallecimiento, no se concrete la liquidación hasta después de haberse pagado el impuesto sucesorio. No es impensable el supuesto dado el plazo de cinco años de prescripción de las deudas tributarias.

El supuesto contrario, de aparecer nuevos bienes después de practicada la liquidación, no ha suscitado dudas sobre poderse girar una complementaria por el importe de esos valores. Igual ha de decirse cuando lo heredado es el derecho a cobrar un justiprecio y la cuantía de éste se eleva por sentencia ulterior.

Parece que al caso de la nueva deuda puede aplicarse el mismo sistema. Presentada instancia con inclusión del débito, procedería rectificar las liquidaciones ya practicadas para ponerlas en consonancia con la nueva situación. Podrá bajar el tipo impositivo aplicable, pero ello no encierra especial particularidad.

También puede enfocarse la situación como una devolución de ingresos indebidos. Estos serían los correspondientes a la cantidad del nuevo débito, aunque, a cambio, se girara la liquidación por la adjudicación. Si cabe pedir la devolución en supuestos de anularse la adquisición, no resulta excesivo que lo mismo ocurra cuando por una resolución administrativa (la que practicó la liquidación tributaria) aquella adquisición deje de ser lucrativa para convertirse en una adjudicación para pagar la deuda (en la cuantía concurrente con ésta).

V. DEUDAS DEDUCIBLES EN LOS RESTANTES SUPUESTOS

A) DONACIONES

El primer caso de que hemos de ocuparnos es el de las donaciones. Pese a las analogías tributarias que éstas presentan con las herencias, en el Reglamento de 1896, 1900 ó 1911 no se prevé la rebaja de deudas en aquéllas, a diferencia de lo que ocurre en las transmisiones *mortis causa*.

Así, el Real Decreto de 6 de septiembre de 1917, tras establecer en el artículo 94 que no se consideran cargas las hipotecas ni las fianzas, añade: «Sin perjuicio de que las deudas que estas dos últimas garanticen puedan ser deducibles únicamente para fijar la base en las sucesiones hereditarias.» Donde el adverbio «únicamente» impide el que la deducción se extienda a la donación. Ese régimen se mantiene en los Reglamentos de 1927, 1932 y 1941.

El panorama cambia en el de 7 de noviembre de 1947. El párrafo 2 del artículo 100 se ocupa de la deducción de cargas en las transmisiones a título lucrativo. Y refiere a «esta clase de transmisiones» la norma de ser deducibles las deudas garantizadas con prenda o hipoteca cuando concurren las circunstancias del artículo siguiente. La modificación es intencionada y permite ahora extender el régimen a las donaciones, lo cual se mantiene en el Reglamento vigente de 1959.

Ya la Resolución de 16 de marzo de 1939 había reconocido que si el gravamen o pago de pensiones que se impuso al donatario es inferior al valor de los bienes que se donan, debe girarse el impuesto de esa diferencia y por ese concepto; además, «procede liquidar por adjudicación para pago de deudas sobre el importe de las cargas que pesen sobre los bienes donados».

Sólo faltaba extender el régimen a las deudas garantizadas con prenda o hipoteca, cual antes se vio. En concordancia con la ampliación puede entenderse hoy el párrafo 2 del artículo 63 del Texto Refundido del Impuesto: «Si existiesen recíprocas prestaciones o se impusiere algún gravamen al donatario tributarán por el mismo concepto (donación) solamente por la diferencia.» En la otra parte será de aplicación la Resolución de 1939.

Para la deducción de las deudas en las donaciones habrá que aplicar el artículo 101 del Reglamento vigente, pero con las necesarias adaptaciones, pues éste trata de las deudas hereditarias. La remisión es obligada, ya que la establece el artículo 100 del mismo Texto. Y, además, es lógica, si se tiene en cuenta que donaciones y herencias tributan por las mismas tarifas y resultan fiscalmente intercambiables.

B) GANANCIALES

El segundo caso que llama la atención es el de la sociedad de gananciales. Las deudas que gravan el patrimonio ganancial son deducibles y de hecho se rebajan al practicar liquidación por el impuesto cuando por fallecimiento de uno de los cónyuges se disuelve la sociedad y se causa la herencia.

Sin embargo, la Ley y el Reglamento actuales, como los anteriores, hablan siempre de transmisiones por causa de muerte y de deudas contra el causante de la sucesión. Parece que se contemple el supuesto de personas no casadas. Y es que ni la atribución de gananciales al supérstite puede considerarse *mortis causa* ni las deudas fueron siempre contraídas por el causante.

Se echa de menos, pues, una referencia a las deudas o cargas de la sociedad de gananciales, aunque sólo fuera para decir que su deducción se regiría por las mismas reglas del artículo 101. Habrá deudas del causante, otras que aun contraídas por el cónyuge supérstite (más si es el marido) afecten a los gananciales y pueden darse las que no deban gravar a esta sociedad y sí sólo al sobreviviente.

En definitiva, y dejando a salvo los requisitos fiscales para ser rebajadas, las deudas se calificarán y deducirán aplicando las normas del Código Civil. Eso harán los interesados y debe revisarlo el liquidador. Ya que no sería justo que por no aparecer contraídas por el causante (sino por el otro cónyuge) no se tomen en consideración deudas plenamente legítimas, ni tampoco equitativo que, por figurar a nombre de aquél, su importe íntegro sea deducido del caudal hereditario propiamente dicho. Pues esta parte queda sujeta a tipos impositivos que no sufre la mitad ganancial del supérstite.

Otra cosa es que algún gasto deducible pueda ser rebajado íntegramente de aquel caudal, como los del entierro y última enfermedad. Pero en el resto conviene seguir de cerca la pauta del derecho civil y sería deseable que así se reglamentara expresamente.

C) TRANSMISIONES ONEROSAS

Cabe también plantearse el tema de las deudas deducibles con referencia a las transmisiones onerosas. Para éstas, el artículo 100 del Reglamento establece la presunción de deducción por los interesados de todas las cargas y correlativamente ordena adicionar las que no sean deducibles. No se contempla la rebaja de deudas. Y la conclusión ha

de ser en sentido negativo, puesto que tal deducción sólo aparece en las transmisiones a título lucrativo.

Además, hay otra razón en contra de tal rebaja: si la deuda se tuviera en cuenta ello resultaría inoperante, porque al tener el mismo tipo liquidable la transmisión y la adjudicación en pago de asunción de deudas, el propio artículo 100 ordena girar una sola liquidación por la base total. Es el caso de la venta de finca hipotecada. No interesa discriminar la parte de valor libre y la gravada, porque la liquidación por transmisión es única sobre la base de ambas.

La inoperancia de la deducción de deudas en estas transmisiones es aún más tajante a la luz de la doctrina de la Circular de la Dirección General de lo Contencioso de 15 de febrero de 1966. Según ésta, las adjudicaciones en pago de asunción de deudas tributarán como las transmisiones de inmuebles, como las de muebles en general o como las de bienes muebles que gocen de tipo especial. Por tanto, al seguir la liquidación por adjudicación la suerte de la correspondiente a la transmisión, la deducción de deudas sería irrelevante por coincidir el tipo. Sobre esto aún añadiremos algo más adelante.

D) ACTOS RELATIVOS A SOCIEDADES

El último supuesto en que pueden figurar las deudas deducibles es el de los actos relativos a las sociedades. Aquí el artículo 100 prescribe la deducción, pues a ello equivale disponer que se liquide, por un lado, la transmisión, y, por otro, la adjudicación, que presupone aquella rebaja. En cambio, no se detallan los requisitos que hayan de tener las deudas.

Claro que en muchos supuestos de la vida de la sociedad la Ley habla de tributación sobre el haber líquido, y esto supone una depuración de las deudas. Es reiteradísima la jurisprudencia que entiende por tal haber líquido la diferencia entre el activo realizable y el pasivo exigible por terceras personas. El pasivo así caracterizado constituirá la verdadera deuda deducible.

Es atinada la consideración de RODRÍGUEZ VILLAMIL de que para hallar ese haber líquido las deudas han de ser las que realmente disminuyan el patrimonio social, no las que respondan a un mero tecnicismo contable. Asimismo, BAS Y RIVAS descubre cómo la doctrina se orienta en el sentido de no ser admisible vulnerar principios axiomáticos de contabilidad, dividiendo los elementos constitutivos de un balance, admitiendo partidas del activo y no tomando en cuenta las del

pasivo, en cuyo sentido se pronuncia la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 26 de octubre de 1948.

Es más, ese criterio del haber líquido puede también aplicarse cuando la sociedad es objeto de transmisión unitaria a título *inter vivos* y *mortis causa*. Y en el último supuesto, la baja de deudas podía pensarse que tenía que estar ajustada a los rígidos preceptos del artículo 101 del Reglamento. El interrogante lo decide negativamente la Resolución de 12 de julio de 1963.

«Si bien es cierto que el artículo 101 del Reglamento, al referirse a las deudas deducibles en las transmisiones *mortis causa*, exige para tal deducción la concurrencia de determinados y concretos requisitos, tendentes a evitar el fraude derivado de una posible simulación de dichas deudas, tal precepto no es aplicable al supuesto de transmisión hereditaria de empresas o negocios pertenecientes individualmente al causante de una sucesión, porque en este caso, con referencia a las partidas integrantes del pasivo exigible de tales negocios, la procedencia del concepto de pasivo de cada cuenta puede ser calificado, aplicando las normas legales sustantivas en vigor, por el liquidador del impuesto, y la realidad de tales partidas (además de las comprobaciones que se derivan de su constancia en balance preexistente en poder de la Administración y de las que ésta haya reiterado para otros tributos) puede ser aclarada o justificada a petición del liquidador con la aportación de nuevos documentos e informes técnicos.»

Como se ve, sobre la normativa de deudas deducibles hereditarias prevalece la sustantividad conceptual de la empresa o sociedad y las exigencias lógicas de la contabilidad propia de ésta. La resolución transcrita es tan clara, que ahorra el comentario.

Todavía cabe pensar en otros casos de la vida social en que el módulo de liquidación no es el haber líquido, sino los bienes aportados. Así, en la constitución o en el aumento de capital. Y como esos bienes pueden estar gravados con deudas, cuya deducción admite el Reglamento, se plantea el buscar el criterio para tal admisibilidad.

Vaya por delante que tratándose de sociedades el tipo tributario de éstas es con frecuencia inferior al de la adjudicación en pago de asunción de deudas. Y ello hace muy impensable el fraude, consistente en simular tales deudas. En todo caso, para formar criterio tiene utilidad aquella opinión de RODRÍGUEZ VILLAMIL, en el sentido de que las deudas tuvieran realidad. También puede trasladarse aquí, salvada la distancia, la afirmación de BAS Y RIVAS sobre cálculo del haber líquido: «En la práctica se ha venido admitiendo la deducción de deudas (que figuran en el pasivo) siempre que no se observara alguna anomalía.» Finalmente, puede tenerse en cuenta lo que el párrafo 3 del

artículo 19 del Reglamento dispone sobre aportación a la sociedad de bienes afectos a una obligación o sobre asunción por aquélla de deudas del aportante.

VI. DEUDAS Y ADJUDICACION DE BIENES

A) LA ADJUDICACIÓN TÁCITA

Tras las huellas del derecho civil, la legislación del Impuesto de Derechos Reales se ocupó pronto de dos figuras de adjudicación. La realizada en pago de deudas, que podría caracterizarse de compraventa, en que el débito fuera el precio, y la adjudicación en comisión o para pago de deudas, que bordea los términos del mandato. Nada hemos de decir sobre estas formas jurídicas; sí, que la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1965 (al resolver un supuesto del impuesto que tratamos) las estudia y distingue con muy documentada doctrina.

Pero en ese campo tributario se tropezó pronto con una tercera especie de adjudicación, la tácita, de la que también se ocupó la doctrina patria. Puede decirse que la introducción clara y abierta de la misma en la legislación del tributo había estado precedida de esas consideraciones de los autores. Por todos éstos puede citarse a BAS Y RIVAS.

El centro gestor del tributo también se manifestó al respecto. Citamos los acuerdos de la Dirección General de lo Contencioso de 9 y 23 de junio de 1922. El primero, relativo a las herencias, decía: «La deducción del caudal relicto del importe de las deudas hereditarias no supone que su importe se exima del pago del impuesto, sino que se exija por el concepto de adjudicación en pago o para pago de deudas en razón de la cantidad deducida.»

Más significativo es el segundo, en el campo de las sociedades: «Al acordarse la disolución de la sociedad, aunque sólo se haga a los socios expresa adjudicación del capital social, ha de estimárseles adjudicados, a los efectos de la liquidación, el resto del activo social para el pago de las deudas de la sociedad.» La adjudicación tácita queda expresamente aludida.

Igualmente ocurre en la jurisprudencia. Así dice la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 23 de junio de 1953: «Además de la adjudicación expresa de bienes inmuebles o derechos reales para pago de deudas, que, como acto sujeto al Impuesto de Derechos Reales, regula el párrafo 5 del artículo 9 del Reglamento

de 1947, hay otros actos relativos a adjudicación tácita o supuesta, también sujeta al impuesto, regidos por los mismos principios que la anterior.» En precedentes resoluciones se había sentado ya esa doctrina. Pero volvamos a la de 1953.

Concretamente, cuando los herederos reciben bienes por su haber hereditario, que están sujetos al pago de débitos, «la sujeción al impuesto en tal caso tiene su fundamento en la propia naturaleza jurídica del acto liquidable, el cual constituye una adquisición de bien inmueble en la porción del valor de la finca igual al importe de la deuda que se deduce, puesto que los herederos deben pagar ésta en su día, entregando metálico al acreedor, cantidad que representa el precio de esa parte proporcional de inmueble que se transmite a aquéllos».

Es curioso que pese a encajar la adjudicación tácita dentro de la para pago de deudas, se hable de precio, lo cual es más congruente con la adjudicación en pago.

La Resolución de 17 de enero de 1956 trata de la deducción de deudas (por cierto, de una empresa) en la transmisión hereditaria: «La reducción de la base liquidable por el concepto de herencia al saldo líquido resultante arrastra necesariamente la consecuencia de liquidar, por el concepto de adjudicación para pago de deudas, la cantidad de bienes del activo coincidente con el montante de las deudas del pasivo.» Y se insiste: «La liquidación por este concepto no hace necesaria la adjudicación expresa de bienes para el pago de las deudas, sino que presume la adjudicación en cuantos casos existen éstas.»

B) PROBLEMAS DE LA ADJUDICACIÓN TÁCITA

El encuadrar la adjudicación tácita dentro de la para pago de deudas era fuente de perplejidades dada su distinta naturaleza. Ello se aprecia en la sentencia de 8 de mayo de 1950. Se había liquidado por adjudicación para pago en razón a unas deudas hereditarias. «Si no se pide la devolución en el tiempo señalado (en el art. 9 del Reglamento) caduca el derecho al reintegro, puesto que hay motivos para entender que el heredero se ha convertido en adquirente a base de su peculio particular, cuya transmisión hállese por ello sujeta al impuesto en sentido de compraventa.»

Esta asimilación a la compraventa prueba de nuevo que el encaje de las adjudicaciones tácitas debía producirse en las «en pago» de deudas. Pero lo que era absurdo es que el hecho extrínseco de pedir o no la devolución en un plazo alterara la naturaleza jurídica de una figura.

También apuntaba BAS Y RIVAS que con esa indeterminación podrían acogerse al beneficio de la devolución auténticas adjudicaciones en firme, por el mero hecho de haber sido liquidadas como «en comisión», aunque fueran tácitas. Por cierto, que la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964 pudo dar origen a análoga consecuencia: en efecto, tras regular las adjudicaciones, proclamaba el derecho a devolución del adjudicatario que hubiera pagado el crédito del acreedor. Siendo así que sólo debía gozar de tal derecho el que fuera adjudicatario para pago o en comisión. En el Texto Refundido de 1967 desapareció tal ambigüedad.

Fue la Ley de Reforma de 26 de diciembre de 1957 la que, en su artículo 95, ordenó incluir entre las adjudicaciones en pago «la de asunción de deudas». El nuevo Texto de la Ley, de 21 de marzo de 1958, incluyó en las tarifas tal figura.

Luego los trazos definitivos son obra del Reglamento de 1959. En varios artículos se habla de la adjudicación en pago de asunción de deudas. Y es fundamental el párrafo 3 del artículo 47, que hace nacer tal modalidad cuando se transmitan conjuntamente bienes y deudas. De ella tratamos seguidamente.

VIII. ADJUDICACION EN PAGO DE ASUNCION DE DEUDAS

A) REGULACIÓN

La Ley de Reforma Tributaria de 1964 impuso una simplificación de los números de la tarifa. Ello obligó a reconducir las distintas figuras, a las que pudiéramos denominar matrices. Por ello, tras sujetar a gravamen, en el número 1.º del artículo 54, las transmisiones, el Texto Refundido de 1967, que recoge aquel criterio, añade un artículo 55, según el cual se considerarán transmisiones onerosas y se liquidarán según la naturaleza de los bienes: «1.º Las adjudicaciones expresas de bienes y derechos de todas clases en pago de deudas o de su asunción o para pago de ellas y las mismas adjudicaciones, aunque sean tácitas, que se produzcan como consecuencia de la constitución, aumento y disminución de capital, prórroga, modificación, transformación y disolución de sociedades.»

Luego se establece el derecho a devolución de los adjudicatarios para pago de deudas que cumplan su encargo dentro del plazo legal. Ahora este beneficio se establece para los bienes muebles igual que para los inmuebles y, correlativamente, el tipo aplicable al adjudicata-

rio de los muebles es el de las transmisiones ordinarias de bienes de esta clase y no el reducido que existía en la legislación anterior.

El número 1 del artículo 55 habla de las mismas adjudicaciones cuando sean tácitas. Esta posibilidad hay que entenderla reservada para las en pago de asunción de deudas. Las adjudicaciones en comisión o para pago deben ser expresas, cual prescribe el artículo 47 del Reglamento de 1959, que hay que entender vigente en este punto. Igual ocurre con la adjudicación en pago de deudas. En cambio, las en pago de asunción de deudas pueden apreciarse tácitamente, como examinamos a continuación.

El artículo 55 citado prevé que las adjudicaciones tácitas puedan aparecer en los actos de la vida de las sociedades. No hay, en cambio, referencia a las transmisiones hereditarias, claro que el ciclo lo completa el artículo 43 del Texto Refundido.

Según el mismo: «Las adjudicaciones en pago de deudas o de su asunción o para pago de las mismas, que se produzcan como consecuencia de adquisiciones *mortis causa*, se liquidarán, en su caso, según las normas establecidas en el Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.» Y en este impuesto tales adjudicaciones se liquidan como transmisiones. Dicho artículo 43 no menciona las adjudicaciones tácitas en las herencias, pero la clave la da el artículo siguiente.

En efecto, el artículo 44 reproduce el párrafo 3 del artículo 47 del Reglamento de 1959 y sienta, por tanto, el principio general de las adjudicaciones tácitas. Dice así: «Cuando se transmitan al propio tiempo bienes y deudas sin hacer expresa adjudicación de aquéllos, por vía de encargo o comisión para satisfacer éstas, se considerará que existe una adjudicación en pago de asunción de deudas y se liquidará por tal concepto si no existiera entre los bienes transmitidos metálico suficiente para cubrir el débito, aplicándose al efecto, en primer término y hasta donde alcancen, los bienes muebles, y sólo en su defecto, los inmuebles.» Queda claro que la liquidación se producirá «en cuanto» no hubiera metálico suficiente. Porque, en definitiva, el que primero se aplica es éste, aunque goce de exención, conforme al número 6 del artículo 65 de la Ley.

Es, en cambio, cuestionable la sistemática del artículo 44 citado, entre las normas especiales del impuesto sobre las sucesiones. Ciertamente que la existencia de dos tributos diferentes en un solo texto refundido dificulta las soluciones de sistema; pero al tratarse de adjudicaciones tácitas, liquidables como transmisiones, parecía más oportuno el encaje en el libro segundo. A menos que se estimara preferible

ubicar el precepto en el título preliminar, entre los principios generales de tributación.

B) ORDEN DE IMPUTACIÓN

Al darse la adjudicación tácita y haber de imputar los bienes transmitidos, un problema que se planteó fue el del orden en que aquella operación tenía que realizarse. En un principio, el criterio fue extraordinariamente rígido. Al existir bienes muebles e inmuebles, sin hacerse entre ellos la debida especificación, el precepto reglamentario obligaba a aplicar al total el tipo de los inmuebles. Así lo decreta la sentencia de 3 de enero de 1944, que invoca el artículo 47 del Reglamento.

El criterio se suaviza en la Resolución de 2 de noviembre de 1948. Si en la adjudicación no se especificaba qué bienes del activo se imputaban había que aplicar primero los inmuebles y después los muebles, lo cual atempera lo prescrito en el artículo 47

Un paso adelante aparece en la Resolución de 22 de abril de 1952, sobre el caso de una disolución de sociedad. «La Oficina Gestora y el Tribunal Provincial han tenido presente... la preferente asignación mobiliaria sobre la inmobiliaria al pago de las deudas sociales.»

Este criterio se plasmó en el Reglamento de 1959, artículo 47, y lo reproduce el Texto Refundido en el artículo 44, que antes transcribimos. Se busca una línea de suavidad, al tratarse de una figura que sólo aparece tácitamente.

El último paso lo da la Circular de la Dirección General de lo Contencioso de 15 de febrero de 1966, sobre liquidación de adjudicaciones en el caso de fusión de sociedades. Como tales adjudicaciones no tienen número propio en la tarifa han de liquidarse como transmisiones. Pues bien, tratándose de muebles, el número aplicable es el 2, con tipo del 4 por 100, salvo que tengan otro especialmente asignado en la tarifa. En este caso, la adjudicación tácita de bienes muebles podrá beneficiarse de tipos más reducidos que el 4 por 100, cuando los derechos transmitidos estén especialmente contemplados en la tarifa. Por ejemplo, créditos personales, préstamos hipotecarios, etc.

C) PROBLEMAS CONCRETOS

Este punto último será objeto de otras consideraciones más adelante. Por ahora nos referiremos al caso de las letras de cambio, respecto de las que en algún caso se pretendió operaran como metálico y gozaran, por tanto, de exención.

Tal pretensión fue rechazada en la Resolución de 7 de marzo de 1968. «Las letras de cambio aceptadas que figuran en el activo constituyen el título de una obligación patrimonializada, el cual puede hacerse efectivo a su vencimiento o ser, antes que éste se produzca, objeto de transmisión por medio de endoso.» Se concluye: «Al no haber sido hechas previamente efectivas, precisamente en dinero metálico, por el negocio individual y ser necesario que su efectividad y conversión en moneda se realice precisamente por la sociedad a la cual se han transmitido en el momento de la constitución, tenían la condición jurídica de bienes y derechos de todas clases, en el amplio concepto a que se refiere el número 1 del artículo 55 del Texto Refundido.»

La asimilación de la letra de cambio al metálico, a efecto de la adjudicación tácita, no es, pues, admisible. Pero a la luz de la Circular citada de 1966 podría cuestionarse si a la letra sería aplicable otro tipo distinto del general de los muebles del 4 por 100. Porque la letra aparece recogida en el número 39 de la tarifa con tipos según escala. El concepto es de actos jurídicos documentados, pero la tarifa es común al Impuesto de Transmisiones.

Y supuesto lo anterior cabría invocar el párrafo 1 del artículo 107 del Texto Refundido, según el cual el pago del impuesto en la expedición de la letra de cambio cubre todas las cláusulas en ella contenidas. Esta referencia a las cláusulas cambiarias excluye el que la norma se aplique a la adjudicación tácita en el caso contemplado. En la fusión o disolución de sociedades o en la transmisión hereditaria no estamos ante la negociación típica de la letra, sino ante figuras de índole no cambiaria, que gozan de plena autonomía en su tributación.

Por otra parte, tampoco sería admisible la tributación por el número 39 de la tarifa en ese caso de adjudicación tácita. Aunque en ella quepan otros números de aquélla, cual antes se vio, no ocurre lo propio con el de la letra, que establece una escala gradual de reintegro o timbre al que es sustancial la extensión en el efecto timbrado. Normas incompatibles con los supuestos de la llamada adjudicación tácita.

Finalmente, el artículo 44 del Texto Refundido aún puede plantear otros problemas. Tal precepto impone la imputación a las deudas del metálico, muebles o inmuebles, por ese orden. Cuando la comprobación no altera los valores declarados no hay cuestión. Pero supongamos que en uno de los supuestos de sociedades (fusión o disolución) el activo es inferior al pasivo. Las adjudicaciones se reducirían a cubrir el importe del primero.

Mas pongamos que practicada comprobación del haber líquido, éste resulta una cantidad positiva. Aparte la liquidación por sociedades, hay que girar otras por adjudicación que abarquen ya todas las deudas. El

problema está en que como los bienes declarados del activo no igualaban a aquéllas, el exceso obtenido por comprobación hay que calificarlo de alguna forma para completar las liquidaciones por adjudicación.

Cabría pensar que ese haber líquido superior corresponde al valor empresarial en sí o activo inmaterial; la consecuencia sería liquidar como bien mueble todo aquello que exceda de los bienes inventariados. Otra solución podría ser el pensar que el mayor valor se distribuye proporcionalmente entre todos los elementos del activo, con lo que la liquidación se atendería a la distinta naturaleza de éstos, pero sobre un valor aumentado. En definitiva, el tratarse de figuras tácitamente apreciadas puede consentir esta flexibilidad, que la propia normativa acoge al fijar el orden de aplicación de los bienes.

VIII. CASOS EN QUE NO SE DA LA ADJUDICACION TACITA

A) EN GENERAL

Ya hemos visto que esta adjudicación aparece, conforme al artículo 44 del Texto Refundido del Impuesto, cuando al mismo tiempo se transmiten bienes y deudas. Es, pues, requisito para que la adjudicación se dé el que exista una verdadera transmisión. De ahí que ello se predique de las transmisiones hereditarias o en los actos relativos a las sociedades.

No obstante, surgió la duda de si en todos los actos relativos a las sociedades era liquidable tal adjudicación. Duda sumamente razonable, porque en la transformación y en la modificación no hay cambio de personalidad ni, por ende, transmisión. Al problema subvino la Circular de la Dirección General de lo Contencioso de 5 de agosto de 1966.

Y la conclusión fue tajante: La adjudicación tácita en pago de asunción de deudas es procedente en todos los supuestos del número 3 del artículo 144 de la Ley de Reforma de 1964 (hoy artículo 54 del Texto Refundido), pero «sólo en los casos en que tenga lugar». La restricción es evidente, mas fundamental. Un concepto tributario sólo podrá liquidarse «cuando exista dentro del marco de cada negocio jurídico en el que pueda ir integrado».

Lo que ha de contemplarse en la adjudicación tácita es la correlación bien aportado-deuda asumida. Y como esa relación es imposible que exista dentro de un único patrimonio, de ahí que en las típicas transformaciones o modificaciones de sociedad no puedan apreciarse tales adjudicaciones. Esta conclusión, que es la fundamental de la Circular indicada, puede ser aplicable ciertamente con toda generalidad.

Un primer supuesto sería el de la restitución a la cónyuge supérstite de sus bienes parafernales. Al no haber, pues, transmisión, se explica que la propia Dirección General de lo Contencioso, en acuerdo de 31 de enero de 1924, sentara: «No existe y, por consiguiente, no procede que se gire liquidación por el impuesto de Derechos Reales, en la adjudicación que se hace a la viuda de sus bienes parafernals, que aparecen gravados con una carga hipotecaria.»

B) LA CESACIÓN DE COMUNIDAD

El segundo supuesto que puede invocarse es el de la división material de bienes poseídos proindiviso. Figura que el párrafo 2 del artículo 57 del Texto Refundido asimila a la disolución de sociedad, y que en realidad alude más a la cesación de comunidad que a la división material; pues puede operarse sin necesidad de ésta (caso de que los bienes comunes sean varios).

El precepto que grava las adjudicaciones tácitas habla de la disolución de sociedades. Luego, el artículo 57 establece la asimilación indicada. No obstante, ésta permite liquidar al tipo del 1,7 por 100 por la disolución o cesación de comunidad; pero es dudoso que autorice a liquidar también la adjudicación tácita cuando haya deudas.

Primero, porque, de haberse pretendido, el artículo 55 podía haber mencionado la cesación de comunidad. Pero, sobre todo, y fundamentalmente, porque la adjudicación sólo es liquidable en los casos en que tenga lugar. Lo que requiere una transmisión que no existe en la cesación de condominio. En la sociedad el problema es distinto, pues ésta tiene personalidad jurídica distinta de la de los socios, cosa que no ocurre en la comunidad.

Son argumentos decisivos, además, el artículo 399 del Código Civil y el 450 del propio Cuerpo. El primero limita los efectos de la enajenación de la cuota en la porción que se adjudique al comunero al dividirse la comunidad. El segundo presume que cada partícipe ha poseído en todo el tiempo de la indivisión la parte que se le adjudique al cesar aquélla. No creemos sea necesario insistir más sobre este tema.

En este caso de la cesación de comunidad, al no liquidarse la adjudicación tácita por las deudas hipotecarias, la consecuencia lógica es no deducir el importe de éstas de la base liquidable por disolución de sociedad al 1,7 por 100. Porque, en definitiva, con carga o sin ella, el bien o bienes comunes han sido objeto de división.

C) ADJUDICACIÓN DE GANANCIALES

El tercer supuesto que hemos de examinar es el de la sociedad de gananciales. El problema verdaderamente apasionante de si en la adjudicación de su parte ganancial al supérstite cabe liquidar, cuando haya deudas, la adjudicación tácita en pago de la asunción de aquéllas. El interés del tema demanda una ojeada a ciertos antecedentes jurisprudenciales y doctrinales sobre el mismo.

La cuestión se planteó abiertamente en la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 6 de mayo de 1941. Había quedado una finca ganancial, hipotecada en garantía de una deuda común de los cónyuges. La oficina liquidadora giró liquidación por adjudicación tácita, al tipo de los inmuebles, y por el importe de toda la deuda.

Reclamado el acto, el Tribunal Económico-Administrativo Provincial estimó la pretensión: «Conforme a los artículos 1.408 y 1.417 del Código Civil, la mitad de la deuda pertenecía a la mujer durante el matrimonio, por pertenecerle la mitad de los gananciales, y, por tanto, no era procedente hacerle una adjudicación para pago de una deuda que, con independencia del fallecimiento del marido, gravaba ya su mitad de gananciales, y que no tenía en el momento de la defunción su momento inicial, sino simplemente su concreción. Por tanto, la adjudicación a los herederos procedía sólo por la mitad de la deuda, quedando libre la otra mitad como perteneciente al caudal ganancial propio de la viuda con anterioridad al fallecimiento del marido.»

Interpuesta alzada por la Administración, el Tribunal Económico-Administrativo Central revoca aquella resolución por la suya de 6 de mayo de 1941. El argumento de los interesados era que la mitad de la deuda gravaba la mitad de los gananciales del supérstite antes de fallecer el causante. A esto se opone el Central: «En toda disolución de sociedad conyugal por fallecimiento de uno de los cónyuges ha de preceder a la determinación de la herencia del fallecido la liquidación de aquella sociedad, y hasta que esto se realice no puede saberse cuáles son los bienes de la misma, ni los que a cada cónyuge pertenecen, ni siquiera si habrá o no gananciales, puesto que si de tal liquidación resulta, como sucedía en el caso discutido, que existen deudas contra la sociedad de gananciales, en ese momento, y no antes, es cuando se puede determinar su cuantía, su naturaleza y con qué bienes se han de pagar; y, además, porque la determinación de la existencia de gananciales requiere necesariamente el requisito previo de la deducción de las deudas y obligaciones de la sociedad conyugal y la adjudicación de los bienes para su pago, de los cuales no puede decirse que perte-

nezcan en parte a la herencia del cónyuge fallecido y en parte a la sobreviviente, sino que son bienes de la sociedad conyugal.»

Esta resolución fue comentada por RODRÍGUEZ VILLAMIL en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Para él la teoría de los reclamantes envolvía una inadmisibile confusión o una falta de distinción entre las tres personalidades que juegan en toda sociedad conyugal sometida al régimen legal de gananciales, con sus tres patrimonios separados. Mientras la sociedad de gananciales subsiste tiene una personalidad y un patrimonio que no se puede confundir con la personalidad y el patrimonio de marido y mujer. Para que la mitad de lo que en ella existe pertenezca a cada cónyuge es necesario que aquella persona social desaparezca.

Con esos presupuestos es clara la conclusión tributaria del autor que transcribimos. Si los bienes sociales no están en el patrimonio particular de los socios, sino en el de la persona sociedad conyugal, y tienen que pasar de ésta a la viuda, previo los actos de liquidación y adjudicación del haber conyugal, tenemos ya el acto generador del impuesto.

El problema volvió a plantearse en la Resolución de 29 de mayo de 1945. Todos los bienes eran gananciales. Se habían rebajado las deudas hipotecarias que pesaban sobre los inmuebles; el caudal líquido se distribuyó por mitad. A la viuda se adjudicó la mitad de los inmuebles gravados con hipoteca con la expresa obligación de satisfacer las deudas en la parte proporcional a su adjudicación. A los herederos se adjudicó la otra mitad con igual obligación. Realmente la figura hacía tránsito a la adjudicación para pago.

El Tribunal Económico-Administrativo Central reprodujo la doctrina de la Resolución de 6 de mayo de 1941. Pero más bien partía de considerar esta transmisión de los gananciales al supérstite como *mortis causa*. Así aplicaba las normas, sobre deudas deducibles y liquidación de adjudicaciones, existentes para los actos *mortis causa*. Ya que para los *inter vivos* las normas eran distintas.

Este criterio no era totalmente compartido por BAS y RIVAS en artículo publicado en la *Revista Crítica*. La adjudicación de gananciales al supérstite debe considerarse realizada a título oneroso. Se debe aplicar, pues, el artículo 100, apartados 3 y 4, del Reglamento. O sea, si se adjudican bienes hipotecados, no se deducirá la deuda, sino que, al contrario, se adicionará la carga. Y no procede liquidar la adjudicación para pago de deudas. Porque en buena técnica la sociedad de gananciales no tiene más personalidad que la que indistintamente le prestan el marido o la mujer. Su función es casi mecánica u operativa. Hasta aquí BAS.

Con lo expuesto queda planteado el tema en toda su extensión.

Resta el examen en profundidad. Podría ser de interés la Resolución de 26 de marzo de 1965, pues se ocupa de deudas gananciales y de la liquidación por adjudicación correspondiente. Parece incluso, por las cuantías reseñadas, que tal liquidación se limita a la mitad de las deudas; pero una afirmación más tajante sólo podría hacerse a la vista del supuesto fáctico completo.

También puede citarse al efecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1971. Se trataba de la disolución de una copropiedad de buque porque un socio vendió a otro su mitad. Girada liquidación por adjudicación, en la cuantía de las deudas, el alto Tribunal dispone que sólo se tome para tal liquidación la mitad de las deudas; porque la otra mitad, tanto del activo como del pasivo, le correspondieron siempre al ahora adquirente.

Caso parecido es el resuelto por el Tribunal Económico-Administrativo Central en la Resolución de 27 de mayo de 1961. Se transmitía la participación en una comunidad de bienes. El pago de determinadas deudas de la comunidad quedaba a cargo exclusivamente del comprador. «Las cuales (deudas) necesariamente han de imputarse por mitad al comunero que vendió su parte, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 393 y 395 del Código Civil; de donde se infiere que procede que por la Oficina Liquidadora se conozca el montante real de estas deudas de la comunidad para exigir el impuesto por el concepto de adjudicación en la parte que de las mismas es responsable el comunero cedente.»

En definitiva, en ambos casos la liquidación por adjudicación tácita se concreta a la parte en la que hubo transmisión; no, en cambio, a la mitad que no varió de dueño. Y en esa proporción se imputan las deudas. Resta por ver el carácter que tiene la atribución de los gananciales al supérstite.

Que esta atribución no puede asimilarse sin más a las que se operan en las sociedades, lo prueba la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 1 de febrero de 1949. Según ésta, «la liquidación de la sociedad conyugal no se grava de forma análoga a la de las demás sociedades, no sólo por la diferencia de tipo, sino porque se limita a gravar las adjudicaciones al supérstite, no lo adjudicado al caudal del premuerto, y no cabe aplicar por analogía el precepto del Reglamento según el cual «cuando al disolverse las sociedades se tras-pase a uno o a varios socios el activo... habiendo pasivo... se girará la liquidación en o para pago de deudas».

Hoy la diferencia es aún más acusada: la adjudicación de gananciales no sólo tiene tipo reducido, cual antes ocurría, sino que está to-

talmente exenta. Exención que más bien es verdadera no sujeción, al no encerrar auténtica transmisión.

D) NUESTRO CRITERIO

Y es que la razón de que aquellas resoluciones del Central dispusieran la liquidación por adjudicación tácita, también por la parte de deudas atribuibles a la viuda, estaba en considerar la sociedad de gananciales como dotada de personalidad. Clara era la postura de RODRÍGUEZ VILLAMIL hablando repetidamente de la personalidad de tal sociedad. Incluso la Resolución de 6 de mayo de 1941, tras referirse a los bienes adjudicados para pago de las deudas comunes, expresa que estos bienes no pueden reputarse pertenecientes por mitad a la herencia y al supérstite, sino que meramente son bienes «de la sociedad conyugal». Lo que implica reconocer la autonomía de ésta.

Frente a esa postura, nos inclinamos abiertamente por la opinión de BAS Y RIVAS, que atribuía a la sociedad de gananciales una función operativa, pero sin personalidad propia. Es enorme la tentación de llegar a esta personificación, y probablemente muchos problemas planteados hallarían solución más depurada; pero hoy por hoy y en nuestro derecho no cabe hablar de personalidad de tal sociedad. Y la consecuencia ha de ser rigurosa.

Como muestra basta la cita de la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1967. Dice así: «Sociedad legal de gananciales, régimen económico matrimonial de contorno complejo y discutida naturaleza que, aunque denominado sociedad en nuestro sistema legislativo (que incluso en el artículo 1.395 del mismo Código se remite a las normas de dicho contrato para su regulación supletoria), no puede ser considerada como tal en sentido estricto, porque le faltan todos los requisitos típicos de la relación societaria, careciendo del dinamismo como actividad y del fin económico como objetivo, propios de aquélla, lo que indujo a interpretarla como una forma de comunidad, no de las de tipo romano o por cuotas partes, recogida en nuestro Código en los artículos 392 y siguientes..., sino de las llamadas germánicas o en mano común, con la que evidentemente, aunque sin identificarse con ella, ofrece analogías».

Es fuerte la frase de que a la legal de gananciales le faltan todos los requisitos de la sociedad. La Sentencia la caracteriza como «institución del derecho de familia» y añade «produce el nacimiento de un patrimonio especial, vinculado al cumplimiento de los fines del matrimonio, sobre todo, al levantamiento de las cargas comunes, siendo ti-

tulares del mismo, conjuntamente y por partes iguales, aunque con desigualdad de derechos, el marido y la mujer».

Este alejamiento de la sociedad y privación de personalidad autónoma tiene su reflejo en el momento de la liquidación. Según la Sentencia de 1967, «cuando se verifica la adjudicación separada como consecuencia de la liquidación de lo que era ganancial, no se enajena ni se vende nada..., sino que (la viuda) recibe lo que era suyo, y no sólo del marido, adquiriendo la titularidad individual y concreta sin previo acto dispositivo, sino meramente declarativo».

La cita es tan expresiva que puede excusarse la amplitud. Y es que, como decía la Circular de 5 de agosto de 1966, la adjudicación tácita se liquidará, pero «sólo en los casos en que tenga lugar». Ni la cesación de comunidad ni la disolución de la sociedad de gananciales tienen carácter traslativo; por lo que mal puede hablarse de transmisión de bienes y deudas.

Venimos a darle la razón a aquel Tribunal Económico-Administrativo Provincial cuyo fallo fue anulado por la Resolución de 6 de mayo de 1941. El argumento que ésta empleó fue principalmente que la atribución de los gananciales requiere una liquidación previa y que en aquellos bienes no puede decirse que una parte es de cada cónyuge, pues ello sólo se sabe al quedar concretadas.

Mas ese argumento no desvirtúa la falta de personalidad de la sociedad de gananciales y el carácter no traslativo de la atribución a los cónyuges. Si las cuotas de éstos no recaen en cada bien, ello es mera consecuencia de que estamos ante una comunidad de tipo «germánico».

En el caso de aquella resolución para pago de las deudas comunes se imputaron bienes gananciales. Decía el fallo que estos bienes no pertenecían en parte a la herencia y en parte al sobreviviente, sino que son bienes de la sociedad conyugal. Hay aquí una posible no discriminación entre gananciales atribuidos a cada cónyuge y bienes gananciales en general.

Es cierto que para hallar la mitad de ganancias repartible a cada esposo hay que realizar una liquidación, con pago de deudas, etc. Así se calcularán los gananciales del supérstite. Pero otra cosa es el concepto de bienes gananciales, el cual afecta a éstos desde que ingresan en el caudal del matrimonio y precisamente en razón al título adquisitivo. Esta distinción la recoge, en cambio, nítidamente LACRUZ BERDEJO, que separa los conceptos de bienes gananciales y ganancia líquida. La diferencia, según tal autor, no es cronológica, como entendía MANRESA, sino económica. Por ello no es correcto decir que no hay bienes gananciales hasta la liquidación del consorcio, pues el artículo 1.401 del Código persuade lo contrario. Ni siquiera puede afirmarse que no haya

ganancias hasta aquel momento, puesto que ganancias o pérdidas las hay, para cualquier negocio, en cada momento; bastaría hacer un balance para saberlo.

Desde luego esta opinión la hacemos nuestra. Y, en consecuencia, la solución de no liquidar adjudicaciones tácitas por la mitad de gananciales del supérstite es aplicable también al supuesto de que se le adjudiquen bienes gananciales (aunque esa sociedad se disuelva sin ganancias).

En efecto, si para el pago de deudas comunes hay que afectar algún bien ganancial, es precisamente porque tiene esta naturaleza (que lo hace responder de las cargas sociales), la cual no llega a perder. Y en el momento de adjudicar tal bien, en pago de la asunción de aquellas deudas, resulta lo mismo decir que pertenece por mitad a ambos cónyuges o que es ganancial. Porque este último carácter conduce a aquella atribución de titularidad conjunta; *tertium non datur*. Al no tener personalidad la sociedad de gananciales, según quedó sentado, no podrá atribuírsele otra que la que indistintamente le prestan marido y mujer (como opinaba BAS Y RIVAS). La necesidad o no de liquidación en nada afecta a esta consecuencia.

El hecho de no girar liquidación por adjudicación tácita en la parte de gananciales atribuida al supérstite puede tener una quiebra. La apuntaba BAS Y RIVAS. En las herencias se podrían burlar las adjudicaciones para pago; bastaría con adjudicar al viudo, en pago de sus gananciales, los bienes que estuvieran hipotecados. El autor citado añade que sí sería equitativo el que la adjudicación al supérstite se limitara a los bienes gravados con hipoteca, pero en garantía de la mitad de las deudas.

Pues bien, esa solución que BAS creía equitativa es la que a nosotros nos parece, además, legal. Liquidar adjudicaciones tácitas por la totalidad de las deudas nos parece incompatible con la falta de personalidad de la sociedad de gananciales y con el carácter declarativo de la atribución al viudo. Que esa liquidación se reduzca a la mitad de las deudas (las correspondientes a la herencia) nos parece obligado.

En cambio, eludir totalmente el tributo, adjudicando los bienes hipotecados al supérstite, no sería admisible. El obstáculo estaría en el artículo 31 del Texto Refundido del Impuesto que establece la estricta igualdad en las sucesiones hereditarias. Por ello la no sujeción o exención de algunos bienes se prorrateará entre los distintos adquirentes.

Y en el caso que nos ocupa ese prorrateo será por mitad, ya que en este porcentaje se participa en los bienes gananciales. No es obstáculo que el artículo 31 hable de sucesiones, pues en suma la liquidación de los gananciales es acto previo y necesario para liquidar la herencia:

aparte que la razón es exactamente la misma. En su virtud, las adjudicaciones tácitas por la parte del viudo quedarán no sujetas, pero siempre que no excedan de la mitad de las deudas gananciales.

Esta solución resulta equitativa y con suficiente base legal. Si acaso la insuficiencia reglamentaria al abordar el tema de las deudas gananciales (no meramente de la herencia) es lo que puede justificar las incertidumbres que hemos apreciado.

IX. ADJUDICACIONES TACITAS EN LAS HERENCIAS

A) NORMA GENERAL

En el campo sucesorio tienen amplia cabida tales adjudicaciones, pues no cabe duda que se opera la oportuna transmisión. Por eso la referencia aparece ya en el Reglamento de 1 de septiembre de 1896. Su artículo 75 se ocupa de las deudas deducibles en las transmisiones *mortis causa*. Y establece: «En el caso de que proceda la deducción o rebaja de deudas del capital o bienes transmitidos y no haya metálico para satisfacerlas, si se hace adjudicación expresa de otra clase de bienes para su pago satisfará el impuesto el adjudicatario, y en caso contrario se exigirá al heredero por el referido concepto de adjudicatario para pagar deudas, con todos los derechos y deberes atribuidos por este Reglamento a tales adquirentes.»

Con ello se hacía referencia al derecho a devolución; pues la adjudicación tácita se asimilaba a la para pago. El precepto pasó a los Reglamentos posteriores. En el de 1927, el artículo 100 se ocupa de las cargas. Deja a salvo que en las sucesiones hereditarias puedan deducirse las deudas hipotecarias, y prevé «que se practique la liquidación que corresponda por la adjudicación en pago o para pago de las mismas».

Hoy día hay que estar al párrafo 5 del artículo 101 del Reglamento de 1959. Según él, cuando proceda la deducción de deudas y no haya metálico para satisfacerlas, si no se hace adjudicación expresa de bienes, se exigirá el impuesto al heredero por el concepto de adjudicación en pago de asunción de deudas. El Texto Refundido no repite este precepto, pero a análoga conclusión hay que llegar por los artículos 43 y 44 de aquél.

La adjudicación tácita hay que liquidarla aplicando los bienes por el orden legalmente establecido. Cuando sólo queden inmuebles puede plantearse el problema de que el tipo correspondiente a la adjudicación sea superior al procedente por la herencia. El tema no es nuevo.

B) EL PROBLEMA DE LAS HERENCIAS MODESTAS

Ya lo abordó la Sentencia de 28 de junio de 1889. A los herederos se habían adjudicado determinados bienes para el pago de ciertas deudas hereditarias. Los adquirentes pretendían se aplicara el tipo de herencias que era inferior. La pretensión es rechazada «porque sería contrariar el espíritu del artículo 75 del Reglamento, y la razón por la cual se dictó, pretender que en virtud de lo dispuesto en ese mismo artículo deje de reconocerse, con perjuicio de la Hacienda, deudas que los herederos reconocen que son debidas y legítimas».

Sigue el razonamiento: «Si en la partición de que se trata se hubiere hecho una hijuela especial de deudas y se hubiera adjudicado a un extraño, pagaría indudablemente el 3 por 100, tipo que no puede variar aunque se haya hecho la adjudicación a los hijos, porque para nada debe tenerse en cuenta el vínculo de parentesco en la cualidad de heredero.»

En definitiva, por aplicación del principio de que hay que estar a la verdadera naturaleza del acto, la adjudicación para pago de deudas no puede liquidarse en concepto de herencia.

El que la doctrina fuera correcta no quiere decir que dejase de suscitarse dudas en los autores. Así, en la obra de MARAÑÓN sobre el impuesto se leen estas palabras: «Los herederos han de pagar las deudas hereditarias, a cuyo fin se destinan determinados bienes de la herencia; y en el orden moral resulta casi monstruoso que por razón de estos bienes, que no sólo no se heredan ni se adquieren, sino que se renuncian, paguen los herederos el impuesto; que es el mismo por el que tributan las adjudicaciones onerosas de carácter definitivo.»

Años después era significativo el título de un artículo de HERMIDA LINARES en la *Revista Crítica*: «Un caso de injusticia notoria en el impuesto de derechos reales.» Se refería a las herencias modestas de padres a hijos en las que las fincas estuvieran hipotecadas. El mismo RODRÍGUEZ VILLAMIL, que teóricamente defendió brillantemente la tributación, hubo de reconocer que podían darse ciertas anomalías.

Este resultado excesivo lo estudia BAS Y RIVAS en su tratado sobre el Impuesto. El que sean deducibles determinados gastos o deudas implica un favor fiscal. «Pero es completamente absurdo que ese favor se convierta en mayor carga tributaria en herencias modestas, precisamente a favor de los hijos y cónyuges que merecen más consideración.»

Por ello en esas herencias pequeñas a favor de descendientes cabe que la ocultación de las deudas sea una defraudación; e incluso que se simule la existencia de metálico para así pagar menos impuesto. Dice

BAS RIVAS que técnicamente el concepto de adjudicación es procedente, pero el efecto es deplorable.

Y concluye BAS: «Cuando se trata de gastos (y no de deudas hereditarias), muchas Oficinas Liquidadoras, aunque hagan la deducción oportuna, no aprecian la adjudicación tácita si el tipo de liquidar éstas es mayor que el correspondiente a la herencia.» Por estimar improcedente la interpretación extensiva (o sea a los gastos) de un precepto que permite la anomalía de que tribute más una herencia con deudas que sin ellas.

Esta resistencia de la doctrina a admitir la dura consecuencia tiene eco en la misma jurisprudencia. Es de enorme interés la Sentencia de 5 de octubre de 1945. Heredaban en aquel supuesto la viuda y cinco hijos. Las fincas se valoraron en 165.789 pesetas y estaban gravadas con hipotecas por un monto de 150.000 pesetas. Se giraron las oportunas liquidaciones por adjudicación.

El Tribunal Supremo las confirmó: «Considerando que la alegación consistente en hacer notar cómo la deducción de deudas en sucesiones directas da lugar a que parte de la herencia sufra un gravamen más elevado, y, en definitiva, como en el caso actual, a que haya que satisfacer una cuota fiscal equivalente a casi la mitad del caudal líquido (que era 15.789 pesetas), sí puede tal vez conducir a reflexiones de *lege ferenda*, en modo alguno consiente que la Sala olvide la realidad reglamentada.»

Se confirma la liquidación. Se reconoce que la Administración ha observado la norma trazada. Sin que a ello sea obstáculo «esa supuesta inconsecuencia teórica». El tema estaba decidido de *lege data*.

C) SOLUCIONES AL PROBLEMA

Pero de *lege ferenda* la doctrina seguía acuciando. BAS Y RIVAS, en la obra citada, propugnaba la existencia de un precepto por el cual, en las herencias, estuvieran exentas las adjudicaciones tácitas por deudas, cuando el tipo aplicable fuera mayor que el correspondiente a los herederos según su participación individual.

Desde luego la deducción de deudas, con la consiguiente liquidación por adjudicación tácita, constituye un beneficio considerable en los numerosos supuestos en que los tipos aplicables a la herencia sean elevados. Pero aquellos otros casos de herencias modestas a descendientes no pueden olvidarse. El resultado anómalo debe evitarse.

La solución de BAS de declarar exenta la adjudicación en tal su-

puesto sería una fórmula. Pero tal vez excesiva. Sin olvidar que las exenciones deben utilizarse siempre con toda medida.

Otra posibilidad sería el declarar que en tales supuestos la adjudicación no podría liquidarse a tipo superior que el correspondiente a la herencia. Habría la irregularidad de liquidar un concepto por el número de la Tarifa de otro distinto; pero tal posibilidad no sería única en nuestro impuesto. Piénsese en las ventas de ascendientes a favor de sus descendientes. Y desde luego con esta fórmula se evitaría que la herencia con deudas pagara más que la que no las tuviera, a igualdad de cuantía.

Finalmente, y es la tercera solución, como la deducción de deudas tiene un cierto matiz de beneficio tributario, cabría estatuir que, cuando la liquidación por adjudicación fuera superior a los tipos hereditarios, la deducción de deudas se entendería renunciada de oficio. Esta fórmula es la que estimamos preferible, por su mayor compatibilidad con la reglamentación vigente, y aproximarse más a la presunta voluntad de los interesados.

X. ADJUDICACIONES EN LAS TRANSMISIONES ONEROSAS

A) INCERTIDUMBRE INICIAL

En apartados anteriores nos ocupamos del régimen de las cargas, deducibles o no, en las transmisiones onerosas. Se presume la deducción y, en consecuencia, se adicionan al precio las no deducibles. También abordamos después el tema de las deudas en esta clase de transmisiones. La conclusión es que no cabía la rebaja; la liquidación era única por el total importe.

Por eso extrañan un tanto las palabras de la exposición de motivos del Real Decreto de 6 de septiembre de 1917, del que anteriormente tratamos al hablar de las cargas. En tal disposición se reformó el artículo 94 del Reglamento del Impuesto, que se ocupaba de las mismas.

Se trató de impedir que «aplicando a las transmisiones *inter vivos* la doctrina sentada, exclusivamente por las *mortis causa*, de ser deducibles las deudas que garanticen las hipotecas, si concurren los requisitos exigidos por el artículo 95 del mismo Reglamento, se falsee el principio legal, con evidentes desnaturalizaciones y con perjuicio de los derechos de la Hacienda, ya que la deducción de la deuda en las sucesiones lleva aparejada la consiguiente exacción por el concepto de adjudicación, mientras que en las transmisiones a título oneroso esa de-

ducción, en la realidad, implica la existencia de una cantidad que manifiestamente se sustrae al imperio de la Ley fiscal».

La realidad es que del artículo 94 del Reglamento de 1911 se desprendía que las deudas sólo eran rebajables en las sucesiones. Por ello el artículo 95, al regular las deudas deducibles, se concretaba a las hereditarias.

Mas, como en su lugar examinamos, la Sentencia de 8 de junio de 1917 había sembrado el desconcierto. Así, el Real Decreto, en el artículo 94 reformado, al prever que las deudas garantizadas con hipotecas fueran deducibles, concretó que ello era «únicamente para fijar la base en las sucesiones hereditarias».

Y en todo caso, si en las transmisiones onerosas tuviera lugar la rebaja de la deuda, lo que no resultaba justo era prescindir de la liquidación por adjudicación como ocurría en las herencias. Porque, si ambas transmisiones se equiparaban en tratamiento, lo lógico es que ello fuera con todas las consecuencias.

En definitiva, el sistema elegido fue separar el régimen de las transmisiones onerosas de lo establecido para las lucrativas. Así perduró en los artículos 100 de los Reglamentos sucesivos.

Con más claridad se pronuncia la Resolución de 31 de mayo de 1955. Contemplaba la aportación a una sociedad de finca hipotecada. Sentaba que «por aplicación de la doctrina contenida en el artículo 100, la transmisión onerosa de fincas hipotecadas no genera el nacimiento del concepto de adjudicación para pago». Si esta liquidación procede en el supuesto de aportación del inmueble a una sociedad, es por disponerlo así una norma especial.

B) RÉGIMEN VIGENTE

En el vigente Reglamento de 1959, el artículo 100 establece el sistema de adición de cargas en las transmisiones onerosas. Y añade: «Así determinado el valor declarado, constituirá la base liquidable en los casos en que el tipo correspondiente a la transmisión onerosa de que se trate sea de la misma cuantía que el aplicable a la adjudicación en pago de asunción de deudas.»

O sea que en estas transmisiones la deducción de deudas es inoperante. Porque igual resulta no admitir la rebaja y liquidar por el total al tipo de la transmisión, que deducir la deuda y liquidar ambas partes, si el tipo de la adjudicación y el del negocio base eran idénticos. (Lo que hoy se produce con generalidad, según la Circular de la Dirección General de lo Contencioso de 15 de febrero de 1966.)

En puridad, incluso en las transmisiones onerosas de finca gravada el negocio puede escindirse en las dos partes dichas. El precio se paga en dos momentos, como señalaba la Real Orden de 19 de septiembre de 1914. Pero, por razón de simplicidad y por ser inoperante en la práctica la deducción de la deuda, el sistema del Reglamento vigente hay que reputarlo acertado. Sistema que hay que considerar subsiste en el Texto Refundido del Impuesto, pues sus normas sobre deudas y adjudicaciones concuerdan con las del Reglamento.

Pone de relieve BAS Y RIVAS que la expresión del artículo 100, «así determinado el valor declarado, constituirá la base liquidable...», hay que entenderla en el caso de que el valor comprobado no fuera superior; pues si esto ocurriera la base comprobada sería la que se tomara para liquidar la transmisión. De todas formas, esta salvedad es en realidad un principio general en el impuesto.

XI. ADJUDICACIONES TACITAS EN LOS ACTOS RELATIVOS A SOCIEDADES

A) PRINCIPIO GENERAL

Hemos dicho más de una vez que en las transmisiones onerosas rige el sistema de presumir deducidas las cargas y, por tanto, adicionar las no deducibles. Pero resta por ver lo que ocurre con las deudas. Y ya en el apartado V, letra D) adelantábamos su deducibilidad en los actos relativos a sociedades y veíamos los criterios a tener en cuenta para aplicarla.

El artículo 100 del vigente Reglamento de 1959 llega a esa conclusión, aunque utilizando una fórmula técnica distinta. «Si los tipos fuesen distintos (el de transmisión onerosa y el de la adjudicación en pago de asunción de deudas), no tendrá lugar la adición de la carga a la base liquidable y se practicarán las oportunas liquidaciones por el concepto determinante de la transmisión (aquí será sociedades) y por el de adjudicación en o para pago de deudas.»

BAS Y RIVAS expone algunos reparos, en su obra fundamental, a esta redacción. En primer lugar, la adición no se realiza a la base liquidable, sino al precio líquido; con ello se obtendría el valor declarado. Pero al ser distintos los tipos, por la parte líquida se gira liquidación por el concepto sociedades y en la cuantía de la carga no deducible por el concepto de adjudicación.

En segundo término, la regla está pensada para el supuesto de que

el valor declarado así determinado no sea inferior al comprobado. Si éste es superior, por la parte de la carga se liquidaría como adjudicación, y la diferencia hasta el valor comprobado es la que tributaría como sociedad. A la obra de BAS nos remitimos para la fórmula que él propone.

También parece que si el precepto comparaba los tipos de la transmisión y de la adjudicación en pago de asunción de deudas, luego al ordenar dos liquidaciones distintas, la segunda debió referirse a la adjudicación indicada.

Adelantábamos que el artículo 100 citado admitía la rebaja de las deudas en las sociedades, pero llegaba a ello a través de una fórmula distinta. En las herencias el sistema es no deducir las cargas como las prendas e hipotecas, aunque después se rebajen las deudas que cumplen los requisitos legales. En cambio, en los actos relativos a sociedades el Reglamento establece que, en definitiva, la carga no se adicione a la base liquidable. Lo cual implica admitir su deducción. Y luego la liquidación por adjudicación la refiere a la carga, cuando más propiamente debiera referirse a la deuda garantizada. En todo caso, lo que el precepto pretende queda claro.

B) LAS ADJUDICACIONES AL DISOLVERSE Y CONSTITUIRSE LAS SOCIEDADES

La evolución de las adjudicaciones tácitas en los actos relativos a las sociedades no fue fácil. Donde primero se apreciaron fue en la disolución de sociedades. Así, el artículo 4.º del Reglamento de 10 de abril de 1900 prescribe la liquidación por adjudicación, aunque no se le hubiera hecho al socio adjudicación expresa. La norma se recoge en el Reglamento de 1927, en el párrafo 9 del artículo 9.º y en el párrafo 18 del artículo 19. En el Reglamento vigente de 1959 la norma pasa a ser el párrafo 11 del artículo 9.º y el párrafo 20 del artículo 19. Sino que ahora ya se habla de adjudicación en pago de asunción de deuda.

Si al disolverse la sociedad cabía la adjudicación tácita, liquidable al socio, lo lógico era que al constituirse la primera apareciera la misma adjudicación al asumir deudas del socio. Un caso en el que ello se admitió fue el de la aportación de una empresa a una sociedad ya constituida. Las liquidaciones por adjudicación en tal caso hallaron su refrendo en las Resoluciones de 15 de octubre de 1926, 16 de diciembre de 1930 y 9 de mayo de 1944.

El Reglamento del Impuesto de 7 de noviembre de 1947, en la segunda parte del párrafo 2 del artículo 19, previó el supuesto de que al

constituirse la sociedad quedasen a su carga deudas de algún socio. En tal caso se liquidaría como adjudicación para pago de deudas. La jurisprudencia abunda en el criterio.

En la Sentencia de 12 de junio de 1953 se aportaba a una sociedad una empresa que tenía deudas. Existe una transmisión de bienes para que el adjudicatario pague en su día las partidas del pasivo del transmitente. La sociedad que adquiere esos bienes se hace cargo del pago con ellos de las deudas mencionadas. «Contrato que jurídicamente ha de calificarse de adjudicación para pago.»

El Reglamento de 1959 habla ya en tal supuesto de adjudicación en pago de asunción de deudas. La jurisprudencia sigue el cambio. Así en la Resolución de 14 de marzo de 1968, que por su interés transcribimos, «cuando, al amparo de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Sociedades Anónimas, se aporta, al constituirse una sociedad de esta clase, una empresa mercantil como conjunto organizado y con un pasivo determinado del que se hace cargo la sociedad, independientemente del capital social, es necesario que el socio aportante incluya dentro del activo de su negocio individual, además de los bienes que representan el valor de su aportación social, otra aportación de numerario o bienes suficientes para responder de dicho pasivo, toda vez que en otro caso dejaría incumplido el mencionado precepto legal que se remite al artículo 1.532 del Código Civil, según el cual el socio aportante responde de la legitimidad del todo en general de su aportación».

Y concluye el Tribunal Económico-Administrativo Central: «Ambas aportaciones constituyen tráficos patrimoniales por causa diferente, siendo la del primero el poner en común dinero, bienes o industria con fines de lucro, y en cambio la del segundo transmitir dinero, bienes o industria en equivalencia de unas deudas.» Esto último no supone una novación de las obligaciones, conforme a los términos establecidos en el artículo 1.205 del Código Civil. Pero «hay que estimar el pacto entre el socio y la nueva sociedad, como de sustitución de la entrega de una cosa en promesa de liberación de una deuda, lo que jurídicamente es una asunción de deudas, según reconoce en caso semejante la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1945».

C) EL CASO DE LA APORTACIÓN DE FINCA HIPOTECADA

Si la aportación de una empresa con deudas a una sociedad daba lugar a la liquidación por adjudicación, parece que lo propio había de ocurrir cuando lo aportado por el socio fuera una finca hipotecada, cuya responsabilidad acepta la sociedad. No obstante, este segundo caso recibió un tratamiento distinto hasta fecha reciente.

El problema trae su origen de la Sentencia de 2 de junio de 1917. Se aportó una finca hipotecada a una sociedad que quedó obligada a su pago. La Oficina competente practicó liquidación por adjudicación para pago. Esta fue anulada por el Supremo.

«La cesión o adjudicación de bienes para pago de deudas, sometida al 4 por 100, presupone que estas deudas no están aseguradas con hipoteca que grave los bienes mismos, cedidos o adjudicados, con los que hayan de ser solventadas dichas deudas, sino, por el contrario, que se adjudican bienes libres con cuyo valor se abonarán aquéllas, y que cuando se adjudican bienes hipotecados, y la persona o entidad adquirente de los mismos se compromete, lo diga o no, a solventar la deuda en cumplimiento o por virtud del artículo 105 de la Ley Hipotecaria y el 1.876 del Código Civil, esto no constituye acto sujeto al impuesto, el cual en dicho caso se produjo cuando se constituyó la hipoteca y en el acto subsiguiente de la extinción o cancelación de la misma.»

La Sentencia distingue la adjudicación para pago de la tácita, objeto de liquidación. «En el primer caso se transmiten bienes pertenecientes al que los transmite, de modo que hay transmisión de bienes, y en el segundo no se transmiten bienes, sino sólo la obligación de pagar con el bien que por virtud de la hipoteca había dejado de pertenecer a su antiguo dueño, y estaba ya afecto por la Ley a la obligación de indemnizar con él el derecho del acreedor.»

«Esto se corrobora con el texto de los artículos 6.º de la Ley y 59 y 94 del Reglamento; con el primero, porque como las dos hipotecas expresadas eran cargas que disminuían realmente el valor de las fincas aportadas, se hace preciso disminuir su cuantía para fijar el verdadero valor de los bienes el día en que se celebró el contrato; con el segundo, o sea con el artículo 94, porque es claro que eran deducibles las deudas garantizadas con hipoteca.»

La Sentencia citada fue verdaderamente interesante. De los dos argumentos finales no era procedente el que daba el artículo 59 del Reglamento de 1911. Porque la hipoteca no era verdadera carga deducible. Tampoco cabía invocar el 94 para deducir la deuda garantizada con hipoteca, pues esa deducción se establecía en las herencias. Y así lo aclaró definitivamente el Real Decreto de 6 de septiembre de 1917.

Por cierto que en el apartado X apuntábamos las dudas de esa disposición. No se veía clara la liquidación por adjudicación y en ello se apreciaba un posible fallo del sistema.

Además, el Supremo había causado un fuerte impacto al definir la adjudicación tácita operada como acto no sujeto. Aunque alguno de los argumentos fuera más discutible, como el de que la hipoteca privaba del dominio al dueño deudor, la distinción entre la adjudicación para

pago y la tácita era certera. Y entonces ni la asunción de deudas estaba prevista reglamentariamente, ni había un precepto concreto (como en la disolución de sociedad o en la herencia) que permitiera liquidar tal adjudicación tácita.

Al no introducirse tal precepto en el Real Decreto de 1917 y por la autoridad de la Sentencia transcrita, las resoluciones posteriores repitieron que en la aportación a sociedad de una finca hipotecada no era procedente liquidar por adjudicación para pago de deudas y sí sólo por aportación. Así en las R. R. de 21 de abril de 1936, 16 de marzo de 1943 y 23 de enero de 1945.

Pero la declaración del acto como no sujeto al impuesto era realmente excesiva. BAS Y RIVAS, en su obra *El Impuesto de Derechos Reales en las Sociedades*, recoge dichas resoluciones y añade que «sostienen el principio de que para hallar la base liquidable hay que sumar al precio el importe de la hipoteca». Era aplicar el régimen general establecido para las transmisiones onerosas: adicionar la carga.

Y así se aplicó hasta la reforma que introdujo el Reglamento de 1947. Al párrafo 2 del artículo 19 se añadió una segunda parte: «Cuando al constituirse la sociedad quedaren a cargo de ésta deudas de alguno de los socios, independientemente de la liquidación que proceda por el concepto de constitución de sociedad, sobre el valor líquido de la aportación, se girará otra por adjudicación para pago de deudas, si entre los bienes aportados por el mismo socio no hubiera metálico suficiente para satisfacerlas.»

El precepto se contempla en la Resolución de 31 de mayo de 1955. La aportación a la sociedad de una finca hipotecada supone una parcial adquisición de tal bien con la finalidad exclusiva de atender el pago de la deuda. Y, aunque conforme al artículo 100 del Reglamento la transmisión onerosa de finca hipotecada no genera el nacimiento de la adjudicación para pago, «no puede afirmarse lo mismo por lo que se refiere a la transmisión de tal clase que se realice por aportación a una sociedad, dada la modificación introducida por el párrafo 2 del artículo 19, que por su carácter de especialidad ha de prevalecer necesariamente sobre el de carácter general contenido en el artículo 100 anteriormente referenciado».

Por fin el Reglamento de 1959, en el párrafo 3 del artículo 19, contempla más directamente el supuesto que examinamos. Recoge el caso de que la sociedad se haga cargo de deudas del socio, «o se aportasen bienes afectos al cumplimiento de una obligación». Y en vez de liquidar como adjudicación para pago, se califica de en pago de asunción de deudas.

El ciclo se había cerrado. Luego el artículo 100 establece con ca-

rácter general que cuando el tipo de la transmisión y el de la adjudicación sean distintos, se liquidará ésta; pero eso lo vimos en la letra A).de este apartado del trabajo.

D) LA ADJUDICACIÓN TÁCITA CUANDO EXISTE METÁLICO

El artículo 19 reformado en 1947 exoneraba la liquidación por adjudicación cuando se aportara metálico. Pero esto se interpreta con cierto rigor. Así la Resolución de 6 de julio de 1954 sienta que tal exención no cabe cuando se trata de «un simple ingreso cuyos conceptos y causa no se precisan en las estipulaciones de la escritura».

El mismo criterio adopta la Resolución de 17 de octubre de 1963, luego confirmada por Sentencia de 15 de noviembre de 1965. Requerían «que el desembolso de metálico sea precisamente para satisfacer las deudas y en cantidad bastante». Sin que baste la afirmación de los interesados de haberlo realizado, pues a ellos incumbía probarlo.

Otro requisito para no liquidar la adjudicación por existir metálico es que éste lo aporte el mismo socio cuya deuda asume la sociedad. El Reglamento de 1947 y el vigente de 1959 así lo prescriben. Con todo, la Resolución de 7 de febrero de 1956 fue más flexible.

La de 14 de julio de 1961 aplicó la exigencia. Se trataba de una fusión de sociedades en que dos eran absorbidas, las cuales tenían algún metálico. El acuerdo fue que el metálico de una sociedad incorporada no podía aplicarse a las deudas de la otra (y así estar exenta de la adjudicación): porque «los patrimonios se transmiten de forma independiente».

En sentido contrario a estas posturas están la de aquellos autores que han tratado de suavizar la liquidación por adjudicación tácita en los actos relativos a sociedades. Concretamente asimilando al metálico otros bienes de fácil realización. La sugestión se debe a ROCA SASTRE en un trabajo sobre la empresa ante el impuesto de Derechos Reales, publicado en la *Revista de Derecho financiero*.

Estima tal autor que las mercaderías, materias primas, créditos y valores mobiliarios son equivalentes al dinero. En manos de la empresa hay que apreciarlas por su valor en cambio y fácil reductibilidad a dinero. Estos elementos son como dinero en mano. BAS Y RIVAS encuentra equitativa la propuesta.

Claro que hay empresas, como las bancarias, que cuanto más deben, más valen. Pero esto, pensamos, puede quedar reflejado ante el impuesto mediante la comprobación del haber líquido por el funcionario técnico competente. Parece lógico que, si el negocio es próspero y tiene

perspectivas, la liquidación sustancial sea la girada por sociedades (sea cual fuere el acto contemplado) y no la de las deudas. Aquella prosperidad de la empresa hallará debido reflejo en el valor comprobado del haber líquido.

No puede, pues, extrañarnos que la importante Circular de la Dirección General de lo Contencioso de 15 de febrero de 1966, sobre adjudicación en pago de asunción de deudas en fusión de sociedades, se refiriera expresamente a entidades bancarias. Estas solicitaban la asimilación al metálico de otros elementos de su activo.

Pero—dice la Circular—en el aspecto jurídico, aplicando la legislación vigente, no se encuentra posibilidad de distinguir donde la Ley no distingue, ni de hacer objeto a la fusión de esta clase de sociedades de un trato excepcional para el que falta apoyo en las normas legales y reglamentarias.

«Pues no se trata de apuntar orientaciones para el futuro, cuya conveniencia no se prejuzga ahora.» Aparece aquí de nuevo una posible consideración de *lege ferenda*, cual ocurría con la liquidación por deudas en las herencias modestas.

E) UNA POSIBLE SOLUCIÓN

Hemos visto el rigor jurisprudencial en materia de adjudicaciones y las propuestas de algún autor para una posible dulcificación. Nos quedábamos mirando al futuro. En esa mirada tampoco conviene olvidar precedentes, pues los hay autorizados.

Así el Consejo de Estado, al informar el Reglamento de 1947, estimó que la segunda parte del párrafo 2 del artículo 19 debía contener dos excepciones. Una la aportación de inmueble gravado con hipoteca (cuya historia hemos reseñado), otra la aportación de un negocio industrial o mercantil en su integridad, es decir, con todo el activo y el pasivo, constituido como una universalidad de bienes.

Entendía el Consejo que en este segundo caso, de aplicarse la norma general (liquidar adjudicaciones por las deudas), se iría contra la realidad económica. En el primer caso se inclinaba por adicionar al precio el importe de la hipoteca. No prosperaron sus sugerencias. Y técnicamente no se le puede reprochar al legislador.

Mas una cosa es la corrección técnica y otra lo satisfactorio de la fórmula. La adjudicación en pago de asunción de deudas es innegable. Pero, al igual que ocurría con aquellas herencias modestas, resulta un tanto anómalo que en los actos relativos a sociedades, y a igualdad de elementos del activo, tribute más la que tenga más deudas. Y ello por-

que la adjudicación de muebles e inmuebles tiene tipo más alto que el acto de sociedades. Si la Circular de la Dirección General de 15 de febrero de 1966 no prejuzgó la conveniencia de apuntar otra orientación para el futuro, nada nos impide ahora emitir ese juicio.

El cual en este caso, como en el de las deudas en herencias pequeñas, es favorable a templar el rigor que puede suponer la liquidación por adjudicación. No insistimos en la propuesta de ROCA de ampliar el concepto de metálico; sí, en cambio, en reducir el tipo aplicable a las adjudicaciones.

Porque, en definitiva, nos movemos en el campo de las aportaciones sociales, que si bien ofrecen una alteridad de sujetos, tampoco pueden asimilarse sin más a la transmisión onerosa típica. La doctrina francesa de la mutación condicional podría ser buen ejemplo de ello. Entre nosotros, RODRÍGUEZ VILLAMIL, en su obra sobre el impuesto, tratando de las aportaciones sociales, comenta que esta enajenación de dominio no es tan radical y absoluta como la que suponen los actos de enajenación en general. Y añade, refiriéndose a la constitución de sociedad, que de ellas se ha dicho «son indianos que van, no indianos que vienen».

Por esa razón los actos relativos a las sociedades gozan de unos tipos impositivos menores que la transmisión onerosa propia. E incluso en aquéllos el tipo es menor cuando la sociedad más se acerca a la relación personal de socios que a la pura empresa de capital. Claro que, como apunta BAS Y RIVAS, ese tipo de favor hace crisis al darse la adjudicación tácita.

Sin embargo, si recordamos la Real Orden de 19 de septiembre de 1914, cuando la transmisión encierra una carga o deuda, el precio de la cosa se paga en dos veces: uno, el líquido satisfecho al vendedor; otro, la deuda que en su día se abonará al acreedor.

Igualmente, cuando hay deudas en los bienes aportados, la sociedad paga la aportación en dos modalidades: por el valor líquido entregado en acciones, y por el valor de la deuda asumiendo ésta. Aunque el pago se haga de forma distinta, la aportación a la sociedad es del bien íntegro.

Se dirá que la adjudicación tiene sus tipos propios y no puede liquidarse por el de las sociedades. Desde luego que esos tipos varían según la naturaleza del bien adjudicado; y dentro de los muebles atendiendo a la clase en concreto. Y la pregunta es, puesto que en la adjudicación cabe atender a la circunstancia objetiva del bien transmitido, ¿por qué no también al hecho de que esa transmisión sea a una sociedad?

Bien es verdad que hablamos ahora de *lege ferenda*. De *lege data* el texto refundido del impuesto asimila la adjudicación a la transmisión onerosa, precisamente cuando aparezca en los actos relativos a las so-

ciedades. Es, pues, de cara al futuro como se puede plantear el interrogante.

Ya en ese campo, y por las razones expuestas, podría propugnarse que en las adjudicaciones tácitas liquidables en las sociedades, después de aplicar el metálico (con exención) y los conceptos correspondientes a bienes muebles cuyo tipo sea reducido (préstamos, etc.), no se llegara a emplear el tipo ordinario de los muebles o inmuebles (4 ó 7,4 por 100), ni ninguno que fuera superior al correspondiente al acto de sociedades en cuestión. Cuando esta superioridad se diera, la adjudicación se liquidaría como tal, pero al tipo de sociedades.

Así no se prescinde de las deudas, ni se entiende renunciada la reducción de éstas (cual proponíamos para las herencias modestas), pero se evita que tales deudas obliguen a tributar más que en caso de no existir. Lo cual desde luego requeriría la oportuna reforma en nuestras leyes.

XII. PROPUESTA DE REDACCION

Todo lo hasta aquí expuesto nos relevaría de una conclusión del trabajo. Las propuestas o sugerencias quedan recogidas al ir tratando los temas. Por lo demás, algunas de ellas, y tal vez las principales, más que tocar la técnica jurídica de nuestra legislación, que es ciertamente depurada en esta materia, la completan con algún retoque práctico o de dulcificación, inspirado en razones sociales o económicas.

No obstante, el tratarse de una materia cuya regulación completa es relativamente nueva (puede decirse que en el Reglamento de 1959), el hecho de estar en revisión tal reglamentación, e incluso la conveniencia de sintetizar lo expuesto aquí, aconsejan de consuno cerrar el trabajo con una redacción aproximativa de la materia que nos ha ocupado. No se sigue una forma rígida de articulado. Y por supuesto que su contenido habrá de conjugarse con los demás preceptos de la Ley y Reglamento sobre el mismo tema.

CARGAS: CONCEPTO, CLASES, RÉGIMEN

Por carga se entiende a los efectos del impuesto los gravámenes de naturaleza perpetua, temporal o redimible que afectan a los bienes y aparecen directamente impuestos sobre los mismos.

Serán cargas deducibles las que, como los censos, y las pensiones, disminuyen realmente el capital o valor de los bienes transmitidos. Estas cargas se rebajarán en toda clase de transmisiones.

No merecerán la consideración de deducibles las cargas que, como las hipotecas y las prendas, pueden suponer una minoración en el precio a satisfacer, pero no una disminución del valor de lo transmitido. A estas cargas se asimilarán los gravámenes que constituyan obligación personal del adquirente.

El que las hipotecas y las prendas no se consideren cargas deducibles no obstará a que las deudas garantizadas puedan ser deducidas conforme a los artículos siguientes.

En todas las transmisiones se presumirá que todas las cargas, merezcan o no la calificación de deducibles, han sido rebajadas por los interesados al fijar el precio o valor del bien. Por tanto, a éste se aumentará, para determinar el valor declarado, el importe de las cargas que no tienen la consideración de deducibles.

Esta adición no tendrá lugar cuando el adquirente se reserve parte del precio para satisfacer dichas cargas, o cuando, en general, los contratantes o interesados hagan constar expresamente la deducción de tales cargas del precio o valor fijado.

ADJUDICACIÓN TÁCITA: EXISTENCIA; BIENES APLICADOS

Cuando se transmitan al propio tiempo bienes y deudas sin hacer expresa adjudicación de aquéllos para pago de éstas, por vía de comisión o encargo, se considerará que existe una adjudicación en pago de asunción de deudas y se liquidará por tal concepto.

A tal efecto, los bienes transmitidos se aplicarán por el orden que sigue. En primer lugar, el metálico, que gozará de exención; en segundo lugar los bienes muebles, y en último término, los inmuebles. Cuando los muebles existentes tengan tipo distinto señalado en la tarifa, se imputarán comenzando por los de tipo más reducido.

Lo establecido en los dos párrafos anteriores se entiende sin perjuicio de lo que previenen los artículos siguientes.

DEUDAS DEDUCIBLES: REQUISITOS

En las transmisiones por causa de muerte serán deducibles las deudas que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 28 del Texto Refundido del Impuesto. Dichos requisitos se aplicarán análogamente a las donaciones.

Lo establecido en el párrafo anterior será igualmente aplicable a las deudas de la sociedad legal de gananciales. Para la calificación de estas deudas y de las privativas se estará a las disposiciones del Derecho Civil.

En las transmisiones onerosas se prescindirá, por lo general, de la deducción de deudas. No obstante, cuando tales transmisiones se liquiden por las tarifas de las herencias, las deudas deducibles se estimarán como en el supuesto de las donaciones.

En los actos relativos a las sociedades, cuando la base sea el haber líquido, se entenderán por deudas deducibles, constitutivas del pasivo, las que fueren exigibles por terceras personas. Esta misma regla se aplicará a la transmisión de sociedades o empresas, aunque fuese a título lucrativo.

En aquellos otros actos de la vida de las sociedades, como la constitución y aumento de capital, en que pueda considerarse la existencia de deudas, se admitirá la deducción de aquellas que se justifiquen a satisfacción de la Administración.

ADJUDICACIÓN EN PAGO DE ASUNCIÓN DE DEUDAS: SUPUESTOS

La adjudicación tácita en pago de asunción de deudas, nacida conforme dispone el artículo (ya redactado antes), se apreciará en las adquisiciones a título lucrativo, en las transmisiones onerosas, sólo excepcionalmente, y en los actos relativos a las sociedades en los casos en que tenga lugar.

Cuando se transmita una cuota o parte de los bienes, la deducción de deudas y la consiguiente adjudicación tendrán lugar en la misma proporción.

No se apreciará la adjudicación tácita en los casos que, como las restituciones de los bienes parafernales o del capital del marido, no encierren verdadera transmisión.

Tampoco será liquidable tal adjudicación en los supuestos de cesación de comunidad, pero correlativamente no serán deducibles las deudas.

Lo establecido en el párrafo tercero es aplicable a la atribución de su mitad de gananciales al cónyuge superviviente. Pero será liquidable la adjudicación por la parte de deudas gananciales que se le impute más allá de la mitad. Se observará, además, lo que previene el párrafo 1 del artículo 31 del Texto Refundido.

LIQUIDACIÓN DE LAS ADJUDICACIONES TÁCITAS

En las transmisiones a título lucrativo cuando existan deudas deducibles y no se haga adjudicación expresa de bienes para su pago, será exigible el impuesto por el concepto de adjudicación en pago de asun-

ción de deudas. Los bienes se aplicarán conforme al orden establecido en el artículo (véase antes). No obstante lo anterior, cuando la liquidación por adjudicación diera lugar a que se pagara más impuesto que en el caso de no existir las deudas, se entenderá renunciada de oficio la deducción de las deudas hereditarias y se liquidará la adquisición prescindiendo de éstas.

En las transmisiones onerosas, cuando el tipo correspondiente a la misma sea de igual cuantía que el aplicable a la adjudicación en pago de asunción de deudas, no se deducirán las deudas ni consiguientemente se liquidará la adjudicación. Lo contrario ocurrirá cuando aquella transmisión hubiera de tributar por la escala de herencias.

Cuando, como ocurre en los actos relativos a las sociedades, el tipo correspondiente a los mismos es distinto del aplicable a la adjudicación en pago de asunción de deudas, se rebajarán las deudas que sean deducibles con arreglo al artículo (antes visto), y se practicará la correspondiente liquidación por adjudicación, en la que los bienes se imputarán por el orden establecido en el artículo (véase antes). No obstante, cuando el tipo aplicable a la adjudicación de algunos o de todos los bienes sea más elevado que el correspondiente a la transmisión, en cuanto ello ocurra, tal adjudicación tributará por el tipo propio de la última.

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS

Abogado del Estado

Algunos aspectos fiscales y sustantivos en materia de viviendas de protección oficial*

El régimen de protección oficial a la construcción de viviendas se regula por las prescripciones del texto refundido de la legislación de Viviendas de Protección Oficial, aprobado por Decreto de 24 de julio de 1963—modificado por otro de 3 de diciembre de 1964 que lo adaptó a la Ley de Reforma Tributaria del mismo año—y por el Reglamento dictado para su aplicación, de 24 de julio de 1968. Toda esta normativa empezó a regir el 1 de enero de 1969, por mandato expreso de la disposición final segunda del citado Reglamento, a cuya entrada en vigor estaba supeditada la aplicación de la Ley de 1963, según establecía la primera de sus disposiciones adicionales y transitorias.

Conforme a la disposición transitoria segunda del Reglamento, los expedientes iniciados al amparo de cualquiera de los regímenes derogados por la Ley de V. P. O.—puede verse su disposición final derogatoria—y en los cuales no hubiera recaído resolución definitiva, continuarán rigiéndose por las disposiciones de su legislación respectiva, en cuanto se refiere al régimen de construcción y auxilios económicos, sometiéndose a las disposiciones de este Reglamento en todo lo demás, incluso en los beneficios fiscales. Por excepción, el plazo de cincuenta

(*) Ponencia presentada al Seminario de Derecho Hipotecario de Valladolid-Salamansa. Entregada esta ponencia en junio de 1971, con posterioridad se han dictado disposiciones que modifican artículos del Reglamento de V. P. O. de 1968, tales como Decreto de 4 de marzo de 1972 por el que se modifican los artículos 120, 126 y 127; Orden de 24 de marzo de 1972 relativa a cupos para 1971: selección y tramitación de solicitudes, y Decreto de 21 de abril de 1972, que modifica los artículos 8, 49 al 51 y 129 del citado Reglamento. En el aspecto fiscal es de interés la Circular núm. 1 de fecha 13 de enero de 1972, de la Dirección General de lo Contencioso del Estado.

años señalado en el artículo 100 quedará reducido al fijado en la respectiva resolución de calificación provisional. Añade la disposición tercera que las viviendas calificadas definitivamente con arreglo a cualquiera de los regímenes derogados por la Ley de V. P. O., se someterán al régimen de uso, conservación y aprovechamiento, y al sancionador establecido en la misma y en este Reglamento, considerándose como V. P. O. a todos los efectos, sin otra excepción que el plazo de duración de dichos regímenes será el establecido en las respectivas calificaciones, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición anterior.

Sin embargo, este criterio de retroactividad no alcanza a perjudicar derechos adquiridos, pues así resulta claramente de la disposición transitoria novena.

No pretendemos realizar un estudio exhaustivo y acabado de esta nueva legislación; excedería de nuestras fuerzas. Ni siquiera intentaremos un juicio crítico. Nuestra intención es, simplemente, realizar un estudio de índole eminentemente práctica, poniendo de relieve el sentido que, a nuestro juicio, tienen aquellos preceptos que más nos interesan por su frecuente aplicación en las Oficinas Liquidadoras y Registros de la Propiedad.

Para ello vamos a distinguir tres períodos, que podemos considerar naturales en un expediente de construcción de V. P. O.: disponibilidad de terrenos para llevar a cabo la construcción, declaraciones de obra nueva y créditos, y venta de viviendas.

PRIMER PERÍODO.—Trataremos aquí de la iniciación de expedientes, de la adquisición de terrenos y de las exenciones fiscales.

A) *Iniciación de expedientes.*—La tramitación de expedientes para la construcción de V. P. O. se iniciará—dice el art. 76 del Reglamento—por el promotor, mediante solicitud por duplicado, ajustada a modelo oficial, a la que se acompañará la serie de documentos que el propio precepto establece. Las solicitudes presentadas serán seleccionadas—según el art. 77—con los criterios fijados en los programas de actuación a que se refiere el artículo 4.º de este Reglamento, y, en consecuencia, estimadas o desestimadas, autorizándose en el primer caso la presentación del respectivo proyecto. Los promotores a los que se hubiese autorizado la presentación del proyecto deberán solicitar la calificación provisional mediante instancia por triplicado, acompañada también de la serie de documentos que indica el artículo 79 del repetido Reglamento. Todo este proceso culmina con el otorgamiento, si procediere, de la calificación provisional por el Instituto Nacional de la Vivienda, mediante cédula en la que se determinarán las circunstancias que previene el artículo 83 del Reglamento.

B) *Adquisición de terrenos.*—Entre los documentos que deben acompañar a la solicitud primera, según el artículo 76, y a la instancia solicitando la calificación provisional, según el artículo 79, se citan el título de propiedad de los terrenos y, en caso de que los solicitantes no sean los propietarios, acompañarán, además, la promesa de venta otorgada a su favor o el título que los faculte para construir sobre los mismos. Esto lo dice el artículo 76, sin exigir, de momento, que los títulos consten inscritos en el Registro de la Propiedad. Pero una vez que la solicitud ha sido seleccionada y debe instarse la calificación provisional, entre los documentos que el promotor debe aportar al expediente, exige la letra e) del artículo 79, certificado del Registro de la Propiedad de la titularidad del dominio de los terrenos o del derecho de superficie o edificación y de la libertad de las cargas o gravámenes que puedan representar un obstáculo económico, jurídico o técnico para el desarrollo del proyecto.

De lo expuesto hasta aquí resulta, a nuestro modo de ver, que conviene distinguir dos momentos en orden a los títulos a presentar: 1.º Con la solicitud inicial del expediente deben presentarse título de propiedad o, cuando el promotor no sea dueño de los terrenos, promesa de venta otorgada a su favor o el título que le faculte para construir sobre los mismos. Para este trámite no se requiere la inscripción de los títulos, ni siquiera que éstos sean notariales; una simple promesa de venta basta, como se desprende del artículo 76, y, aunque nada diga este precepto, creemos que también puede servir una opción de compra. Para este primer trámite creemos que puede y debe admitirse el documento privado, ya que con esa solicitud inicial no se pretende más que concurrir a una selección, que podrá ser o no favorable al solicitante. 2.º Admitida la solicitud con el efecto consiguiente que ya conocemos, el Reglamento, con acierto indudable, exige que los terrenos estén inscritos en dominio a favor del promotor o que éste tenga un título inscrito que le faculte para construir sobre aquéllos, acreditándose todo con la oportuna certificación registral.

¿Cuáles serán los títulos que faculden para construir? Desde luego que no lo será el de arrendamiento ni el de promesa de venta, pero sí lo serán los demás que determinan los artículos 43 del Reglamento de V. P. O. y el número 28 del 65 de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967. Esto es, adquisiciones a título oneroso o gratuito, que originan en el adquirente el dominio, así como los derechos de superficie y de elevación de edificios que facultan para construir en terreno ajeno, aunque el derecho de elevación origine también dominio, según es de ver en el párrafo 2.º del artículo 16 del vigente Reglamento Hipotecario.

C) *Exenciones fiscales*.—Los preceptos que acabamos de citar establecen una exención con relación al Impuesto de Transmisiones. Dicen que los contratos de promesa de venta, adquisición a título oneroso, arrendamiento y cesión gratuita de los terrenos, así como los derechos de superficie y de elevación de edificios que se otorguen con la finalidad de construir V. P. O., estarán exentos, bastando para el reconocimiento de esta exención que se consigne en el documento que el contrato se otorga con la finalidad de construir tales viviendas.

Con relación al Impuesto de Sucesiones, el citado artículo 43 del Reglamento y el número 8 del artículo 19 de la Ley del Impuesto establecen la exención en favor de la adquisición de terrenos por herencia o legado con la misma finalidad. La interpretación de estos preceptos ha originado criterios dispares en la doctrina. Se ha dicho que esta exención cobra sentido y es de aplicación a la transmisión por muerte de terrenos ya acogidos, pero aún no edificados, pues una transmisión de terrenos en que sin más se diga que es para construir V. P. O. por herencia resulta poco usual: en los testamentos, desde luego, no se expresa, y la sola expresión en el acto de adjudicación por el heredero no parece encajar bien en la Ley. No es «una transmisión», sino una mera manifestación del heredero. En este sentido se pronuncia la comisión de estudios sobre viviendas del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, en «Algunas repercusiones notariales del Reglamento de V. P. O.».

Para GARCÍA-BERNARDO LANDETA (1), las exenciones vigentes se refieren a la adquisición de los terrenos para construir V. P. O. por título de herencia o legado. El problema que plantean, relativo a la institución de heredero o el legado, es si han de ser como expresión del fin a que se destinan los terrenos, conforme al artículo 797 del Código Civil, o si puede el heredero o legatario declararlo al tiempo de solicitar la liquidación del Impuesto de Sucesiones. Para dicho autor parece claro que, tanto si el testador lo dispone como si no disponiéndolo, pero declarando el heredero o legatario que va a destinar los terrenos a la construcción de V. P. O. y solicitando la exención, en ambos casos debe concederse.

En esta materia de adquisición hereditaria pueden presentarse, creemos, dos casos: Que el heredero o legatario manifieste que va a destinar el terreno a la construcción de V. P. O., en cuyo caso la concesión de la exención no ofrece duda, a nuestro juicio. O que el que haya hecho esa manifestación sea el causante al tiempo de adquirir el terreno. En este caso, el heredero o legatario puede continuar el expediente—sin

(1) *Sistema Jurídico de las V. P. O.* Ediciones Universidad de Navarra, Sociedad Anónima, Pamplona, 1970. Vol. II, pág. 438.

necesidad de la autorización prevenida en el artículo 78 del Reglamento de V. P. O.—gozando de exención por la adquisición cuando se trate de terrenos no edificados. Sin embargo, al objeto de que no exista una doble exención deberá pagarse la liquidación que en su día no pagó el causante, si hubiera gozado de exención por aplicación del número 28 del artículo 65 de la Ley del Impuesto.

Claro que puede ocurrir que el promotor sea dueño del terreno o titular del derecho con anterioridad, por cualquier título oneroso o gratuito, ya liquidado de Impuesto e inscrito en el Registro de la Propiedad. Pero puede ocurrir también que, con intención de construir V. P. O. y manifestándose formalmente esa intención, adquiriera, por cualquiera de los títulos indicados, los terrenos necesarios o el derecho sobre los mismos. Nos encontramos entonces ante la exención expresada; el documento en que se formalice la adquisición con manifestación de destino a la construcción de V. P. O. estará exento, pero quedando afecta la finca adquirida o, en su caso, el derecho, al pago del Impuesto, consignándose registralmente esa afección por medio de nota al margen de la inscripción que se practique, según ordena el número 2 del artículo 15 de la Ley del Impuesto. Por tanto, en este caso, lo procedente será realizar comprobación del valor del terreno o derecho transmitido y fijar sobre dicho valor la cantidad que, de no mediar exención, debiera ingresarse. Pero, además, dicha cantidad se consignará como afección en la nota de declaración de exención, para que luego, en el Registro de la Propiedad, mediante la nota antes indicada, haga constar el Registrador la afección de los bienes transmitidos al pago del expresado importe. para el caso de no cumplirse, en los plazos señalados por la Ley que concedió los beneficios, los requisitos en ella exigidos para la definitiva efectividad de los mismos. En este punto es de interés el número 28 del artículo 65 de la Ley del Impuesto, pues, de conformidad con su mandato, esta exención quedará sin efecto si transcurriesen tres años a partir del reconocimiento de la misma sin que se obtenga la calificación provisional.

Pero ¿cómo se comprueba el valor de los derechos de superficie y de elevación de edificios? Con relación al derecho de superficie parece que el medio de determinar la base imponible es el indicado en el número 9 del artículo 70 de la Ley del Impuesto, o sea, que habrá que fijarla ateniéndose al capital, precio o valor que las partes consiguieren, si fuese igual o mayor que el que resulte de la capitalización al 4 por 100 de la renta o pensión anual. o éste si aquél fuese menor. Sin embargo, este medio de comprobación puede ser de difícil aplica-

ción y, en opinión de BAS Y RIVAS (2), ni siquiera es correcto. Para este autor lo mejor sería que la Ley estableciera una regulación especial, según que exista o no reversión de lo edificado, aplicando para el supuesto de reversión las reglas de los usufructos temporales. Por su parte, la Abogacía del Estado de Barcelona (3), partiendo del carácter temporal del derecho de superficie, cree pertinente y jurídicamente fundado aplicar la doctrina de valoración de los usufructos temporales. A tal efecto propone la valoración del terreno conforme a los índices del arbitrio de plusvalía, aplicando al valor resultante el tanto por ciento correspondiente al número de años de duración del derecho. Y con relación al derecho de elevación de edificios, que regula el párrafo 2.º del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, BAS Y RIVAS (4) nos dice que, en la práctica, la base liquidable se suele hallar valorando el suelo y aceptando de su valor la parte que proporcionalmente corresponda a la cuota que en los elementos y gastos comunes se señalen a las nuevas plantas a edificar. En el mismo sentido se pronuncia la Abogacía del Estado de Barcelona (5).

Por lo demás, parece conveniente llevar en las oficinas liquidadoras un libro especial auxiliar, en el que se recojan con detalle este tipo de exenciones, facilitando así al liquidador la posibilidad de realizar, transcurridos los plazos, los oportunos requerimientos. Además, como medida de información y advertencia, es conveniente expresar en las notas de exención provisional la obligación que tiene el adquirente de presentar nuevamente el título, acompañado de la cédula de calificación provisional, dentro del indicado plazo de tres años.

¿Qué ocurre con la exención si los terrenos no se destinan a la construcción de V. P. O. por el solicitante? Vamos a estudiar los supuestos que pueden darse en la realidad:

a) Que presentada la solicitud del artículo 76 no resulta la misma seleccionada, o lo que es lo mismo, resulte desestimada, como dice el artículo 77.

b) Que el solicitante inicial transfiera la titularidad del expediente y la de los terrenos. El artículo 74 del Reglamento de Viviendas de Renta Limitada de 1955 establecía que toda transmisión a título oneroso de terrenos incluidos en proyectos de construcción sobre los que hubiera recaído resolución aprobatoria y de concesión de beneficios, así como la cesión de titularidad de la concesión otorgada, requerirá autorización expresa del Instituto Nacional de Vivienda. Actualmente,

(2) *Impuesto de Derechos reales y sobre Transmisión de Bienes*, vol. 1, página 305.

(3) *Anales de la Dirección de lo Contencioso*, 1962, tomo II, pág. 856

(4) *Obra citada*, págs. 307 y 308.

(5) *Obra citada*, pág. 860.

el Reglamento de 1968 dispone que una vez admitida a trámite la solicitud inicial será precisa la autorización previa del Instituto Nacional de la Vivienda, para que pueda transmitirse por actos *inter vivos* la titularidad del expediente y la propiedad de los terrenos. Así lo dispone el artículo 78 (6), que en este punto introduce más rigor que el Reglamento de 1955, ya que en éste dicha autorización sólo se requería cuando la transmisión se realizara después de la calificación provisional y a título oneroso, mientras que en el Reglamento vigente, la autorización se requiere en cualquier transmisión *inter vivos*, sea onerosa o sea gratuita, cuando pretenda realizarse una vez admitida a trámite la solicitud inicial, o sea, incluso antes de obtenerse la calificación provisional.

Pues bien, volviendo al aspecto fiscal que ahora nos interesa, parece indudable que el adquirente, haya o no mediado autorización, gozará de la exención prevista en el número 28 del artículo 65, siempre que al adquirir manifieste que lo adquirido, los terrenos, van a ser destinados a la construcción de V. P. O. El que haya mediado o no la autorización tiene, sin embargo, su importancia. Si ha habido autorización, el adquirente no sólo gozará de la exención, sino que, en relación con el propio expediente, asume la posición del cedente, deviene promotor, cosa que no ocurre cuando la transmisión se efectúa sin autorización, pues en este caso el nuevo titular del dominio tendrá que instar el oportuno proyecto y concurrir a la selección de solicitudes. Ahora bien, el cedente o transmitente deberá abonar, en cualquier caso, la liquidación que en su día no ingresó, pues su exención ha quedado sin efecto por no destinar él los terrenos a la construcción, debiendo presentar su título adquisitivo en la oficina liquidadora para pagar dentro de los treinta días siguientes a partir del acto que motiva la pérdida de la exención, pues si no cumple ese plazo abonará la multa en la cuantía que luego veremos.

c) Que el primer solicitante no llegue a instar la calificación provisional después de admitida su solicitud. Hemos visto que la exención se concede con carácter provisional, quedando sin efecto si transcurriesen tres años a partir del reconocimiento de la misma sin que se obtenga la calificación provisional (7).

Por ello, en los casos de las letras a) y c), transcurrido dicho plazo, la exención queda sin efecto, y como existe una liquidación cuya cuan-

(6) Véase un comentario a este artículo de BONILLA ENCINA en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 48, de junio de 1970.

(7) Sobre el carácter de estas exenciones puede verse mi trabajo "Notas marginales de afección en el régimen de V. P. O.", *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 53, de diciembre de 1970.

tía está fijada de antemano, debe exigirse. Y pagado el Impuesto, la nota registral de afección que ordena el número 2 del artículo 15 de la Ley del Impuesto ya no tiene razón de existir, y mediante la presentación en el Registro de la Propiedad del título acompañado de la carta de pago, debe practicarse su cancelación por medio de otra nota marginal.

Pero las consecuencias de haberse gozado de la exención al adquirir y luego no destinar lo adquirido a la construcción de V. P. O. no son sólo las hasta aquí expuestas. Como ha puesto de relieve BENÍTEZ DE LUGO (8), pueden ocurrir varias cosas: a) Que transcurridos los tres años de vigencia de la exención provisional y dentro del plazo de treinta días presente el contribuyente el documento de adquisición solicitando pagar la liquidación. En este caso, deseable, sólo se le exigirá al contribuyente el importe de la liquidación, ya concretado en su día, más los intereses de demora a partir del día en que se declaró la exención provisional. b) Que el contribuyente presente voluntariamente también el documento, pero fuera de plazo podríamos decir, o sea, después de transcurridos treinta o sesenta días. En este caso, además de los intereses de demora, deberá exigírsele al contribuyente, conforme al número 2 del artículo 115 de la Ley del Impuesto, multa del 20 al 30 por 100 de la cuota. c) Que el documento se presente en virtud de requerimiento formal del liquidador o que no se presente a pesar del requerimiento. Conforme al citado artículo 115, en el primer caso procede la imposición de multa del 50 por 100, y en el segundo, del 100 por 100, más los intereses de demora en ambos casos.

Antes de entrar en el examen de las exenciones con relación al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados conviene dejar constancia de que cuando la adquisición de los terrenos se efectúa a través de una compra, cuyo precio aplazado, en todo o en parte, se garantiza del modo que regula el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, la adquisición estará exenta, pero no así la hipoteca o, en su caso, la condición resolutoria que se establezca, pues no existe precepto en el que apoyarse para conceder la exención.

En este primer período, es decir, mientras se opera exclusivamente con terrenos, hay necesidad con frecuencia de realizar con aquéllos segregaciones, agrupaciones o agregaciones. Tales actos gozan de exención respecto del Impuesto en su vertiente de Actos Jurídicos Documentados. El artículo 43 del Reglamento de 1968 y el número 15 del apartado 2.º del artículo 101 de la Ley del Impuesto decretan la exen-

(8) "Beneficios en el Impuesto G. sobre T. Patrimoniales ..", *Revista de Derecho Financiero*, núm. 74, de marzo-abril 1968.

ción de las escrituras públicas de segregación, agrupación y agregación de terrenos que se destinen a la construcción de V. P. O. En este punto es de destacar lo siguiente: si quien realiza la segregación para construir es el mismo dueño del terreno promotor de las viviendas, la segregación es acto claramente exento conforme a los indicados preceptos. Pero si la segregación se efectúa como requisito previo para la venta del terreno segregado al que vaya a ser promotor, tendremos que la adquisición de éste gozará de exención, de acuerdo con el número 28 del artículo 65, pero no gozará de tal beneficio la propia segregación. Y es que hay entonces dos cosas distintas, a nuestro juicio: una segregación para vender, que no goza de exención, y una compra para construir V. P. O., que sí goza de exención.

El artículo 47 del Reglamento de V. P. O. regula una bonificación del 90 por 100 con relación al arbitrio de plusvalía que se aplicará a las transmisiones con destino a la construcción de V. P. O. Establece dicho precepto que para gozar de esta bonificación deberán cumplirse los mismos requisitos que se exigen en el párrafo 1, apartado A), número primero del artículo 43 de este Reglamento. Es decir, que, según el Reglamento, para el reconocimiento de esta bonificación bastará que se consigne en el documento que el contrato se otorga con la finalidad de construir V. P. O., y quedará sin efecto si transcurriesen tres años a partir de dicho reconocimiento sin que se obtenga la calificación provisional.

Sin embargo, la Ley de Régimen Local regula de modo distinto los requisitos que han de cumplirse para el reconocimiento de tal bonificación. El artículo 521 de dicho cuerpo legal concede, desde luego, una bonificación del 90 por 100 cuando en el documento público de adquisición se haga constar el destino del terreno a la construcción, pero añade que, en este caso, la liquidación del arbitrio quedará suspendida por plazo de seis meses, a fin de que los interesados puedan justificar la aprobación del terreno de que se trata por el Instituto Nacional de la Vivienda, concediéndose entonces la bonificación, y si no lo hicieren, se practicará la liquidación correspondiente, exigiéndose el interés legal de demora por el aplazamiento, consecuencia de la referida suspensión. Así lo establecía la Ley de Régimen Local de 1950 y así se mantuvo por el texto refundido aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955.

Se produce, pues, una discordancia entre las dos regulaciones, y habiéndose planteado ya judicialmente cuál de las dos regulaciones ha de prevalecer, el Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de octubre

de 1969 (9), se inclina a favor de la prevalencia y aplicación del artículo 521.

SEGUNDO PERÍODO.—Aquí tratamos de los distintos tipos de V. P. O. y de los beneficios que se les conceden en general; de las declaraciones de obra nueva; de los préstamos, anticipos y primas, para terminar con lo referente a calificación definitiva.

A) *Distintos tipos de viviendas y beneficios en general.*—La cédula de calificación provisional determinará, en otros extremos, según el artículo 83 del Reglamento, el número, grupo, categoría, tipo y superficie de las viviendas, locales de negocio, edificaciones y servicios complementarios y obras de urbanización a las que se extienda la protección, la parte de solar no edificada que se considere vinculada a la edificación, beneficios que se otorgan, plazo para la ejecución de las obras y fecha de su iniciación, así como el régimen de uso y utilización de las V. P. O.

A los efectos de nuestro estudio interesa precisar las posibles clases de V. P. O., y para ello hemos de acudir a la lectura del artículo 6 del Reglamento vigente, que desarrolla el artículo 3 de la Ley de 1963. De estos preceptos resulta que las V. P. O. se clasificarán en dos grupos:

Grupo primero.—Aquí se integrarán las V. P. O. para cuya construcción no se conceda subvención, prima ni anticipo; su superficie no sea inferior, por vivienda, a 50 metros cuadrados ni superior a los 200, y su coste de ejecución material por metro cuadrado no exceda de determinada cantidad.

Grupo segundo.—Aquí se integran las V. P. O. para las que se concedan algunos o varios de dichos auxilios. Dentro de este grupo se admiten tres categorías de viviendas, cuyas características se fijan en el citado artículo 6 reglamentario.

Existe, además, una categoría especial, constituida por las llamadas Viviendas Subvencionadas, categoría que había sido creada dentro del primer grupo por Decreto de 22 de noviembre de 1957 e incluida en el segundo grupo por Decreto de 5 de marzo de 1959.

Todas estas clasificaciones tienen sumo interés a los efectos de determinar los beneficios de que pueden gozar cada una de las viviendas y a los de determinar su renta, sus precios máximos de venta e incluso las condiciones en que ésta ha de realizarse. Concretándonos a lo primero, es decir, a los beneficios, dice el artículo 38 del Regla-

(9) Puede verse un comentario a dicha Sentencia de GONZÁLEZ PÉREZ en R. C. D. I., núm. 474, septiembre-octubre de 1969, págs. 1407 y siguientes.

mento, desarrollando el artículo 8 de la Ley, que el Estado podrá conceder para la construcción de V. P. O., con la intervención del Instituto Nacional de la Vivienda, los siguientes beneficios: a) Exenciones y bonificaciones tributarias. b) Préstamos con interés. c) Anticipos sin interés, reintegrables a largo plazo. d) Subvenciones y primas a fondo perdido. e) Derecho a la expropiación forzosa de terrenos.

Pues bien, de los artículos 6, 42, 49, 57, 62 y 64 del Reglamento resulta que los beneficios fiscales y de préstamo se aplican a todas las viviendas sin distinción de grupo ni categoría. A las del segundo grupo se les podrá otorgar, además, los beneficios de prima y anticipo, aunque con la particularidad de que la prima, según el artículo 64, sólo se concederá a los promotores de los apartados c), e), h) y l) del artículo 22 y para viviendas de tercera categoría que se cedan en régimen de alquiler o acceso diferido a la propiedad. La subvención, en cambio, que es incompatible con la prima, se otorgará únicamente a las viviendas subvencionadas. El beneficio de expropiación se podrá obtener sin distinción de promotores (10) ni clases de viviendas, pero sólo en casos excepcionales, y habrá de recaer sobre un proyecto previamente aprobado por el Instituto Nacional de la Vivienda, siendo título inscribible o, en su caso, inmatriculable el acta de ocupación acompañada de la correspondiente al pago efectuado o del resguardo del depósito del importe del justiprecio fijado por la Administración o, en su caso, por el Jurado de Expropiación, según todo ello resulta de los artículos 66 y 68 del Reglamento, el cual, en el artículo 70 y siguientes, dicta normas para la expropiación con carácter de urgencia.

B) *Declaraciones de obra nueva.*—Entre la concesión de la calificación provisional y la concesión de la calificación definitiva media un espacio de tiempo en el que se han de ejecutar las obras de construcción. En este intermedio se producirán ciertos actos y negocios que interesan a los efectos de nuestro estudio: nos referimos a las declaraciones de obra nueva y garantías hipotecarias.

De los artículos 87 y 93 del Reglamento vigente resulta que una vez recibida la calificación provisional, el promotor deberá solicitar del Ayuntamiento la licencia municipal de edificación, debiendo iniciarse las obras normalmente dentro del plazo de dos meses, a contar de la fecha de la concesión de la licencia.

Pero la concesión de la calificación provisional determina otro efecto muy importante, consistente en que obtenida aquélla—según la regla 4.^a del artículo 51 del Reglamento—solicitarán los promotores el

(10) Véase, sin embargo, el artículo 22 de la Ley de 24 de julio de 1963.

préstamo de las entidades de crédito que hayan de concederle, para lo cual el Instituto Nacional de la Vivienda fijará en la cédula de calificación provisional la cuantía máxima del préstamo, el cual se otorga con garantía de primera hipoteca sobre el terreno y construcciones, como dice el artículo 50 del Reglamento. Ello significa que normalmente, en la escritura en que se formalice el préstamo, se proceda, a la vez, a la declaración de obra nueva en construcción. Claro que puede no existir préstamo o existiendo se formalice en documento otorgado a este exclusivo efecto la declaración de obra en construcción o, como sucede frecuentemente en la práctica, la declaración de obra terminada. Tal documento motivará la oportuna inscripción registral de obra nueva, en la que se hará constar la calificación provisional (11), la cual habrá servido para consolidar la exención declarada al adquirir el terreno. Aunque realmente la exención continúa siendo provisional o condicionada, pues todavía hay que obtener la calificación definitiva, e incluso obtenida ésta, hay que cumplir todavía muchos requisitos, que hacen que las exenciones sean provisionales mientras las viviendas estén sujetas al régimen de Protección Oficial.

La declaración de obra nueva, a que nos referimos, goza de exención del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. Ciertamente que esta exención no se establece nominalmente—ni podría establecerse a partir de la reforma tributaria de 1964—, por lo que algunas oficinas liquidadoras, recién aparecida dicha reforma, no la reconocían. Pero la exención está en las leyes, y concretamente, en el artículo 43 del Reglamento de V. P. O. y en el número 15 del artículo 101 de la Ley del Impuesto, cuando hablan de todas aquellas escrituras otorgadas para formalizar actos y contratos relacionados con V. P. O. A mayor abundamiento—y esto prueba que el problema se había planteado por algunas oficinas liquidadoras—, éste es el criterio sustentado por la Dirección General de lo Contencioso en su Circular número 2 de 1968, fecha 6 de febrero, en la que se expresa que tales actos tributarán exclusivamente por el número 37 de la tarifa, o sea, cinco pesetas por pliego. Por lo demás, ya sabemos que la misión del liquidador no se agota con reconocer y declarar la exención, sino que, previa comprobación del valor, determinará la deuda tributaria que habría de exigirse de no mediar la exención y consignarla como afección en la nota que extienda en el documento, a los efectos de que por nota marginal se haga constar en el Registro de la Propiedad.

(11) "Los artículos 81 y 82 del Reglamento de V. P. O." La obra nueva. BONILLA ENCINA. *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 54, enero de 1971.

C) *Préstamos, anticipos y primas.*

a) *Préstamos.*—Su regulación viene contenida en el artículo 18 de la Ley de 24 de julio de 1963, en los artículos 49 al 56 del Reglamento, y en las disposiciones complementarias que luego se dirán. En la parte que a este estudio interesa, la doctrina de los préstamos puede sintetizarse así: el Instituto Nacional de la Vivienda podrá autorizar a los promotores que construyan V. P. O. de cualquiera de las clases ya conocidas para que obtengan préstamos con interés, los cuales podrán concederse por el Banco de Crédito a la Construcción, Instituto Nacional de Previsión, Instituto Social de la Marina, Mutualidades y Montepíos Laborales, Cajas de Ahorros y cualquier otra entidad de crédito, pública o privada, en la forma que determine el Ministerio de Hacienda, y excepcionalmente por el Instituto Nacional de la Vivienda. Los préstamos se otorgarán con arreglo a las normas establecidas por el Plan en vigor en cada momento, en las siguientes condiciones: a) tipo de interés fijado por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Hacienda; b) plazo de amortización no inferior a diez años ni superior a treinta; c) exenciones y bonificaciones tributarias; d) garantía de primera hipoteca—salvo casos excepcionales—sobre el terreno y construcciones; e) garantía adicional de pago por el Instituto Nacional de la Vivienda, en su caso, conforme al artículo 52, según el cual podrá concederse cuando circunstancias extraordinarias así lo aconsejen.

La cuantía de los préstamos se fijará de acuerdo con las normas del artículo 51 del Reglamento. Así, con relación a las viviendas de los grupos I y II se fija en un tanto por ciento del presupuesto protegible, mientras que en la categoría de subvencionadas se fija en una cantidad de pesetas por metro cuadrado de superficie construida. Las disposiciones complementarias a que antes aludíamos, y que regulan todo lo relativo a entidades acreedoras, cuantía de los préstamos, intereses que devengan y plazos de amortización, se han venido dictando cada año. Con relación a 1969 son de tener en cuenta las Ordenes de 16 de abril, 26 de abril, 21 de junio, y Circulares de 16 de mayo y 30 de agosto. En cuanto a 1970, determinados los cupos de construcción por Orden de 24 de abril, la Orden de 24 de julio regula los créditos que pueden obtenerse, siendo de tener en cuenta también la Circular de 24 de agosto en cuanto a la Caja Postal de Ahorros, redactada nuevamente por Circular de 11 de febrero de 1971, y la Orden de 10 de diciembre, modificada por otra de 21 de enero de 1971, que autoriza en ciertas condiciones al Banco de Crédito a la Construcción a conceder créditos para viviendas subvencionadas acogidos a los cupos de 1969 y 1970. Por último, y en cuanto a 1971, de momento no existen más

que la Orden de 26 de febrero, en cuyos artículos 6 y 7 se regulan las condiciones de los préstamos y Orden del 27 del mismo mes.

Desde el punto de vista a que se ciñe nuestro estudio, conviene destacar, en esta materia de préstamos hipotecarios, las dos normas siguientes: Hemos visto que la garantía del préstamo ha de estar representada por primera hipoteca sobre los terrenos y construcciones. No obstante, admite la letra *b*) del artículo 51 del Reglamento la posibilidad de su posposición, al decir que las entidades de crédito podrán acceder a la posposición de la hipoteca constituida a su favor cuando consideren que la garantía que de ella resulte es suficiente para la efectividad de sus créditos. Por otra parte, el Reglamento dedica un precepto destinado a la determinación del título inscribible de la hipoteca cuando el préstamo se haya otorgado por el Instituto Nacional de la Vivienda. Dice el artículo 56 que tales contratos se formalizarán en documento notarial, compareciendo el director general o funcionario en quien delegue, en representación de dicho Organismo, y el promotor o su representante legal o voluntario. Añade el artículo 56 que la cancelación total o parcial será formalizada mediante documento notarial y que para la inscripción de los referidos actos en el Registro de la Propiedad será bastante la copia autorizada de la escritura pública otorgada. Este precepto reglamentario supone una corrección del artículo 16 de la Ley de 24 de julio de 1963, que admite la formalización de los préstamos hipotecarios y su cancelación por acta administrativa cuando el prestamista sea el Instituto Nacional de la Vivienda.

¿Cómo se tratan fiscalmente estos préstamos? El artículo 43 del Reglamento y el número 63 del artículo 65 de la Ley del Impuesto declaran la exención de los contratos de préstamo hipotecario que se soliciten antes de obtener la calificación definitiva de V. P. O., cualquiera que fuese la fecha de su concesión, así como la ampliación, modificación, división, prórroga expresa o extinción de dichos préstamos. Pero para que la exención pueda declararse es preciso que los mismos se ajusten estrictamente a las condiciones legales respecto de su cuantía, tipo de interés, plazo de amortización e incluso que se otorguen por aquellas entidades que se determinan en las normas antes indicadas. El número 63 del artículo 65 de la Ley del Impuesto advierte que la exención procede, pero con la prevención establecida en el último párrafo del número 28 del mismo artículo. A este respecto, una Resolución del Tribunal Central, de 20 de noviembre de 1969, tiene declarado que el beneficio fiscal está condicionado al cumplimiento de los requisitos que para cada negocio jurídico exigen las disposiciones vigentes para esta clase de viviendas. En el caso planteado, los

intereses del préstamo eran superiores al 5,50 por 100, que era vigente, a la sazón, y la indicada Resolución declara que no procedía la exención.

Hay que alabar la actual redacción de los preceptos que conceden la exención de los préstamos hipotecarios—los préstamos no garantizados con hipoteca están sujetos y tributan por el régimen normal—, ya que, en virtud de ella, no podrán darse los criterios discordantes que se producían al aplicar la exención contenida en la letra c) del número 59 del artículo 6 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 1959. En este Reglamento se hablaba de los contratos de préstamo hipotecario que se destinan a la construcción de tales viviendas, así como la ampliación, modificación, posposición, prórroga expresa y cancelación. Dos problemas se produjeron, fundamentalmente, al aplicar este precepto: Uno consistía en que, a veces, por dificultades burocráticas, no se formalizaba el préstamo hasta después de concluida la construcción. Entonces se planteaba el problema de si tal préstamo estaría o no exento. Otro problema se producía al considerar los actos de distribución de hipoteca entre las distintas viviendas y locales resultantes de una división horizontal. Como el precepto no hablaba expresamente de división, las oficinas liquidadoras, que no calificaban tal división como modificación de hipoteca, liquidaban el acto y no reconocían la exención.

Pero hoy no se suscitarán esos problemas. Estarán exentos los préstamos hipotecarios que—cumpliendo los demás requisitos—se soliciten antes de obtener la calificación definitiva, cualquiera que sea la fecha de su concesión. Es decir, que aunque por dificultades de cualquier índole no se conceda el préstamo antes de la calificación definitiva, lo que importa para gozar de la exención es la fecha de la solicitud del préstamo. También actualmente la división de la hipoteca entre las distintas partes separadas del edificio es exención nominalmente reconocida. Otra diferencia, sin embargo, existe entre el precepto antiguo y el nuevo. Antes se hablaba, como acto exento, de la posposición y hoy se silencia la misma. Pero creemos que las cosas siguen igual en este punto, pues la posposición es una clara manifestación del concepto de modificación de hipoteca, exento no sólo por el número 63, sino también por el número 51 del artículo 65.

Vamos a aludir, por último, a la siguiente cuestión: ¿Qué ocurre cuando la hipoteca en garantía del préstamo se cancela por pago antes de la conclusión de las obras? El Tribunal Económico Administrativo Central, en Resolución de 24 de junio de 1958, declaró que tal acto no goza de exención, pues esa cancelación revela que el préstamo no se destinó a la construcción. De prevalecer este criterio podría ocurrir,

como consecuencia lógica, que también se viniera abajo la exención concedida en su momento a la constitución del préstamo hipotecario.

b) *Anticipos*.—Su regulación viene contenida en los artículos 57 a 61 del Reglamento. Los anticipos, que no devengan interés, consisten en un auxilio que se puede conceder por el Instituto Nacional de la Vivienda o por el Banco de Crédito a la Construcción, pero únicamente a los promotores de viviendas del grupo II en cualquiera de sus tres categorías y en la cuantía máxima que determina el artículo 58 del Reglamento. Se concederán en la forma establecida para el préstamo en el artículo 56—escritura pública—y con garantía de segunda o primera hipoteca a favor del Organismo que lo otorgue, según que exista o no préstamo complementario, debiendo reintegrarse en el número de anualidades que se fije en la calificación provisional, no superior a cincuenta, dice el artículo 16 de la Ley de 24 de julio de 1963, empezando a contarse el plazo de devolución a partir de la fecha de calificación definitiva. La cancelación total o parcial de la hipoteca se efectuará en la forma determinada para la del préstamo en el artículo 56.

Estos anticipos gozan de exención, según el número 65 del artículo 65 del a Ley del Impuesto, y con relación a la hipoteca que se constituya para su garantía en favor del Instituto Nacional de la Vivienda, son actos exentos, según el número 50 del mismo artículo, los de constitución, modificación, ampliación, división, prórroga expresa y cancelación, con la prevención establecida en el último párrafo del número 28 del mismo artículo 65. La exención, además, motivará una nueva nota de afección en el Registro de la Propiedad.

Puede, no obstante, surgir un problema: la exención se establece para los anticipos concedidos por el Instituto Nacional de la Vivienda y hemos visto que tales anticipos pueden ser concedidos también por el Banco de Crédito a la Construcción. A nuestro juicio, éstos también deben gozar de la exención, pues la razón es la misma para los préstamos que para los anticipos. Lo importante es que se ajusten a lo que la Ley dice; no se comprende cómo puede estar exento un préstamo concedido por el Banco expresado y no, en cambio, el anticipo, cuando, en realidad, ambos auxilios responden al mismo criterio de estimular la construcción de V. P. O.

c) *Primas a la construcción*.—Este beneficio no tiene reflejo registral ni motivará el otorgamiento de escritura pública. Del artículo 64 del Reglamento resulta que tales primas consisten en un auxilio que se manifiesta a través de la entrega de una cantidad a fondo perdido, compatible con el préstamo y el anticipo, que el Instituto Nacional de la

Vivienda apodrá conceder en casos de reconocido interés social, pero únicamente a los promotores de los apartados *c)*, *e)*, *h)* y *l)* del artículo 22, y para viviendas de tercera categoría del segundo grupo que se cedan en régimen de alquiler o acoso diferido a la propiedad. Su tratamiento fiscal, que es el de exención, se recoge en el número 65 del artículo 65 de la Ley del Impuesto.

d) *Calificación definitiva*.—Vamos a distinguir aquí según que se obtenga o no se obtenga tal calificación.

1.º Que se obtenga la calificación definitiva.—Las obras de construcción ya han concluido y supuesto que las mismas se hayan ajustado—utilizando palabras del artículo 98—al proyecto aprobado y demás condiciones fijadas en la cédula de calificación provisional y, en su caso, a las modificaciones introducidas con autorización del Instituto Nacional de la Vivienda, este Organismo otorgará la calificación definitiva, la cual habrá de ser solicitada por el promotor dentro de los treinta días siguientes a la terminación de las obras, mediante solicitud a la que se acompañarán, entre otros, los siguientes documentos, que indica el artículo 97: *a)* certificado del arquitecto director acreditando la terminación de las obras; *b)* justificación de haberse practicado la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura declarativa de que la construcción está comenzada. Esta última circunstancia podría acreditarse mediante la presentación de dicha escritura, en la que conste la oportuna nota de inscripción. Pero frecuentemente se requerirá una certificación expedida por el Registro, especialmente cuando aquella declaración de obra se haya formulado en la misma escritura de préstamo, pues es lo normal que dicha escritura, su copia, una vez inscrita, quede en poder de la entidad de crédito, disponiendo el promotor tan sólo de una copia simple de la misma. No obstante, puede también ocurrir que la obra nueva conste inscrita en el Registro como obra terminada o concluida antes de solicitarse la calificación definitiva. En este caso, como dice BONILLA ENCINA (12), aunque la certificación del Registro exprese que la obra nueva se halla totalmente concluida, no quiere decir que a los efectos legales lo esté, ya que para la Ley, la obra se estima terminada cuando se hayan cumplido estos dos condicionamientos: inspección satisfactoria por el Instituto Nacional de la Vivienda de que las obras se han realizado conforme al proyecto y calificación definitiva, que se erige en título declarativo de que la construcción se ha terminado con arreglo a las leyes.

(12) En el trabajo citado en la nota 11.

Especial interés registral ofrece el artículo 99 del Reglamento de V. P. O. Nos habla este precepto de dos notas marginales: una para hacer constar en el Registro de la Propiedad la terminación de las obras, y otra, para afectar la finca en favor del Estado, provincia o municipio por razón de las exenciones o reducciones concedidas en los distintos impuestos. De dicho precepto resulta que para la práctica de la primera nota marginal serán títulos adecuados la escritura declarativa de que la construcción está comenzada—la cual debe estar previamente inscrita—y la cédula de calificación definitiva. En cuanto a la nota de afección, la cuestión es más dudosa. Desde luego hay acuerdo unánime sobre la clase de asiento apropiado para constatar registralmente la afección. Se estima que la nota marginal cumple perfectamente esa función; se trata de una nota marginal de las que ROCA SASTRE llama sucedáneas o con función equivalente a la de un asiento principal. La afección de que tratamos opera al modelo de una hipoteca, que en lugar de constatarse registralmente por medio de una inscripción, se constata a través de una nota marginal. Pero ¿qué título ha de motivar la nota de afección? ¿Será la cédula de calificación definitiva por sí sola? Recientemente, GARCÍA-BERNARDO LANDETA, en la obra citada en la nota número 1, y DELGADO ROLLÁN (13) han puesto de relieve la poca virtud de la cédula de calificación definitiva para la extensión de la nota de afección. Para el primero de dichos autores, la cédula no es documento que reúne los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria para causar la nota marginal de afección. Por su parte, DELGADO ROLLÁN dice que, en primer lugar, ningún precepto ordena que al registrarse la calificación definitiva se extienda por el Registrador una nota de afección global e indeterminada. El artículo 99 sólo indica la clase de asiento que reflejará la afección. En segundo lugar, con esa nota general e indeterminada—dice DELGADO ROLLÁN y con razón—se infringirían una serie de preceptos hipotecarios, tales como los artículos 194 y 9 de la Ley Hipotecaria y 271 y 51 de su Reglamento.

A nuestro modo de ver, y como ya hemos dicho en otra ocasión (14), concedida la calificación definitiva se tomará razón de la misma, pero a los únicos efectos de constatar registralmente su concesión y la terminación de las obras. No procede la nota de afección genérica en virtud de la cédula, en primer lugar, porque es contraria al principio de especialidad, y, en segundo lugar, sería absurdo que respecto del Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados el Estado estuviera

(13) "Notas de afección por Impuesto en V. P. O." *R. C. D. I.*, núm. 475, noviembre-diciembre 1969.

(14) Trabajo citado en la nota número 7.

doblemente garantizado. El Estado, en cuanto a las exenciones que han tenido reflejo en documentos que han ingresado en el Registro, ya tiene garantía suficiente con las notas específicas de afección, las cuales, en nuestra opinión, sólo se cancelarán cuando transcurra el plazo de vigencia del régimen de V. P. O. En cambio, respecto de aquellas exenciones que procedan por actos que no tuvieron reflejo en el Registro o concedidas por otras Haciendas distintas de la estatal, las notas de afección en su garantía sólo podrán extenderse en virtud de los documentos expedidos por el funcionario competente expresando concepto, cuantía y titular de la afección.

Por último, la concesión de la calificación definitiva determina como efecto para ciertos promotores, concretamente los de la categoría de viviendas subvencionadas, la obtención del beneficio llamado subvención, que consiste en la entrega de 30.000 pesetas por vivienda a fondo perdido y que se abonará una vez otorgada la calificación definitiva—no antes, salvo lo previsto en el artículo 63—por el Instituto Nacional de la Vivienda. En otro tiempo se planteó el problema de si tales subvenciones estaban o no exentas, pero hoy gozan claramente de la exención fiscal, que recoge el número 65 del artículo 65 de la Ley del Impuesto.

2.º Que no se obtenga la calificación definitiva.—Habiéndose obtenido en su momento la calificación provisional y realizadas las obras, la inspección de las mismas puede revelar que no se han ajustado al proyecto en su día aprobado y esto trae como consecuencia la denegación de la calificación definitiva, según resulta del artículo 98 del Reglamento, y la extinción de todas las exenciones fiscales hasta entonces reconocidas. El Reglamento de 1968 no es tan expresivo en este punto como lo era el Reglamento de V. R. L. de 1955, el cual, en su artículo 31, disponía que dentro del plazo de un mes desde que el Instituto Nacional de Vivienda deje sin efecto la aprobación del proyecto, el propietario viene obligado a presentar el contrato, al objeto de que por las oficinas liquidadoras que hubieren declarado la exención provisional se practique la liquidación correspondiente.

El Reglamento actual no dice nada al respecto, pero la doctrina que acaba de exponerse continúa teniendo vigencia, a nuestro juicio. Por un lado, las exenciones fiscales están supeditadas al cumplimiento de los requisitos legales, y uno de los requisitos es la obtención de la calificación definitiva. Si ésta no se obtiene, las exenciones concedidas pierden su justificación, según se deduce del párrafo último del número 28 del artículo 65 de la Ley del Impuesto, y el promotor debe solicitar el pago de las liquidaciones mediante la presentación de los documentos que en su día hubieran sido declarados exentos, en la oficina

liquidadora correspondiente, y dentro del plazo de treinta días a contar desde la decisión denegatoria. No obstante, entendemos que si contra dicha decisión se interponen los recursos que la Ley admite—véase artículo 98 del Reglamento—, el plazo no se contará sino desde que recaiga resolución definitiva, por aplicación del artículo 113 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 1959.

Por otro lado, la Dirección General de lo Contencioso, en la Circular número 3 de 1964, aconseja que por las oficinas liquidadoras se vigilen los plazos de duración de las exenciones provisionales, para que periódicamente, y según su buen juicio, se pidan informes a los interesados y a los organismos competentes, a fin de que se justifiquen los extremos que demuestren continuar vigentes las razones que llevaron a solicitar una exención provisional y, en otro caso, para que adviertan al interesado, conforme al artículo 99 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que, si no justifican los extremos oportunos, se declarará la caducidad del expediente y se girará la liquidación.

TERCER PERÍODO.—En este tercer período, último de nuestro estudio, vamos a tratar de la transmisión de viviendas a base de distinguir: viviendas susceptibles de transmisión, condiciones en que ésta ha de realizarse, tratamiento fiscal.

A) *Viviendas susceptibles de transmisión.*—Calificadas definitivamente las viviendas construidas, se hallan las mismas sujetas a un régimen especial legal, que, según el artículo 100 del Reglamento, durará cincuenta años, sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria segunda. Mientras dicho régimen esté vigente, el dominio, uso, conservación y aprovechamiento de las viviendas estarán sometidos a las prescripciones de la legislación que estudiamos, pudiendo destinarse las viviendas: 1.º Uso propio. 2.º Arrendamiento. 3.º Venta al contado o con precio aplazado total o parcialmente, en bloque o separadamente por viviendas. 4.º Acceso diferido a la propiedad. 5.º Cesión gratuita en propiedad o en uso. Así lo dispone el artículo 101 del Reglamento vigente. Pero no se crea que únicamente las viviendas calificadas para su transmisión son las que se pueden transmitir. El artículo 102 del Reglamento admite: 1.º Que las viviendas destinadas a uso propio podrán ser objeto de cesión gratuita en propiedad o en uso a favor de las personas que guarden con el promotor relación de parentesco, dentro de cualquiera de los grados de consanguinidad en línea recta, descendente o ascendente, o en la colateral hasta el segundo grado. Pero creemos que, además, también pueden excepcionalmente ser objeto de transmisión, pues del artículo 119 del Reglamento se de-

duce que, con autorización del Instituto Nacional de la Vivienda, es posible el cambio de régimen de las viviendas destinadas a uso propio. 2.º Que las viviendas destinadas a arrendamiento podrán ser enajenadas por edificios completos, siempre que comprendan más de una vivienda, en favor de persona física o jurídica que asuma la obligación de respetar tal destino. Pero, además, también es posible la enajenación por viviendas separadas, siempre que se cumplan ciertos requisitos que establece el artículo 126 del Reglamento. Efectivamente, este precepto dispone que los propietarios de viviendas calificadas para ser destinadas a arrendamiento podrán venderlas a sus arrendatarios previa autorización del Instituto Nacional de la Vivienda y siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) que los arrendatarios de las viviendas presten su consentimiento expreso a la cesión proyectada; b) que si se trata de viviendas construidas por empresas con destino a su personal y el precio o parte de él quedase aplazado, el contrato habrá de contener la cláusula expresa de que el cese en la relación laboral no determinará la resolución de aquél.

Este régimen de transmisión es aplicable no solamente a las viviendas calificadas definitivamente a partir de 1 de enero de 1969, sino también a las calificadas con arreglo a las leyes derogadas. Dentro de las viviendas destinadas a uso propio han estado incluidas las llamadas casas baratas, económicas y para funcionarios, a las que serán aplicables los artículos 102 y 119, antes expuestos.

Con relación a locales de negocio hay que advertir, a su vez, lo siguiente: 1.º Que cualquiera que sea el destino del edificio en que estén sitos, podrán cederse en venta o arrendamiento y dedicarse a usos comerciales o industriales, centros docentes, oficinas, despachos, consultorios y otros análogos, pudiendo incluso, previa autorización del Instituto Nacional de la Vivienda, transformarse en viviendas, que quedarán sujetas al régimen de utilización de las V. P. O. que corresponda a la clase y categoría de las del inmueble en que estén situados. 2.º Que la enajenación de los locales de negocio propiedad de Cooperativas de Viviendas se llevará a efecto por el procedimiento de pública subasta, salvo que otra cosa resuelva la Junta General de la Cooperativa, por acuerdo adoptado por la mayoría de los socios, según establece el artículo 108. 3.º Creemos que en la actualidad, como anteriormente también, los locales de negocio no tienen limitación en cuanto al precio de transmisión.

B) *Condiciones en que la venta ha de realizarse.*—Cuando las viviendas, según la calificación, estén destinadas a la venta, ésta puede realizarse sin necesidad de solicitar autorización del Instituto Nacional

de la Vivienda—dice el artículo 130—y sin perjuicio de inscribir los contratos en el Registro de la Delegación Provincial. Sin embargo, cuando se trate de enajenar las diferentes viviendas de un edificio, cuya construcción hubiese sido financiada con anticipos o préstamos otorgados por el Instituto Nacional de la Vivienda, será requisito necesario, para que la transmisión pueda llevarse a cabo, obtener previamente de dicho Organismo la división del crédito hipotecario. Para ello—dice el artículo 130—deberá presentarse solicitud acompañada de copia inscrita de la escritura de división horizontal y propuesta de distribución del crédito entre las diferentes viviendas. Medida ésta muy loable, que permite no sólo concretar a cada vivienda su responsabilidad hipotecaria, con la garantía que ello supone para los compradores, los cuales saben de antemano de cuánto responde su vivienda, sino que, además, permite cumplir una de las condiciones de la venta, consistente en que del precio—como dice el artículo 128—se deducirá, en todo caso, el importe no amortizado de los anticipos y préstamos que se hubieran obtenido para la construcción, en los que se subrogará el comprador.

De todos modos conviene notar que esa previa distribución sólo viene impuesta cuando el acreedor hipotecario es el Instituto Nacional de la Vivienda. Cuando la entidad acreedora sea cualquiera de las demás que puedan serlo, será preciso, al objeto de cumplir con el artículo 128 cuando no haya habido previa división del crédito hipotecario, que las ventas por viviendas independientes se realicen con pacto de distribución interna de responsabilidad.

Creemos, no obstante, que cuando se trate de viviendas del grupo II calificadas definitivamente antes de 1969, tiene el promotor derecho adquirido, derivado de la Ley de 2 de marzo de 1963, consistente en que al precio máximo fijado en la cédula cabe añadir el importe del anticipo que se hubiera concedido por el Instituto Nacional de la Vivienda.

Cuestión importante es la referente al precio de venta, el cual no es libremente determinable, pues reglamentariamente se han fijado los precios máximos en el artículo 127, a base de distinguir las viviendas del grupo I, II y subvencionadas. Sin embargo, es necesario tener en cuenta en este punto la transitoria 5.^a del Reglamento, en la que se establecen las normas siguientes: 1.^a Cuando se trate de viviendas subvencionadas que se califiquen definitivamente a partir de 1 de enero de 1969, los precios de venta se ajustarán a lo establecido en el artículo 127, siempre que los promotores hayan cumplido los plazos de presentación de proyectos y de ejecución de obras fijadas en la aprobación de la solicitud y en la calificación provisional, pues si hubieran obtenido prórroga en los referidos plazos, los precios de venta se fija-

rán de conformidad con las normas vigentes en la fecha de calificación provisional. 2.ª Cuando se trate de viviendas del grupo I o II, que habiendo obtenido calificación provisional no estén calificadas definitivamente a la entrada en vigor de este Reglamento, los precios de venta se fijarán en la calificación definitiva de conformidad con las normas vigentes en la fecha de calificación provisional.

Hay que advertir, además, que si bien las viviendas del grupo II y subvencionadas han tenido siempre limitación de precio, hubo un tiempo en el cual las del grupo I podían ser vendidas sin limitación de precio, pues así lo establecía el párrafo 1.º del artículo 116 del Reglamento de V. R. L. de 1955. Posteriormente, a partir de 1965, se estableció limitación, existiendo un precio máximo para este tipo de viviendas de 576.000 pesetas. Pues bien, creemos que las viviendas del grupo I calificadas definitivamente durante la vigencia del régimen de libertad de precio pueden todavía venderse en esas condiciones, y lo creemos porque la transitoria 9.ª del Reglamento establece que quedan a salvo los derechos adquiridos por los promotores al amparo de la legislación anterior, que no serán afectados en su perjuicio por el presente texto reglamentario.

La cédula de calificación definitiva es documento importante y a tener a la vista para conocer el precio máximo autorizado. Pero ¿habrá limitación de precio cuando, de conformidad con el artículo 101 del Reglamento, se venda en bloque? El problema ha de resolverse, como lo hace GARCÍA-BERNARDO LANDETA (15), distinguiendo: 1.º Si se compone de una sola vivienda no hay cuestión, su precio es el de la cédula de calificación. 2.º Si en el edificio hay, además, un local de negocio, el precio es libre. 3.º Si hay más de una vivienda y no hay local o locales de negocio, el precio no puede exceder de la suma de las distintas viviendas que lo integran.

Regla especial existe respecto de la forma de pagar cuando se trate de viviendas subvencionadas y la venta se realice por viviendas independientes. El artículo 129 exige en estos casos que se aplaze, para ser satisfecho en cinco o más anualidades, el pago del 50 por 100 de su precio o de la cantidad que resulte de deducir del mismo el importe del anticipo o del préstamo otorgado o de ambos. No comprendemos cómo puede deducirse el importe del anticipo si se tiene en cuenta, como ya vimos, que tal anticipo no es beneficio que se conceda a las viviendas subvencionadas. Las cantidades aplazadas devengarán el interés legal (15 bis). Añade el artículo 129 que si el precio pactado fuera

(15) *Obra citada* en la número 1, págs. 540 y 383.

(15 bis) Véase, sin embargo, artículo 5.º del Decreto 79/1971, de 23 de enero.

inferior al máximo autorizado, la diferencia entre ambos precios se descontará de la cantidad que deba aplazarse, según lo dispuesto en el párrafo anterior.

Supuesto que el aplazamiento se realice—y se realizará, pues ello es requisito para poder gozar de exención la primera transmisión—cabe preguntar si inmediatamente después es posible el pago de la cantidad aplazada. JIMÉNEZ ASENJO (16) abogaba por la admisión de las escrituras de renuncia del derecho del precio aplazado. BENÍTEZ DE LUGO, en cambio, en el trabajo citado en la nota 8, consideraba como una manifestación del ánimo defraudador el pago anticipado de la cantidad aplazada. Hoy, el párrafo 3.º del artículo 129 admite que el comprador podrá, una vez otorgada la escritura pública de compraventa, adelantar el pago de la parte de precio aplazada, pero obteniendo para ello la previa autorización del Instituto Nacional de la Vivienda. Puede plantearse el problema de si cuando se trate de viviendas calificadas definitivamente antes de 1969 se requiere o no la autorización del Instituto para anticipar el pago del precio aplazado. El Colegio Notarial de Valencia, en unas notas sobre el Reglamento de V. P. O., considera que por respeto al derecho adquirido del promotor no parece que hay inconveniente en continuar con la práctica usual de otorgar la carta de pago de la parte aplazada del precio sin autorización del Instituto.

El referido artículo 129 introduce, además, una importante novedad con relación a la venta de viviendas subvencionadas. Consiste en que las condiciones de venta que dicho precepto establece se aplicarán también a la segunda y posteriores transmisiones, en las que, además, serán requisitos indispensables que el vendedor haya satisfecho el total importe de las cantidades aplazadas en la adquisición anterior, así como las amortizaciones y, en su caso, intereses vencidos de los beneficios económicos otorgados en la fecha del contrato de venta. En la legislación derogada, la venta segunda o posterior de viviendas subvencionadas no tenía ni limitación de precio ni obligación de aplazamiento, de modo que el adquirente del promotor podía vender después sin sujetarse a esas condiciones. ¿Qué ocurrirá con las ventas segundas o posteriores que hoy se realicen de viviendas subvencionadas calificadas definitivamente antes de 1969? ¿Podrá el propietario vendedor alegar la transitoria 9.ª? La cuestión es dudosa, porque esa disposición sólo respeta derechos adquiridos por promotores. En la doctrina se ha tratado esta cuestión y así, para la comisión de estudios sobre viviendas del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, en materia de precio de subvencionadas,

(16) "Transmisiones de V. P. O. y sus repercusiones fiscales". *Revista de Derecho Privado* de septiembre de 1967, pág. 744.

hay solamente obligaciones para el promotor. El nuevo dueño ha comprado según una calificación definitiva, que a él no le impone limitación alguna en materia de precio y aplazamiento. No importa—se añade—que quien compre del promotor lo haga con fecha posterior a 1 de enero de 1969, porque compra sobre la base firme de una calificación definitiva que no contiene limitaciones de precio en cuanto a la vivienda, sino solamente obligaciones del promotor en esa materia. Para el Colegio Notarial de Valencia, en cambio, no hay necesidad de aplazamiento—aunque ha de respetarse el precio máximo de venta si estuviera fijado en la calificación—por derecho adquirido del ahora vendedor, cuando la segunda o posterior venta sea otorgada por un vendedor que había comprado antes de 1 de enero de 1969, pero si se requiere el aplazamiento si el ahora vendedor compró después de 1 de enero de 1969 con calificación anterior a dicha fecha.

Otro destino posible de las V. P. O., según el artículo 101 del Reglamento, es de «acceso diferido a la propiedad», cuya regulación viene contenida en los artículos 132 al 137. Del primero de dichos preceptos resulta que por el contrato de acceso diferido a la propiedad se transfiere al cesionario la posesión de la vivienda, conservando el cedente su dominio hasta tanto aquél le haya satisfecho la totalidad de las cantidades a que esté obligado, de conformidad con lo regulado en el presente artículo. Añade el artículo 135 que terminado el plazo señalado en el contrato—que no podrá ser inferior a diez años o al número de los en que se haya de amortizar el préstamo concedido como beneficio, si fuese menor—y cumplidas las condiciones pactadas se procederá al otorgamiento de la escritura pública de compraventa, transmitiéndose el dominio de la vivienda al cesionario. Además, el artículo 134 admite la posibilidad de que durante la vigencia del contrato pueda cesar este régimen en las condiciones que el mismo precepto establece.

Quizá sea este destino de las V. P. O. el que más problemas haya de plantear en la práctica, debido a que su regulación no ofrece un sentido claro. Desde luego, la doctrina no ha recibido bien esta nueva figura y se ha preocupado de estudiar su naturaleza con el objeto de encontrar solución a los problemas que la regulación reglamentaria plantea (17). De los artículos 132 y 135 parece deducirse que en materia de acceso diferido a la propiedad son necesarios dos contratos: un primero—para el que no se impone una forma determinada—por el que se cede la posesión únicamente, y un segundo contrato—para el que se requiere escritura pública de compraventa—por el que se trans-

(17) JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS: "Acceso diferido a la propiedad de la vivienda", *R. C. D. I.*, núm. 473, de julio-agosto 1969, págs. 963 y siguientes. GARCÍA-BERNARDO LANDETA en *obra citada* en nota 1, págs. 558 y siguientes

mite al cesionario la propiedad de la vivienda. Doctrinalmente se pretende, sobre todo, dotar de eficacia real al primer contrato, con la finalidad de lograr su inscripción en el Registro de la Propiedad y conseguir así para el cesionario una prioridad frente a posibles acreedores del cedente. Para JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS estos contratos pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad si reúnen las condiciones que exigen el artículo 9, 2.º, de la Ley Hipotecaria, y 51, 6.º, de su Reglamento, produciendo la inscripción la prioridad del cesionario durante el tiempo del aplazamiento y siempre que se llegue al pago total, que funcionaría aquí como una condición. Por eso, la escritura pública de compraventa, de que habla el artículo 135, no es ni puede ser tal escritura de compraventa, sino una escritura de pago o de cumplimiento de condición, porque lo que documenta esta segunda escritura es un efecto producido por un acto jurídico anterior y no un nuevo acto jurídico.

La comisión de estudios sobre viviendas del Ilustre Colegio Notarial de Madrid se pronuncia a favor de formalizar la operación desde el primer momento como una compraventa con pacto de reserva de dominio, cuya transmisión está sujeta a la condición suspensiva del pago del precio. Una vez satisfecho éste, se transmite el dominio al cesionario y se otorgará la correspondiente escritura de carta de pago o de cumplimiento de condiciones pactadas.

Aunque, en realidad, nada tengan que ver con el nuevo régimen del acceso diferido a la propiedad, se suelen citar como antecedentes del mismo las Ordenes Ministeriales de 26 de mayo de 1965, 17 de febrero de 1967 y 27 de febrero de 1968, en las que se estableció la regulación de un régimen de acceso a la propiedad que recuerda mucho el sistema que para las viviendas subvencionadas se contenía en la legislación derogada y que por aplicación del Derecho transitorio son de interés, pues los promotores que se hubieran acogido a ellas conservan los derechos que de las mismas resultan.

Por último, otorgados los contratos traslativos de dominio o de cesión de uso por cualquier título, han de someterse a la toma de razón en los registros que se llevarán en las Delegaciones Provinciales del Ministerio de la Vivienda. Así lo dispone el artículo 116 del Reglamento, aclarado por una Orden del Ministerio de la Vivienda de 20 de octubre de 1969. Refiriéndonos a documentos notariales, el plazo de presentación es el de diez días, que según la expresada Orden se computará a partir de los dos meses siguientes a la fecha del otorgamiento, cuando los mismos deban presentarse previamente en los oficinas liquidadoras correspondientes. Pero si al vencimiento de los dos meses los interesados acreditasen que los documentos no han sido despachados

por las oficinas liquidadoras, el plazo de diez días se computará a partir de la fecha en que les sean devueltos. Lo que ha de presentarse, según el artículo 116, es la copia autorizada y dos copias simples, y en el supuesto de que los contratos se ajusten a los preceptos reglamentarios se devolverán, visados y sellados, la copia autorizada y una copia simple. Si los contratos no reunieran los requisitos exigidos, se concederá a los interesados un plazo de diez días para su subsanación, transcurrido el cual sin llevarla a efecto se dará cuenta a la Dirección General del Instituto Nacional de la Vivienda, a los efectos de lo dispuesto en la norma 8.^a, apartado c), del artículo 153. Como dice GARCÍA-BERNARDO LANDETA (18), este precepto evidencia que la sanción de los contratos que no se ajusten a los preceptos reglamentarios no es la de nulidad, sino la multa, descalificación, etc., lo que prueba que no se trata de un contrato dictado ni hay limitación legal de dominio. Por ello serán inscribibles en el Registro de la Propiedad, si no tienen otros defectos que lo impidan.

C) *Beneficios fiscales.*—Vamos a concluir este estudio con la exposición de los beneficios fiscales que la Ley concede. Pero antes de entrar en la materia de transmisión propiamente dicha conviene tratar de ciertos actos que se producen con anterioridad y que gozan de exención.

En primer lugar, hemos visto que la venta por viviendas separadas presupone una división horizontal del edificio en que aquéllas están integradas y, en ciertos casos, una necesidad de distribución de la hipoteca. Con relación a esta distribución ya vimos anteriormente que hoy la misma goza claramente de la exención, ordenada por los números 50 y 63 del artículo 65 de la Ley del Impuesto. Por otra parte, la división horizontal es, en la técnica fiscal, un acto jurídico documentado, que goza de la exención prevista en el apartado 15 del número 2 del artículo 101 de dicha Ley. Pero, a veces, la división horizontal va acompañada, cuando el edificio se ha construido por varios en proindiviso, de una cesación de comunidad, mediante realizar la adjudicación a cada uno de los comuneros de una o varias viviendas o locales, en pago de su cuota en aquella comunidad que se disuelve. Entonces se ha planteado el problema de si dicha adjudicación constituye ya o no una primera transmisión, y en el caso de que no la constituya se plantea el problema de su tratamiento fiscal.

A nuestro juicio, la adjudicación a los comuneros de las distintas partes separadas del edificio no implica transmisión, al menos en el sentido de que una posterior venta por un comunero de la vivienda

(18) *Obra citada* en nota 1, pág. 141.

a él adjudicada sea segunda transmisión. Este criterio es el mantenido por BAS Y RIVAS (19) y SERRERA CONTRERAS (20). Citan dichos autores en su apoyo la Resolución del Tribunal E. A. C. de 26 de mayo de 1959, conforme a la cual, en las viviendas de renta limitada construidas en copropiedad o comunidad, aunque los constructores materialicen su participación mediante la división de la llamada Propiedad Horizontal, conservarán el derecho a los beneficios fiscales en la primera transmisión de dominio a terceros.

Pero supuesto que tal adjudicación no constituye primera transmisión, ¿qué calificación fiscal merece el acto? Fiscalmente se ha entendido que existe una disolución de comunidad, que tributa como disolución de sociedad al 1,70 por 100. ¿Existe en estos casos—se pregunta SERRERA CONTRERAS—la posibilidad de atribuir a cada socio una vivienda sin pasar por la previa división? Si ello fuera posible supondría evitar el impuesto por disolución de sociedad.

En algunos casos, opina MONET ANTÓN (21), cabe que la constitución de la propiedad horizontal, con asignación de las propiedades separadas resultantes en favor de los respectivos propietarios, no entraña al mismo tiempo y necesariamente una división de comunidad. Esta es, a su juicio, la construcción que procede dar a las llamadas «comunidades de autopromotores», en las que con mucha frecuencia cada uno sabe ya originariamente cuál va a ser el propio piso, de suerte que la construcción, en realidad, es producida por cada uno y respecto de su propio piso o local. En cambio, para SERRERA CONTRERAS no parece claro que un propietario pueda decir que ha construido el piso cuarto o quinto de un inmueble más la parte proporcional de elementos comunes. En su opinión, no se edifican diez pisos que luego se agrupan, sino que se levanta un inmueble que después se divide en pisos. El mismo criterio parece sostener JOSÉ LUIS ALVAREZ (22) cuando al tratar de la constitución de propiedad horizontal sobre una casa dice que en el título se han de contener, al mismo tiempo, dos actos: la constitución en propiedad horizontal y la disolución de la comunidad privativa, con adjudicación a cada uno de sus miembros de uno o más pisos. Sin embargo, el mismo autor no deja de reconocer la posibilidad de que se compre el solar por cuotas intelectuales, que

(19) *Obra citada*, pág. 167.

(20) "División material, división horizontal, división de comunidad y disolución de sociedad", *R. C. D. I.*, núm. 456, septiembre-octubre de 1966, página 1244.

(21) "Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de P. H." *Estudios de Derecho Notarial*, vol. I, pág. 287.

(22) "El título constitutivo de la P. H." *Estudios de Derecho Notarial*, volumen II, págs. 504 y 505.

correspondan exactamente a las cuotas que conforme al proyecto corresponden a los pisos que a cada uno van a pertenecer definitivamente, se paguen los gastos en esa proporción de la obra y se haga la declaración de obra nueva del edificio en propiedad horizontal, haciendo cada uno la declaración de su obra y entre todos la de los elementos comunes.

A esto cabe decir que normalmente cuando por varias personas se pretende la construcción de un edificio y obtener así sus viviendas, se empieza adquiriéndose por esas personas un solar proindiviso, solicitando una sola licencia de construcción y no tantas cuantas sean las viviendas a construir, adjudicando la ejecución de las obras a un contratista, que pasa a los comuneros las correspondientes certificaciones de obra, que se abonan proindiviso por todos aquéllos, y una vez concluida la construcción se determina la vivienda de cada comunero mediante acuerdo o sorteo, que transforma la comunidad ordinaria en la resultante de la propiedad horizontal, consistente en la propiedad exclusiva de cada vivienda y un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes. Ahora bien, este final característico de coexistencia de una propiedad exclusiva sobre cada vivienda y un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, ¿constituye la figura fiscal de división material de bienes poseídos proindiviso a que se refiere el artículo 57 de la Ley del Impuesto? El Tribunal E. A. C., en acuerdo de 3 de abril de 1968, resolviendo recurso extraordinario de alzada interpuesto por la Dirección General de lo Contencioso, declaró que la división en forma de propiedad horizontal de un edificio, mediante adjudicación de pisos o locales del mismo susceptibles de aprovechamiento independiente, manteniendo el régimen de comunidad respecto de los elementos indivisibles del mismo inmueble, no constituye la división material de bienes poseídos en proindivisión definido como acto sujeto.

En vista de esto, para el T. E. A. C. la adjudicación a los distintos comuneros de pisos o viviendas resultantes de una división horizontal no constituye una disolución de sociedad. Sin embargo, esta doctrina legal tuvo poca vigencia, pues la reforma tributaria llevada a cabo por la Ley de 30 de junio de 1969 amplió el contenido del artículo 57 de la Ley del Impuesto, estableciendo lo siguiente: «A los efectos de este artículo se considerará como división material de bienes poseídos proindiviso la adjudicación realizada entre los comuneros de los pisos o locales de un edificio o parte de ellos, susceptibles de aprovechamiento independiente, con sus elementos comunes anejos.» Afortunadamente para los promotores en régimen de comunidad de V. P. O., la reforma no quedó sólo en eso, sino que al mismo tiempo se añadió

al número 1-29 del artículo 65 de la Ley del Impuesto el siguiente párrafo: «Estará asimismo exenta la división material efectuada mediante la adjudicación entre los comuneros de las viviendas o locales... de un edificio o bloque, siempre que tenga lugar dentro de los seis años siguientes a su calificación definitiva.» De todos modos parece que no debe liquidarse por disolución de sociedad únicamente cuando la adjudicación tiene lugar después de concedida la calificación definitiva y antes que transcurran seis años. Por lo demás, si en la cesación de comunidad se produjera algún exceso de adjudicación, creemos que en cuanto a las cuotas en las que se aprecie un exceso se produce una primera transmisión, que gozará de exención si no han transcurrido seis años desde la calificación definitiva.

Sintetizando lo expuesto, tenemos que la división horizontal goza de la exención prevista en el apartado 15, número 2, del artículo 101 de la Ley del Impuesto, bajo la expresión no muy correcta de división material de edificios. La cesación de comunidad—que no es primera transmisión—goza, a su vez, de la exención que ha establecido la Ley de 30 de junio de 1969. Si en la cesación hay algún exceso de adjudicación, se produce una primera transmisión en cuanto al exceso, que normalmente gozará de exención.

Según el número 29 del referido artículo 65, estará exenta la primera transmisión, cuando tenga lugar por actos *inter vivos*, del dominio de las V. P. O., ya se haga por edificios, bloques completos o separadamente por viviendas o locales, así como la de los servicios y urbanización, siempre que tenga lugar dentro de los seis años siguientes a su calificación definitiva. Por otra parte, el número 8 del artículo 19 de la Ley del Impuesto, al expresar las exenciones respecto al Impuesto de Sucesiones, establecía la exención en favor de la misma transmisión cuando tenga lugar por herencia o legado. Y decimos establecía porque la exención a favor de la transmisión *mortis causa* ha sido suprimida por un Decreto de 27 de mayo de 1968. Por tanto, hoy únicamente la primera transmisión por actos *inter vivos* puede gozar de la exención. Pero, a nuestro juicio, pueden gozar de exención tanto las transmisiones por título de venta como las que se realicen por donación. A nuestro modo de ver, esto es indudable, pero como hemos visto criterios contrarios al expuesto, avalados incluso por resoluciones de algún Tribunal Provincial Económico-Administrativo, queremos defender nuestra afirmación con algunos razonamientos:

El citado Decreto de 27 de mayo de 1968 se ha limitado, en lo que ahora nos interesa, a suprimir una exención antes reconocida. ¿Cuál era esa exención? La primera transmisión por herencia o legado de V. P. O. que tuviere lugar dentro del indicado plazo de seis años.

O sea, que a partir de la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de dicho Decreto tal exención no existe. Pero siempre queda en pie la exención del número 29 del artículo 65, que nos dice que la primera transmisión por actos *inter vivos* gozará de la exención, sin distinguir entre transmisiones onerosas o gratuitas. Que la donación representa una transmisión *inter vivos* no lo duda nadie.

Pero quizá se haya pensado que fiscalmente donación y herencia están sujetas a un mismo tratamiento, y esto, que era verdad antes de la Reforma Tributaria de 1964, dejó de serlo desde ella. En la tarifa adjunta a la Ley del Impuesto de Derechos Reales de 1958, bajo el epígrafe. «Herencias», se comprendían las transmisiones por herencia, legado, mejora o donación, y el artículo 29 de su Reglamento establecía que las donaciones tributarán como las herencias. Es decir, que fiscalmente, antes de la Reforma de 1964, las donaciones se regían íntegramente—salvo en cuanto a plazos de presentación—por las normas de las herencias, y las exenciones reconocidas para éstas valían para aquéllas: Pero a partir de 1964 se operó un cambio en este punto, cambio que aparece plasmado en el artículo 65 de la Ley del Impuesto de 1967, al establecer que las donaciones tributarán por la tarifa del Impuesto de Sucesiones. Nótese que las donaciones ya no tributan como las herencias—artículo 29 del Reglamento de 1959—, sino por la tarifa de las herencias; y se recogen y regulan no en las normas dedicadas al Impuesto de Sucesiones, sino en las dedicadas al Impuesto de Transmisiones. Además, por si lo expuesto no fuera suficiente para confirmar nuestro criterio, la Dirección General de lo Contencioso, en la Circular número 2 de 1965, ha manifestado que las donaciones *inter vivos* han de considerarse «a todos los efectos como sujetas al Impuesto de Transmisiones», y explica el que se les aplique los tipos de las herencias diciendo que una cosa es la naturaleza jurídica del hecho imponible, que determina su encuadramiento en el marco legal tributario, y otra muy distinta el tipo de tributación aplicable.

También se ha argumentado que esta Circular es anterior al Decreto de 27 de mayo de 1968 y que su doctrina en este punto no vale. Argumento bien endeble, en primer lugar, porque la Dirección de lo Contencioso no ha aprovechado el Decreto de 27 de mayo de 1968 para modificar su criterio de 1965, y en segundo lugar, porque ocasión hubo con la Ley de Reforma de 30 de junio de 1969 para extender la supresión de la exención a la transmisión por donación, y la verdad es que no se hizo eso:

Volviendo a la cuestión que nos ocupa, la primera transmisión de dominio por actos *inter vivos* que tenga lugar dentro del plazo de seis años gozará de exención, siempre, además, que la transmisión se realice

conforme a lo que exige la Ley en cada caso, pues así lo dice el párrafo último del número 29 del artículo 65. Esto quiere decir, con relación a viviendas, que el precio de su transmisión no vulnere el máximo fijado en la cédula de calificación definitiva y que se aplace, en su caso, en la cuantía que ya conocemos respecto de viviendas subvencionadas y, en general, que se observen todas las condiciones establecidas por la legislación de V. P. O.

El aplazamiento de pago del precio puede motivar el establecimiento en el contrato de ciertas garantías para el vendedor, como la hipoteca, o la típica condición resolutoria explícita del artículo 11 de la Ley Hipotecaria. Hoy estas condiciones—y también la hipoteca—gozan de exención en su constitución y cancelación, según el número 50 del artículo 65 de la Ley del Impuesto, que modifica el criterio contrario que en este punto había mantenido la Dirección de lo Contencioso en la Circular número 2 de 1962.

Con relación a locales de negocios hemos visto que no existe limitación de precio, pero para que su transmisión primera pueda gozar de exención, además de realizarse dentro del indicado plazo de seis años, es preciso: 1.º Que tengan la consideración de V. P. O., porque puede ocurrir que haya una planta preexistente, sobre la que en virtud de una ampliación vertical, como dice la letra a) del artículo 2.º del Reglamento, se levanten V. P. O. En este caso, las viviendas levantadas serán V. P. O., pero no la planta baja preexistente. Por ello será muy conveniente exigir siempre la presentación de la cédula de calificación definitiva, en la que se expresará si los locales están o no amparados por el régimen de protección oficial. 2.º Que los locales se ajusten a lo prevenido en el artículo 7 del Reglamento, conforme al cual los beneficios concedidos por la legislación de V. P. O. se otorgarán a los locales de negocio situados en inmuebles destinados a viviendas, siempre que su superficie no exceda del 30 por 100 de la total construida, habiendo de situarse en plantas completas y distintas de las que se destinen a viviendas.

Insistimos en que para que proceda la exención es necesario que las transmisiones se ajusten a lo prevenido por la legislación de V. P. O. En otro caso procede liquidar, sin que sea óbice el hecho de haberse obtenido la calificación definitiva, porque, como declara la Resolución del Tribunal E. A. C. de 2 de octubre de 1969, el reconocimiento de las exenciones fiscales corresponde en cualquier caso al Departamento de Hacienda. Esta doctrina es concorde con la que había sentado el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de abril de 1966, al declarar que aunque corresponde al Ministerio de la Vivienda, por medio del Instituto Nacional de la Vivienda, la aprobación de los proyectos de

construcción y su calificación, el reconocimiento de las exenciones corresponde a las oficinas de Hacienda.

Hay casos, además, en los que la transmisión posterior a los seis años goza también de exención e incluso no sólo las transmisiones primeras, sino posteriores. Así resulta del número 29 del artículo 65 de la Ley Fiscal, en el que vamos a distinguir estas dos normas:

1.^a El plazo dentro del cual puede realizarse la primera transmisión para gozar de exención será de veinte años cuando aquélla tenga por objeto viviendas calificadas definitivamente para ser cedidas en arriendo. Pero hemos visto ya que cuando las viviendas están calificadas para ser arrendadas, su transmisión puede tener lugar de dos modos: uno es el previsto en el artículo 102 del Reglamento, que dice que las viviendas destinadas a arrendamiento podrán ser enajenadas por edificios completos, siempre que comprendan más de una vivienda, en favor de persona que asuma la obligación de respetar tal destino, y otro es el previsto en el artículo 126, que admite que los propietarios de viviendas calificadas para ser destinadas a arrendamiento podrán venderlas a sus arrendatarios, previa autorización del Instituto Nacional de la Vivienda.

Pues bien, ese plazo de veinte años ¿se refiere a ambas modalidades o solamente a la segunda? Nuestro modo de entender el precepto parece llevarnos a la conclusión de que solamente cuando se trate de la venta de las viviendas a los arrendatarios puede aplicarse la exención si la transmisión se realiza dentro de los veinte años. Cuando se trate de la venta en bloque, en la forma que autoriza el artículo 102, creemos que dicha venta sólo gozará de exención si se realiza dentro del plazo normal de seis años. Nótese que el punto primero del número 29 del artículo 65 concede la exención a la primera transmisión—dentro del plazo de seis años—, ya se haga por edificios, bloques o separadamente por viviendas o locales, mientras que el punto segundo, al establecer los veinte años, sólo se refiere a las viviendas.

2.^a Añade el número 29 del artículo 65 que la exención se aplicará a la primera y posteriores transmisiones, así como a la resolución, aun por mutuo acuerdo, cuando la transmisión se otorgue por el Instituto Nacional de la Vivienda o la Obra Sindical del Hogar en el plazo de veinte años.

Fuera de estos casos, la transmisión posterior a los seis años ya no goza de exención, de donde resulta que cuando el destino de las viviendas sea el de acceso diferido a la propiedad, como lo normal será que las escrituras públicas de compraventa o, en su caso, y como vimos en su lugar, las escrituras de pago y cumplimiento de condiciones, que provocarán el traspaso del dominio al cesionario, no se otorgarán hasta

transcurridos diez años, estas transmisiones no estarán exentas. El problema que se plantea es muy grave y ha de serlo más por la gran difusión que está alcanzando este destino de acceso diferido a la propiedad. La doctrina ha buscado fórmulas que salven la incongruencia de que ajustándose una transmisión al Reglamento de V. P. O. no goce de exención, pero si se construye jurídicamente el acceso diferido a la propiedad como una compraventa sujeta a la condición suspensiva del pago del precio por el cesionario, toda fórmula que se busque choca con el artículo 9 de la Ley del Impuesto, del cual resulta que la transmisión, a efectos fiscales, se estima realizada al cumplirse la condición. Como dice GARCÍA-BERNARDO LANDETA, urge, pues, salvar el bache. Es preciso que se adopte una medida legislativa, pues de otro modo nos tememos que la práctica busque fórmulas para que las transmisiones de que tratamos aparezcan como unas transmisiones normales. Tampoco es muy difícil encontrar esas fórmulas.

Hay que advertir, por otra parte, que la exención procede cuando la primera transmisión se realiza después de la obtención de la calificación definitiva. En este punto es de interés la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1969, recaída en recurso extraordinario interpuesto en interés de la Ley contra sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Burgos de 11 de noviembre de 1968. Declara la sentencia del Tribunal Supremo que en los casos de permuta de solares con destino a la construcción de V. P. O., a cambio de la adquisición anticipada de pisos o locales, se encuentra sujeta en cuanto al adquirente de estos últimos, por no existir todavía calificación definitiva (23).

No obstante, ciertos promotores pueden percibir de los compradores durante el período de construcción, y una vez otorgada la calificación provisional, la parte de precio que no ha de aplazarse en la venta de viviendas subvencionadas o el precio total en las restantes V. P. O. Estas transmisiones anteriores a la calificación definitiva gozarán de exención siempre que se cumplan las condiciones especiales que determina el artículo 114 del Reglamento, de cuyo contexto resulta que se trata de la venta de viviendas separadamente, no en bloque.

Por último, y concluimos con esto, aunque la Ley hable de transmisiones de dominio, la doctrina admite que la transmisión de la nuda propiedad y la extinción del usufructo, con el efecto consiguiente de consolidación, pueden gozar de exención. Así opinan BAS Y RIVAS

(23) Puede verse un comentario a esta Sentencia de BENÍTEZ DE LUGO en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 85, enero-febrero 1970, pág. 79.

y BENÍTEZ DE LUGO (24). Resumiendo la posición de este último autor, pueden sentarse en este punto las siguientes conclusiones:

1.^a Si la transmisión de la nuda propiedad—que no deja de ser un dominio, aunque sea un dominio menos pleno—, ya se trate de edificios o bloques completos o viviendas separadas, se efectúa dentro de los plazos, procederá la exención.

2.^a Cuando se extinga el usufructo produciéndose la consolidación, si dicho fenómeno acaece dentro de los referidos plazos, no procederá liquidación alguna por la extinción y se aplicará la exención. En otro caso se girará liquidación al nudo propietario por la consolidación que se efectúe.

3.^a La transmisión del derecho de usufructo está siempre sujeta al impuesto.

JESÚS ALVAREZ BELTRÁN
Registrador de la Propiedad
Del Seminario de Derecho Hipotecario
de Valladolid-Salamanca

(24) En los lugares citados en las notas 2 y 8.

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 CABALEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. CAMBIO DE NOMBRE DEL TITULAR REGISTRAL.—LA CONSTANCIA REGISTRAL DEL CAMBIO DE NOMBRE DE UNA SOCIEDAD, AUNQUE ÉSTE SE ACUERDE CON MOTIVO DE LA ABSORCIÓN DE OTRA, DEBE REGIRSE POR EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS, QUE SIN DUDA SE REFIERE AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD AL ESTABLECER LA NOTA MARGINAL COMO ASIENTO IDÓNEO PARA HACER CONSTAR TAL CAMBIO.

DESCRIPCION DE LAS FINCAS EN LOS TITULOS INSCRIBIBLES.—ES NECESARIA, SALVO EN LOS SUPUESTOS EXCEPCIONALES PREVISTOS EN LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA, ENTRE LOS QUE NO SE ENCUENTRA EL DE LA NOTA MARGINAL DEL REFERIDO ARTÍCULO.

FOTOCOPIAS.—HA DE CALIFICARSE COMO TESTIMONIO POR EXHIBICIÓN—AL QUE DEBEN APLICARSE ANALÓGICAMENTE LOS ARTÍCULOS 221 Y SIGUIENTES, ESPECIALMENTE EL 246 DEL REGLAMENTO NOTARIAL—LA MANIFESTACIÓN DEL NOTARIO, AL PIE DE UNA O VARIAS FOTOCOPIAS, DE QUE COINCIDEN CON LA PRIMERA COPIA DE UNA ESCRITURA, Y NO CONSIGNÁNDOSE EN EL TESTIMONIO A FAVOR DE

QUIÉN SE EXPIDE, NO PUEDE SUSTITUIR A LA PRIMERA COPIA ORIGINAL A EFECTO DE SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

REPRESENTACION DEL PRESENTANTE. — CONFORME AL ARTÍCULO 39 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, EL PRESENTADOR DEL DOCUMENTO OSTENTA EL CARÁCTER DE APODERADO Y PODRÁ SOLICITAR LA PRÁCTICA DE CUALQUIER CLASE DE ASIENTO, DADO EL CARÁCTER ROGADO DEL PROCEDIMIENTO HIPOTECARIO, SIN PERJUICIO DE LA FACULTAD DEL REGISTRADOR PARA ACCEDER O NO A LO SOLICITADO Y DE LA DIRECCIÓN GENERAL SI POR EL PETICIONARIO SE INTERPONE RECURSO GUBERNATIVO.

Resolución de 26 de noviembre de 1971 («B. O. del E.» de 12 de enero de 1972).

Antecedentes de hecho.—Por escritura autorizada en Madrid el 24 de julio de 1970, por el Notario don Florencio Porpeta, se estipuló la absorción de la «Compañía Española de Minas de Río Tinto, S. A.», por «Unión Española de Explosivos, S. A.», que en lo sucesivo giraría bajo el nombre de «Unión Explosivos Río Tinto, S. A.». Cumplidos los requisitos fiscales, la escritura se inscribió en el Registro Mercantil en la hoja de la «Unión Española de Explosivos», constando en la inscripción el cambio de nombre social verificado al amparo del artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas. En Instancia de 2 de febrero de 1971, en base al citado artículo 86, se solicitó del Registrador de la Propiedad número 3 de Madrid hiciera constar mediante las correspondientes notas al margen de las inscripciones de las fincas que figurasen inscritas a nombre de la «Unión Española de Explosivos, S. A.», que su actual denominación es «Unión Explosivos Río Tinto, S. A.», para lo cual se acompañó a la instancia fotocopia de la primera copia de la escritura de fusión por absorción de las expresadas sociedades inscrita en el Registro Mercantil.

El documento fue calificado con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento en unión de una instancia, el día 2 del presente mes, se suspende la extensión de la nota marginal solicitada, por observar los siguientes defectos: 1.º Solicitarse que se ponga en todas las fincas inscritas a nombre de «Unión Española de Explosivos, S. A.», nota marginal haciendo constar el cambio de nombre de dicha Sociedad por el de «Unión Explosivos Riotinto, S. A.», y entender el Registrador que suscribe que el asiento que debe practicarse es el de inscripción. 2.º No describirse ni expresarse los bienes inmuebles objeto de la inscripción o nota marginal. 3.º Haberse presentado varias fotocopias de la primera copia con una diligencia al final de la misma en la que el Notario autorizante afirma que son reproducción exacta del documento a que las mismas se refieren, y entender el Registrador que suscribe que debe presentarse la primera copia original. 4.º El autor de la instancia afirma que es Apoderado de «Unión Explosivos Riotinto, S. A.», pero no se acompaña el poder ni está legitimada la firma. No se ha solicitado anotación preventiva de suspensión. Se ha cumplido la regla c) del artículo 485 del Reglamento Hipotecario, manifestando mi cotitular, don Emilio de la Vara Ortiz, que está conforme con esta calificación.» En la instancia se puso esta nota: «Se ha tenido en cuenta la presente instancia en la calificación de la escritura otorgada en Madrid a veinticuatro de julio de mil

novecientos setenta, ante su Notario, don Florencio Porpeta Clérigo, con el número mil setenta y cuatro de su protocolo.»

El Notario autorizante y la Sociedad interesada interpusieron recurso, pudiendo resumirse así sus alegaciones respecto de cada uno de los defectos: a) Que si el Registrador entiende que no procede el asiento pedido, sino otro, debió denegar y no suspender; que emite un juicio personal, pero no da razones para que ello sea así; que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y sus complementarios están condicionados por limitaciones como la de que el documento había sido calificado e inscrito en el Registro Mercantil; que las Resoluciones de 9 de diciembre de 1943, 24 de diciembre de 1948, 24 de enero de 1949 y 21 de febrero de 1951, apoyándose en la legitimación concedida a las inscripciones del Registro Mercantil, declaran que las cuestiones referentes a Sociedades no pueden plantearse de nuevo ante el Registrador de la Propiedad, negándole competencia para calificar lo ya resuelto; que la petición hecha, de acuerdo con el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas, es que se consigne al margen de las fincas pertenecientes a una sociedad que ha cambiado de nombre, esta circunstancia, sin que deba entrar a calificar el Registrador de la Propiedad si el cambio de nombre se ha producido legalmente, ni si la sociedad ha modificado su personalidad jurídica, porque estos hechos vienen demostrados por su inscripción en el Registro Mercantil; que las inscripciones en el de la Propiedad se refieren a la creación, modificación o extinción de los derechos reales y aquí sólo se pretende la anotación del cambio de nombre del titular, que no desaparece, ni transmite, ni altera su personalidad jurídica; que el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas establece categóricamente la nota marginal como vía de acceso al Registro de tal acto jurídico; que aunque ni la Ley Hipotecaria ni su Reglamento definan el asiento de nota marginal ni incluyan el cambio de nombre social entre las notas marginales que relaciona, el caso encaja en las características de este asiento: consignar una modificación jurídica que ha de surtir determinados efectos sin alcanzar categoría suficiente para merecer inscripción principal; y el artículo 86 citado llena aquella laguna, según el análisis y glosa del mismo que los recurrentes hacen, aunque es lamentable que el legislador no se cuidara de hacer las necesarias aclaraciones en la Ley Hipotecaria; terminando sus alegaciones sobre este punto con unas consideraciones sobre cómo el cambio de nombre no debe producir alteraciones más que en el Índice de personas, aunque se pidiesen las notas marginales en el folio real para que el nuevo nombre pasara a aquel Índice.

b) En cuanto al segundo defecto: que ningún precepto impone la descripción de las fincas, puesto que no se pretende una inscripción principal, sino una simple anotación marginal en la que no han de constar las características y gravámenes de las fincas (que constan en la inscripción); y que está cumplido el requisito del documento complementario a que alude el artículo 33 del Reglamento Hipotecario, mediante la solicitud pidiendo la consignación de la nota en todas y cada una de las fincas que, según el índice, figuran inscritas a nombre de «Unión Española de Explosivos, S. A.», por lo que, aunque no se describan, se expresa en forma clara, precisa y terminante los bienes objeto de inscripción o nota marginal.

c) En cuanto al tercero, afirman que se presentó una fotocopia del documento porque el acta notarial que da fe de su compulsación con la copia original auténtica la convierte en testimonio y esa dación de fe la hace verdadero instrumento público conforme al artículo 33 de la Ley Hipotecaria; que el 152 del Reglamento Notarial permite que éstos puedan escribirse a mano, a máquina o por cualquier otro medio similar; que sin perjuicio de la Resolución de 13 de noviembre de 1944, en el presente caso las garantías de la primera copia y del testimonio por exhibición

resultan absolutamente iguales, porque el propio Notario autorizante de la escritura matriz da fe de que la fotocopia notarial es reproducción exacta de la escritura.

d) Y que, en cuanto al defecto de falta de poder del solicitante, no se entiende, dados los claros términos del artículo 6.º, d) de la Ley y 39 de su Reglamento, y precisamente el firmante de la instancia personalmente presentó los documentos en el Registro.

C) El informe del Registrador puede resumirse así:

a) Que el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas no es aplicable al Registro de la Propiedad, que se rige por la Ley Hipotecaria y su Reglamento, cuyos artículos 9.º y 51, respectivamente, determinan las circunstancias de la inscripción y cualquier variación posterior en las mismas tienen que constar en una nueva inscripción, salvo que un precepto especial autorice la nota marginal, por lo que dicho artículo 86 será aplicable a los demás Registros Mercantiles y a otros distintos del de la Propiedad, para el que es decisiva la remisión del artículo 608 del Código, cuya derogación por la Ley de Sociedades Anónimas hubiera tenido que ser expresa; que no se trata de un cambio de nombre, sino de fusión por absorción, cosa muy distinta; que limitando la nota a reflejar el cambio de nombre de «Unión Española de Explosivos, S. A.», sería inexacta, y si se extiende a reflejar la fusión de dos sociedades, ya estaría fuera de la previsión del artículo 86 citado; que el acto unilateral de simple cambio de nombre es muy distinto de la fusión, concretamente en cuanto a los intervinientes, por lo que en ésta hay que calificar los pactos estipulados y la capacidad de los representantes de las sociedades que se fusionan; que si se extendiese la nota que pretenden los representantes de «Unión Explosivos Riotinto, S. A.», los acreedores de la «Unión Española de Explosivos, S. A.», podrían embargar los bienes de «Minas de Riotinto, Sociedad Anónima»; pero los de ésta no podrían hacer lo mismo en cuanto a los de la primera; que no se trata de un problema de honorarios, sino de que en el Registro se extiendan solamente los asientos que deban practicarse.

b) En cuanto a la falta de descripción: que se podría citar innumerable Jurisprudencia, pero basta referirse a los artículos 249 de la Ley Hipotecaria y 430 de su Reglamento en relación con el 21 de la primera.

c) Sobre el tercer defecto suponemos que el Registrador alegaría los artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 34 de su Reglamento (aunque el texto del *Boletín Oficial* se refiera sólo al 34 de la Ley) y 154 del Reglamento Notarial, indicando la conveniencia de que la Jurisprudencia se pronuncie sobre el problema de la validez de las fotocopias, dadas las dudas que suscita el artículo 247 del Reglamento notarial, en el que lógicamente hay que considerarlas comprendidas.

d) Y en cuanto al cuarto, que los artículos 6 de la Ley y 39 de su Reglamento determinan las personas que pueden solicitar la inscripción, pero no la extensión de otro asiento o exigir nota de suspensión o denegación o interponer recurso; que para exigir la mencionada nota con objeto de interponer recurso se necesita la misma capacidad que para interponerlo, y aunque el interesado ha acompañado poder al escrito de recurso no está legitimada la firma del recurrente, formalidad necesaria por no ser conocida de los Registradores; que no se reseña el D. N. de Identidad, y termina el informe con unas observaciones referentes a un cambio de impresiones entre titulares de varios Registros, a justificarse el hablar de fotocopias por referirse a las 178 hojas de fotocopia y al no denegar, por estimarse que el primer defecto era fácilmente subsanable con dejar al criterio del Registrador la clase de asiento procedente v los restantes también, aunque no tan fácilmente.

El presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las del recurrente, y el Registrador se alzó de la decisión presidencial insistiendo (1) en sus anteriores argumentos. La Dirección General resuelve el recurso acordando, con revocación parcial del auto apelado, confirmar los defectos 2.º y 3.º de la nota del Registrador (2), en base a la siguiente:

Doctrina de la Dirección.—En lo que se refiere al primero de los defectos señalados, en la escritura calificada se pueden distinguir perfectamente dos clases de pactos: unos, los relativos a la fusión por absorción que aparecen otorgados por los representantes de ambas Sociedades, y otros, los correspondientes a la modificación de los Estatutos de la Sociedad absorbente, entre ellos el cambio de nombre, que están otorgados sólo por el representante de dicha Sociedad, previo acuerdo de la Junta general de accionistas de la misma, siendo de destacar que en dichas modificaciones estatutarias hay algunas que son consecuencia necesaria de la fusión, por ejemplo, el aumento de capital conforme a los artículos 142 y 148 de la Ley de Sociedades Anónimas, en tanto que otras no tienen tal carácter, como precisamente ocurre con el cambio de nombre, ya que es indudable que la Sociedad absorbente podía haber seguido con su denominación primitiva.

Al no quedar alterada por la absorción la personalidad de la Sociedad absorbente ni ser el cambio de nombre social de la misma una consecuencia necesaria de dicha absorción, parece indudable que la constancia registral del mencionado cambio debe regirse por la norma que con carácter general para los cambios de nombre y otros que no suponen modificación de la personalidad jurídica de la Sociedad ni transmisión patrimonial alguna contiene el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas, precepto éste que, al referirse con expresión amplia a «los demás Registros», estableció, sin duda, también en cuanto al de la Propiedad, la nota marginal como medio de hacer constar tal cambio respecto de los bienes inscritos a favor de la Sociedad, lo que por el rango de la disposición en que se contiene podía hacerse sin inconveniente alguno.

Ni en la Ley ni en el Reglamento Hipotecario aparece expresamente regulada la forma de hacer constar en el Registro de la Propiedad el cambio de nombre de los titulares de bienes o derechos, por lo que se hace necesario acudir a otras normas, como la ya citada del artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas, que establece como asiento procedente la nota marginal, sin que, por otra parte, pueda decirse que el referido precepto contradice la naturaleza de esta clase de asientos, toda vez que en la misma legislación hipotecaria se regulan diversas notas marginales que la doctrina denomina de modificación jurídica y que tienen por finalidad consignar registralmente hechos o circunstancias que alteran la situación jurídica registrada sin tener la trascendencia necesaria para motivar una nueva inscripción.

En lo que se refiere al segundo defecto alegado por el Registrador, conforme a reiterada doctrina de este Centro directivo, los títulos que pretenden tener acceso al Registro deben contener la descripción de las fincas a que los mismos se refieran, sin que ni siquiera sea suficiente,

(1) Aunque las Resoluciones de la Dirección no acostumbran, al menos actualmente, detallar lo fundamental de los escritos de alzada, en este caso se insistió, al parecer, en la imposibilidad de practicar el asiento de presentación al no describirse las fincas, en que todas las dificultades procedieron de la solicitud, sin poder ni legitimación de firma, pidiendo determinado tipo de asiento, en que no se trata de mero cambio de nombre y en que al Registro Mercantil se había llevado la copia auténtica de la escritura.

(2) VISTOS Los artículos 1.º 221 del Código Civil y 3 y 6 de la Ley Hipotecaria, 34 y 39 del Reglamento Hipotecario, 86 de la Ley de Sociedades Anónimas, 17 de la Ley del Notariado y 144, 224 al 230, 246 y 251 a 255 del Reglamento Notarial Y las Resoluciones de la Dirección de 31 de diciembre de 1892 y 13 de noviembre de 1944.

como regla general, la simple consignación de los datos registrales y sólo en algunos supuestos excepcionales se admite por la legislación hipotecaria practicar asientos respecto a todos los bienes inscritos a nombre de una persona en virtud de títulos que no los describan, sin que sea uno de dichos supuestos el de la nota prevista en el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas.

En cuanto al tercer defecto de la nota del Registrador, el artículo 144 del Reglamento Notarial confiere al testimonio el carácter de instrumento público, al decir que éste comprende «las escrituras públicas, las actas y, en general, todo documento que autorice el Notario, bien sea original, en copia o testimonio», si bien la gran variedad de tipos de testimonios unida al hecho de carecer la legislación notarial de una regulación completa de aquéllos, hace necesario acudir a los preceptos que regulan el instrumento público y especialmente a los referentes a las copias, evitándose así anomalías tan graves como las que podrían derivarse, por ejemplo, de la utilización de testimonios de poderes revocados o de documentos de cualquier clase que han quedado desvirtuados por otros posteriores y, en general, de testimonios de documentos notariales, librados a solicitud de personas que no gozan del derecho a obtener copia de éstos.

La manifestación del Notario, amparada por la fe pública e impuesta al pie de una o varias fotocopias, de que coinciden con la primera copia de una escritura notarial ha de calificarse como testimonio por exhibición, al que hay que aplicar, analógicamente, los artículos 221 y siguientes, especialmente el artículo 246, todos del Reglamento Notarial, permitiendo este último que se libre testimonio de determinados particulares de las matrices «a instancia de los que tuvieren derecho a copia», doctrina que ha de aplicarse también a los testimonios de copias de escrituras notariales, al menos cuando se pretenda su inscripción en el Registro de la Propiedad, debiendo, por tanto, consignarse en el mismo testimonio, a favor de quien se expide, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

En cuanto al cuarto defecto, tal como tiene establecido el artículo 39 del Reglamento Hipotecario, la persona que haya presentado los documentos en el Registro ostenta el carácter de apoderado y podrá solicitar la práctica del asiento pretendido, dado el carácter rogado de nuestro sistema hipotecario, todo ello sin perjuicio de la facultad calificadora del Registrador para acceder o no a lo solicitado y de la superior decisión de esta Dirección General si por el peticionario se hubiese interpuesto recurso gubernativo.

COMENTARIO.—Aunque la separación de cuatro cuestiones en el recurso (clase de asiento a practicar, descripción de las fincas en el documento, problema de las fotocopias y poder del solicitante-presentador) es necesaria y útil para el análisis del recurso y era obligada en la redacción de la nota, debemos comenzar el comentario con la advertencia de que tal separación no implica independencia, pues todas ellas vienen conectadas por la unidad de problema fundamental: la fusión de sociedades ante el Registro de la Propiedad.

También quiero exponer en cabeza, aunque temeroso de equivocarme, mi sospecha de que en el recurso se ha cuidado poco el distinguir las operaciones registrales a practicar en las fincas de la «Unión Española de Explosivos, S. A.», y en las de la «Compañía Española de Minas de Riotinto, S. A.». Es verdad que ateniéndonos al texto de la Resolución, la solicitud presentada al Registro se limitó a las fincas que figurasen a nombre de la primera y también es verdad que en ninguno de los considerandos hay el menor indicio que autorice a extender su doctrina a los inmuebles de la segunda; pero lo cierto es que la lectura completa

de la Resolución y especialmente algunos extremos del informe del Registrador pueden llevar al equívoco de que el tratamiento registral de las fincas de ambas sociedades es uniforme y único, cosa que no negamos *a priori*, pero que la Resolución ni afirma ni niega. La Dirección se ha limitado a resolver, con referencia a las fincas de la «Unión Española de Explosivos, S. A.», hoy «Unión Explosivos Riotinto, S. A.»: que procede la nota marginal, que las fincas deben describirse en el documento, que las fotocopias con autenticación no eran suficientes y que el presentante-solicitante tenía suficiente representación de la sociedad interesada, conforme al artículo 39 del Reglamento. No ha dicho nada, en cambio, porque no se sometía a su decisión sobre lo procedente en cuanto a las fincas de la extinguida «Compañía Española de Minas de Riotinto, S. A.». Tampoco ha dicho nada, y posiblemente esto sí sea criticable, sobre el documento en el que deben figurar las descripciones de las fincas, dando pie a la duda de si es suficiente la descripción en la solicitud privada o debió incluirse en la escritura de fusión o en otra complementaria si en ella no se incluyó.

A) *La fusión de sociedades ante el Registro de la Propiedad.*—Resultado imposible en estas notas de comentario adentrarnos en el inmenso mar de la naturaleza jurídica de la fusión de sociedades y en la crítica de su regulación legal. Y, sin embargo, la solución de nuestro caso tiene que buscarse por estos campos y principalmente por las siguientes parcelas: si es verdadera extinción (extinción sin liquidación) lo que le ocurre a las fusionadas; si es verdadera sociedad nueva la resultante de la fusión propia; si es verdaderamente una y la misma la absorbente antes y después de la fusión por absorción; la diferencia real y última entre los dos tipos de fusión y la verdadera esencia de esa sucesión *in universum jus*, a la que el artículo 142 de la Ley de Sociedades Anónimas califica de «traspaso en bloque» de los patrimonios sociales. Y conectado con todo esto, si el cambio de nombre de la absorbente y la continuación de nombre en caso de fusión propia presentan problemas que desbordan la normativa ordinaria del cambio de nombre social y de la prohibición de denominación idéntica del apartado 2.º del artículo 2.º de la Ley de Sociedades Anónimas.

Sin duda, manteniendo posturas extremas, aunque razonables en relación con todas estas y otras cuestiones, es perfectamente defendible el criterio del Registrador: aunque la fusión se califique por los interesados de absorción, cuando ésta va acompañada de cambio de nombre para incorporar el de la absorbida y el montante de los capitales o patrimonios sociales no es notablemente desigual, se trata de una fusión propia con formación de una sociedad nueva, más bien que de una verdadera absorción. El fallo del Registrador estuvo en no exponer claramente esta atrevida consecuencia.

a) Si resultase que, a pesar del texto del artículo 142 de la Ley, los interesados no son libres para elegir un tipo de fusión u otro, porque hay que estar a circunstancias objetivas, como el cambio de nombre, la proporción entre los patrimonios y otras para decidir la verdadera naturaleza de la fusión, prescindiendo de la calificación que los interesados hagan en las cláusulas de la escritura, entonces el Registrador tenía razón: tanto en las fincas de «Explosivos» como en las de «Riotinto» había que hacer una inscripción de fusión y transmisión a la nueva sociedad. Pero el Registrador ni siquiera intentó esta demostración, más o menos posible o más o menos difícil. La consecuencia de ello ha sido que los dos primeros considerandos dan por supuesto que se trata de un caso de absorción; que por la absorción no queda alterada la personalidad de la sociedad absorbente, y que el cambio de nombre se abstrae

de la fusión totalmente, y pudiendo analizarse por separado, no es sino un cambio de nombre ordinario sometido a las reglas generales, sin incidencia ninguna en la naturaleza de la fusión.

Las consecuencias eran ya obligadas. Si «Explosivos» continuaba siendo la misma sociedad, sin alteración alguna en su personalidad jurídica a pesar del cambio de nombre y de su aumento de capital, nada había que hacer en el Registro de la Propiedad por cuanto no había ninguna transmisión de dominio. La cuestión quedaba reducida al problema de la constancia de cambios de nombre del titular registral sin cambio de titular.

LACRUZ y SANCHEZ son contrarios a la consignación de las alteraciones de circunstancias personales del titular registral. Del artículo 40 de la Ley y del 51, regla 9.ª, del Reglamento deducen que el cambio de nombre, tanto tratándose de personas físicas como jurídicas, no debe tener acceso a los libros de manera autónoma, sino en relación con algún título inscribible; de la misma manera que el cambio de estado civil tampoco es susceptible de constatación registral directa, dejando a salvo lo que permite el artículo 92 del Reglamento (3).

Pero creemos que esta opinión, que viene a dar a la enumeración del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria un valor de lista cerrada, es criticable. En el Registro de la Propiedad se practican muchas operaciones (aparte de las anotaciones preventivas y de las notas marginales) que no encajan en el texto estricto del artículo 2.º Y no creemos que haya razón suficiente para que se cierre el paso a la constancia en el Registro de alteraciones en las circunstancias del titular o de las fincas, con independencia y además de los actos o títulos propiamente inscribibles. Con esto no negamos que el Registro español sea, en primer lugar, un Registro de títulos; solamente destacamos los inconvenientes de que sea exclusivamente un Registro de títulos, taxativamente enumerados en el artículo 2.º El recurso que nos ocupa es evidente prueba del interés que puede existir en la constancia en el Registro de la Propiedad del cambio de nombre de una sociedad. El mismo puede existir tratándose de una persona física.

Ahora bien, las alteraciones en las circunstancias de los titulares o de las fincas que pretenden llegar al Registro aisladas de un título registrable ordinario, ¿en qué tipo de asiento deben reflejarse? ¿Con cuáles requisitos y en virtud de qué documentos o justificaciones? Este es el problema y ésta es la laguna legal que LACRUZ y SANCHEZ REBULLIDA pretenden quitarse de encima con su tesis negativa absoluta.

Partiendo de que sólo hay dos tipos de fusión, la fusión y la incorporación (empleando la terminología de un frustrado proyecto de Código de Comercio de 1926-27), tenemos que llegar a la conclusión de que el traspaso en bloque o sucesión universal, a que hace referencia el artículo 142 de la Ley de Sociedades Anónimas, comprende los patrimonios de todas las fusionadas, que pasan a la nueva sociedad en el primer tipo; pero solamente los patrimonios de las absorbidas (el patrimonio de la absorbida en nuestro caso), que pasan a la absorbente en el segundo tipo. En el patrimonio de la absorbente no hay traspaso ni transmisión porque ésta ya existía, no hay ninguna sociedad nueva y la existente sigue subsistente.

Aunque la Ley de Sociedades Anónimas y el Reglamento de Registro Mercantil sean poco expresivos sobre la unidad de acto de la fusión, tenemos que partir de la idea de que es la escritura de fusión la que opera

(3) En relación con esta cuestión citan las Resoluciones de 21 de febrero de 1951 relativa a la transformación del Banco de Ahorro y Construcción en Banco de la Construcción, S. A., y la de 11 de febrero de 1967 relativa a un caso derivado de la integración de la Asociación Nacional de Ganaderos en el Sindicato General de Ganadería, aunque en este recurso la cuestión principal no era el cambio de nombre, sino la personalidad independiente que el Registrador atribuía al Sindicato Provincial de Ganadería de Santander. *Derecho Inmobiliario Registral*, 1968, pág. 114.

ese traspaso en bloque del patrimonio o patrimonios a la sociedad absorbente o a la nueva (4). Aunque los artículos 146 a 148 de la Ley sólo hacen referencia a los balances generales (al día anterior al acuerdo de disolución) y a los balances finales (al día anterior a la escritura de fusión de las sociedades extinguidas o absorbidas), creemos que estos preceptos deben interpretarse a la vista del 140 de la misma Ley, que para el caso de transformación aclara que el balance debe ajustarse a las normas del artículo 103 y ser acompañado de relación valorativa del patrimonio social no dinerario, efectuado conforme al 104.

Por otra parte, aunque el silencio de los artículos 146 y 148 de la Ley, que no exigen el balance de la sociedad absorbente, no suponga nada contra la conveniencia del mismo, y aunque no siempre tenga que haber aumento de capital en la absorbente (el «en su caso» del 142 prevalece sobre el texto del 148), expresándonos en términos generales podemos decir que en el caso de fusión por absorción la escritura deberá contener el balance general al día del acuerdo, el balance final al día del otorgamiento de la escritura y el inventario y avalúo (relación valorativa) del patrimonio social no dinerario, de la sociedad absorbida todo ello. No será necesario, a pesar de su conveniencia a efectos de los derechos de separación de los socios y de oposición de los acreedores, ni el balance, ni el inventario, ni el avalúo del patrimonio de la sociedad absorbente.

No hay que olvidar que así como el 147 exige para la escritura de fusión propia, con creación de nueva sociedad, las menciones del 11, y entre ellas las del número 4 (art. 100, 2.ª del Reglamento): aportaciones no dinerarias con su valoración; en cambio, el 148, para la fusión por absorción, sólo exige las modificaciones estatutarias resultantes del aumento de capital de la absorbente. La diferencia es clara. En el primer caso, el inventario y avalúo comprenderá la totalidad de las aportaciones no dinerarias a la nueva sociedad, o sea, incluyendo todos los inmuebles de las fusionadas, que, conforme al 103 del Reglamento del Registro Mercantil, deberán describirse *en la escritura* en la forma exigida por la legislación hipotecaria (y notarial). En cambio, en el caso de absorción, la Ley de Sociedades Anónimas no exige ni el balance ni el inventario de la absorbente y, por tanto, los inmuebles que han de describirse, conforme al citado 103, serán solamente, según el artículo 114, 5.º, del Reglamento, los de la absorbida o absorbidas, que se aportan a la absorbente a cambio de las acciones del aumento de capital de ésta. Opinar otra cosa resulta difícil ante la normativa legal, porque si bien es verdad que la Ley de Sociedades Anónimas no dice expresamente que la sociedad absorbente conserva su personalidad jurídica intacta, como expresamente lo dice en los artículos 137 y 140, relativos a la transformación, la doctrina viene considerando suficiente para entender lo mismo, la definición legal de la absorción contenida en el artículo 142: absorción de una o más sociedades por *otra anónima ya existente*, y la adversativa de su apartado segundo entre sociedad nueva y sociedad absorbente, que demuestra que la absorbente no deviene sociedad nueva por la absorción.

Siendo esto así, el traspaso de patrimonio en bloque, la aportación social y la transmisión inmobiliaria de una persona a otra no se extiende a los bienes de la absorbente; éstos no serán de obligada descripción en la escritura de fusión y ningún asiento de transmisión de inmuebles procederá hacer en el Registro de la Propiedad. Lo dudoso es que esto deba ser así, porque no parece muy lógico que teniendo estructura jurídica tan diversa y consecuencias prácticas tan distintas la fusión propia y la fusión por absorción, quede al libre arbitrio de los interesados la elección entre una u otra figura, prescindiendo de toda circuns-

(4) La Ley alemana dispone que la inscripción de la nueva sociedad (fusión propia) significa automática y simultáneamente las transmisiones patrimoniales y la extinción de las fusionadas.

tancia objetiva, real o económica diferenciadora. Partiendo el Registrador del recurso de esta idea quiso ver un principio, deficientemente formulado por el legislador, según el cual una fusión por absorción, simultánea a un cambio de nombre, como el que se verificaba, y sin una diferencia notoria entre los montantes patrimoniales de ambas sociedades, es una falsa absorción, que, con fraude de Ley, solamente busca la normativa menos onerosa de esta figura. Pero la Dirección no podía caminar por peligrosos caminos *praeter legem*, que ni siquiera se le indicaban.

Por otra parte, la actual tendencia a fomentar la concentración e integración de empresas no sería congruente con una normativa más rigurosa que la vigente, aunque fuese jurídicamente más correcta. Las exenciones fiscales en materia de fusión de sociedades han venido a restar importancia práctica a esa problemática figura de absorción con fraude de Ley, desde el punto de vista de quien más podía estar interesado en la cuestión. De todas maneras creemos que si algún día fusión y absorción se unifican suprimiendo una de las dos figuras, o se crea una intermedia complicando más la cuestión, habrá de ser siempre con el visto bueno del legislador fiscal. No sólo en España, sino en todos los países, la legislación mercantil en esta materia ha sido extraordinariamente influida por las alternativas entre el rigor y la benevolencia del legislador fiscal (5) (6).

Como la Dirección entendió que la sociedad absorbente no sufría ninguna alteración en su personalidad jurídica y su patrimonio no se transmitía a ninguna otra persona, tuvo que conformarse con la tesis del recurrente y considerar suficiente la nota marginal para la constancia del mero cambio de nombre. Ha estimado excesivo rigorismo practicar una inscripción para hacer constar un hecho o acto jurídico que no está comprendido ni en la letra ni en el espíritu del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria. En defensa de la inscripción pueden esgrimirse dos argumentos: que se altera una inscripción y que las notas marginales tienen *numerus clausus*. Indudablemente, el Registro, en cierto sentido, es inexacto desde que la sociedad titular ha cambiado de nombre; pero el desacuerdo entre Registro y realidad jurídica extrarregistral no es, «en orden a los derechos inscribibles», como el artículo 39 de la Ley Hipotecaria quiere. Por ello los artículos 39 y 40 tampoco nos sirven gran cosa para esto, ni siquiera la norma general contenida en el apartado d) del 40, que exige para la rectificación de la inexactitud que proceda de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente, el consentimiento del titular y en su defecto resolución judicial.

En el Registro deben hacerse constar todas las alteraciones, en las circunstancias de las fincas y de las personas titulares, que éstos soliciten

(5) La Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada tampoco orienta nada sobre la estructura de los diversos tipos de fusión. Más bien confunde al incluir entre las causas de extinción de estas sociedades "la fusión de la sociedad con o en otras sociedades" (art. 30, 4.º). Pero posiblemente sólo piensa en dos tipos: fusión de la sociedad con otra u otras (fusión propia), y fusión de una sociedad (sola o con otras) en otra ya existente que subsiste (absorción o incorporación).

(6) La legislación fiscal también nos demuestra que solamente existen dos tipos de fusión. El artículo 70 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967 nos dice que la base imponible del Impuesto de Transmisiones patrimoniales será en la fusión de sociedades "el haber líquido que tengan en el día en que se adopte el acuerdo, la sociedad anexionada, si se realiza mediante absorción, o las integrantes, si se efectúa mediante la creación de una nueva". La misma doctrina, aunque con alguna variación terminológica y más detalle, encontramos en el artículo 19, 16) del Reglamento del Impuesto. En éste observamos además un apartado en el que prevé que la escritura de fusión no incluya el inventario y balance de la sociedad absorbidas o de las integrantes por cuanto obliga a acompañar éstos al documento en que la fusión se haga constar. La comparación del texto del Reglamento de 1947 con el de 1959 nos demuestra las vacilaciones terminológicas y doctrinales sobre la fusión antes y después de la Ley de Sociedades Anónimas.

Tampoco del artículo 2.º del Decreto de 25 de noviembre de 1971 sobre beneficios fiscales a la concentración e integración de empresas ni de las disposiciones interiores sobre esta materia cabe deducir ninguna alteración de la normativa mercantil de la fusión de sociedades.

por tener interés en ello y actualicen el contenido registral con vistas a la publicidad. Unas alteraciones están previstas en la legislación hipotecaria y basta recordar la meticulosa regulación de las modificaciones de entidades hipotecarias y de las inscripciones y anotaciones de incapacidad. Otras muchas no lo están, como las declaraciones de menor cabida, las de cambios de colindantes, las de ruina o demolición de edificaciones y las de cambio de nombre del titular. Deducir de la laguna legal una prohibición de reflejar la alteración en el Registro, en tanto no llegue a éste conectada con otra operación registral prevista, aunque acaso mucho menos importante que aquella alteración, no lo encontramos conveniente. Lo que resulta indudable es que para la constancia de las alteraciones no previstas en la Ley, la doctrina, la Jurisprudencia y la práctica de los Registradores han de ser muy prudentes en cuanto a los requisitos a exigir y en cuanto al asiento a practicar. No cabe dar reglas generales, aunque no nos parece aventurado asegurar que la nota marginal tiene aquí campo abonado, por lo que somos contrarios a una ratificación por la práctica de la opinión de que las notas marginales están limitadas por el principio de *numerus clausus*.

En el recurso, la controversia sobre el tipo de asiento a practicar se centra sobre la aplicación al Registro de la Propiedad del artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuando preceptúa que los cambios de nombre, de sede social y de objeto una vez inscritos en el Registro Mercantil se harán constar en los demás Registros por medio de notas marginales. SÁNCHEZ CALERO (7), aunque muy de pasada, interpreta que los demás Registros a que se refiere el artículo 86 son los distintos del Registro Mercantil y enumera el de la Propiedad, el de Seguros y el de Entidades bancarias. Y sinceramente creemos que tiene razón el considerando tercero de la Resolución. La lectura imparcial de los artículos 84, 85 y 86 nos conduce al siguiente pensamiento del legislador: Establecida en el 84 la obligación de inscribir en el Registro Mercantil toda modificación de Estatutos, y después de establecer el 85 importantes consecuencias sustantivas a favor de accionistas disconformes con determinadas modificaciones, durante un plazo a contar de dicha inscripción, la frase inicial del 86 indica que el legislador quiere un «plus» en la publicidad de determinadas modificaciones, ordenando que además de la inscripción en el Registro Mercantil haya anuncios en la prensa y notas marginales en los demás Registros. Cualquier otra interpretación que conduzca a practicar inscripción en un Registro Mercantil y notas marginales en otros Registros Mercantiles (sucursales, traslado de sede social a distinta provincia, etc.) sería forzada y más peligrosa.

Por otra parte, pensara o no el legislador mercantil en el Registro de la Propiedad al exigir nota marginal en los demás Registros, lo cierto es que la norma no desentonaba en el Registro Inmobiliario ni entra en colisión con la Ley Hipotecaria. Cosa distinta, y ya vimos que más complicada, es si la absorción con cambio de nombre puede representar algo más que mero cambio de nombre respecto de la sociedad absorbente (8).

(7) FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 1970, pág. 204.

(8) El Informe del Registrador, después de argumentar en torno a la no aplicabilidad del artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas, en una primera línea defensiva basándose en que la legislación hipotecaria exige la inscripción para toda alteración de una inscripción ya practicada, y en una segunda línea basándose en que no se trata de un mero cambio de nombre, sino de una fusión de dos sociedades, esgrime un argumento que causa cierta impresión: el de que si se admite la simple nota marginal del cambio de nombre, los acreedores de "Unión Española de Explosivos, S. A.", podrían embargar los bienes de "Minas de Río Tinto, S. A.", pero si de esta última no podrían hacer lo mismo en cuanto a los de la primera. No resulta fácil entender el sentido de este argumento con la breve referencia que la resolución hace al mismo: pero a pesar de todo creemos que no es decisivo. Por muchas que sean las dudas doctrinales sobre la situación de las deudas de la sociedad absorbente y de la absorbida antes y después

b) Ya hice notar que el cuarto considerando no es muy explícito cuando exige la *descripción de las fincas* en el documento necesario para practicar las notas marginales. El texto de la nota de calificación, puesta, al parecer, en la fotocopia de la escritura de fusión, es equivoco, pero sospechamos que se estimaba necesaria la descripción en la escritura, documento fundamental, y no en la instancia, considerada por el Registrador no sólo secundaria, sino impropio y culpable de la mayor parte de los obstáculos surgidos. El informe tampoco aclara nada. Creo que lo más acertado es interpretar la exigencia del considerando cuarto en el sentido de ser suficiente la descripción en la instancia, porque si la legislación mercantil no exige inventario descriptivo y avalúo de los bienes de la sociedad absorbente ni tampoco en la escritura de modificación de estatutos, limitada a un cambio de nombre, parece excesiva rigurosidad exigir este requisito solamente porque el cambio de nombre se pretenda hacer constar «en los demás Registros». La escritura de cambio de nombre social, igual que la Orden Ministerial de modificación de nombre o de unión de apellidos de las personas físicas, llegarán al Registro de la Propiedad como documentos básicos para hacer constar el cambio en éste, pero la descripción de las fincas deberá hacerse constar en la solicitud presentada si la alteración no va notarialmente incorporada a un documento inscribible de los del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria.

Lo que no puede defenderse es que la instancia no requiera la relación descriptiva de las fincas en que se pretende la nota marginal. La *ratio legis* del apartado 2.º del artículo 73 de la Ley no actúa aquí. La razón de exigir la descripción individualizada de las fincas, incluso para aquellas operaciones registrales que se han de extender a la totalidad del patrimonio inmobiliario de una persona, está en el carácter voluntario y no constitutivo de la inscripción en nuestro sistema. Se pretende evitar que, a través de una remisión general a los índices, resulte reticente la solicitud respecto de las discordancias entre realidad jurídica y Registro. *Servata distantia*, a la nota de cambio de nombre hay que darle el tratamiento de la inscripción a favor del heredero único, y como en ésta, la brevedad no es razón suficiente para omitir la descripción ni siquiera para recortarla, al amparo de la benigna jurisprudencia de las Resoluciones de 9 de noviembre de 1934 y 31 de julio de 1958 en materia de cancelaciones.

de verificarse la fusión, creemos que las operaciones registrales que hemos estimado procedentes en el Registro de la Propiedad (inscripción de aportación en las fincas de la absorbida y nota marginal de cambio de nombre en la absorbente) no vienen a agravar, por sí mismas, las dificultades que el Derecho mercantil y el procesal presentan para la traba en el patrimonio de la absorbente por parte de los deudores de la absorbida, que no hayan hecho uso de los derechos que les concede el artículo 145 de la Ley de Sociedades Anónimas. El desarrollo de este argumento del Registrador nos conduciría demasiado lejos porque es imposible apurarlo sin entrar a fondo en la naturaleza jurídica y en gran parte, la más difícil, de la normativa de la fusión. Por otra parte, el argumento es uno de los pasajes del recurso que más hacen sospechar que la discusión entre nota e inscripción que debe reducirse exclusivamente a las fincas inscritas a favor de la sociedad absorbente, se pretende extender a las de la absorbida, cuando en éstas es claro que debe practicarse una inscripción de aportación por absorción. Por ello, los acreedores de la absorbente pueden embargar las fincas de la absorbida porque son ya de la absorbente. En cuanto al embargo de las fincas de ésta por los acreedores de la absorbida que no hayan cobrado en el período de fusión, se practique nota de cambio de nombre, o nota de cambio de nombre y de absorción, o inscripción de absorción, siempre requerirá una decisión judicial que, fundada en el negocio de fusión, imponga el embargo de las fincas de la sociedad absorbente, no obstante ser originariamente deudora la absorbida. Esta fractura del trazo se salva por la correspondiente decisión judicial, no por practicar una inscripción referente a la absorción en todas las fincas de la absorbente, pues el obstáculo del trazo roto continuará en iguales términos: embargar bienes de una sociedad por deudas de otra. Y es que la inscripción de transmisión en las fincas de la absorbida es imprescindible, pero la constancia de la absorción en las fincas de la absorbente es indiferente, ya que por sí sola, aunque se haga por asiento de inscripción, no es suficiente para que toda ejecución contra la absorbida pueda producir traba en fincas de la absorbente.

c) Por razones no muy lejanas de éstas no estoy totalmente conforme con la brevedad del último considerando, que sin más apoyo que el artículo 39 del Reglamento Hipotecario revoca *el cuarto defecto de la nota*. Si esto fuera tan sencillo carecería de sentido la regla 11 del artículo 166 del Reglamento. Como dice Roca, nuestra legislación hipotecaria se produce con cierto confusiónismo entre presentación y solicitud de inscripción, lo que obliga a una interpretación benigna, que es lo que en la práctica ocurre (9).

Pero esta interpretación benigna de los artículos 6 de la Ley y 39 de su Reglamento tiene sus límites. Estos preceptos están pensando en la inscripción de un título de los enumerados en el artículo 2.º, consignado en un documento de los expresados en el 3.º de la Ley; pero no se debe confundir la solicitud de inscripción de uno de estos títulos con la solicitud directa de un asiento, aunque se acompañe un título público, si éste no es suficiente sin aquélla para que el asiento se practique.

Si estamos conformes en que la escritura de cambio de nombre era imprescindible, pero no suficiente para practicar la nota, porque era precisa la petición de la sociedad titular, era esta petición la que tenía que calificar también el Registrador y comprobar si el compareciente presentante acreditaba su personalidad y su representación. Hay muchas solicitudes al Registrador que no son solicitudes de inscripción de un título inscribible por su propia esencia (solicitudes de caducidad de gravámenes, de cancelaciones por confusión, de consolidaciones de usufructo), en las que el Registrador puede y debe aplicar, por analogía, el 166, 11.º, del Reglamento y olvidarse del 39, que, en principio, sólo está dictado para que el presentador sea considerado presunto representante de las partes de un documento público inscribible o de quienes el Registrador estime que tiene interés en asegurar el derecho, aunque no sea adquirente ni transmitente.

Con esto no queremos decir que sea sencillo determinar cuáles son las solicitudes privadas que deban requerir legitimación de firmas y poder notarial del titular registral en su caso y cuáles son las que puedan reconducirse al benigno criterio de representación presunta del artículo 39. Pero sí queremos dejar sentado que cualquiera que sea la benigna práctica usual, el defecto 4.º tenía fundamento serio, y que es muy peligroso estimar que dicho precepto reglamentario se puede aplicar, sin más, a todas las solicitudes en documento privado de operaciones registrales, para las que la Ley exige instancia del titular registral o de parte interesada.

B) *El problema de la fotocopia* o fotocopias está analizado por los considerandos 5.º y 6.º de la Resolución. La Dirección considera que la fotocopia presentada en el Registro número 3 de Madrid ha de calificarse como testimonio por exhibición y encuentra que falta consignar en él a favor de quién se expide. En rigor, le faltaban a las fotocopias presentadas muchos requisitos más, según parece, pero como del texto de la Resolución no se desprende muy claramente en qué forma el acta o diligencia notarial acreditaba y daba fe a la compulsión de las 177 o 178 hojas en fotocopia, en las que la diligencia notarial no iba extendida, no queremos hacer conjeturas sobre si un conjunto de fotocopias, aun numeradas, puede considerarse testimonio sin que en la suscripción de éste se hagan constar todas las circunstancias del artículo 241 del Reglamento notarial, y entre ellas, la numeración de los pliegos de fotocopia (que no se puede suplir, naturalmente, por la de los pliegos fotocopados).

(9) *Derecho Hipotecario*, 1968, II, pág. 142

Es frecuente confundir, al tratar de los efectos jurídicos de la fotocopia, dos cuestiones distintas: Una hace referencia al valor que cabe dar a la reproducción fotográfica o xerográfica de un documento y hasta dónde su valor probatorio cabe asimilarlo al del documento reproducido. Otra, que es más interesante a efectos registrales y notariales, es la que se refiere al procedimiento para que una fotocopia o xerocopia pase a ser parte del texto de un documento notarial (copia, testimonio, etc.). Aunque el testimonio de identificación de fotografías de cosas, previsto en el apartado tercero del artículo 251 del Reglamento Notarial, aumenta la confusión de ambas cuestiones, si consideramos una escritura como una cosa susceptible de tal testimonio de identificación, lo cierto es que ambas cuestiones deben abordarse por separado y que es muy dudoso que una copia notarial haya sido prevista como posible objeto de un testimonio de identificación de fotografía, con la consecuencia de que el mismo pueda considerarse como documento notarial asimilable al testimonio de particulares de las matrices (art. 246) o al testimonio de documentos que no sean matrices (art. 251, apartado 1.º).

Fuese o no testimonio por exhibición el documento presentado y le faltasen estos o aquellos requisitos para serlo, lo indudable es que la copia notarial de la escritura de fusión y cambio de nombre era el documento insustituible para producir el asiento de cambio de nombre en el Registro de la Propiedad, como el Registrador mantuvo y la Dirección confirmó.

C) El *resumen* de este comentario puede ser el siguiente:

— Estamos conformes en que en la fusión por absorción no procede realizar ninguna operación registral en las fincas pertenecientes a la sociedad absorbente. También estamos conformes en que el mero cambio de nombre de una sociedad debe hacerse constar por nota marginal en el Registro de la Propiedad. Por el contrario, en las fincas de la absorbida o absorbidas o en todas las fincas de las fundidas, en caso de fusión propia, procede practicar una inscripción de aportación a la absorbente o a la nueva resultante de la fusión.

Ahora bien, es perfectamente defendible, por razones no meramente fiscales, que no sean las sociedades interesadas completamente libres para elegir entre fusión propia y absorción, por cuanto debe ser la realidad económico-jurídica del caso la que venga a determinar cuál de las dos figuras es la procedente. El simultáneo cambio de nombre sería un importante dato para tal determinación. No obstante, es cierto que la legislación vigente deja poco margen para que las circunstancias objetivas prevalezcan sobre la autonomía de la voluntad en la calificación del tipo de fusión elegido.

— La escritura de fusión por absorción debe contener la descripción de las fincas de las sociedades absorbidas, conforme a la legislación hipotecaria. No es imprescindible, por el contrario, que contenga la de los inmuebles de la absorbente, porque respecto de ellos no hay aportación ni transmisión ninguna. Si con motivo de la absorción se opera un cambio de nombre, la escritura correspondiente será título fundamental para la extensión de la nota marginal de cambio de nombre, pero la descripción de las fincas es imprescindible en la solicitud, que puede ser en documento privado y no en la escritura de fusión por absorción. En caso de fusión propia, la creación de una sociedad nueva, con su nombre propio y la necesidad de que se practique inscripción en todas las

fincas que pasan a la misma, cambia totalmente el planteamiento del supuesto en el Registro de la Propiedad: no procede la nota marginal ni ninguna solicitud privada para reflejar la fusión ni el cambio de nombre.

- Cualesquiera que sean los futuros desarrollos de la fuerza probatoria de las reproducciones fotográficas o xerográficas de los documentos, el Derecho Notarial y el Derecho Hipotecario vigentes sólo admiten tales reproducciones como medio cómodo para conseguir el texto escrito de los documentos notariales ordinarios y típicos. Es decir, que tales reproducciones han de moverse dentro de los márgenes del Reglamento notarial, y concretamente, de los artículos 152 a 154, sin que a través del testimonio de identificación de fotografías de cosas del apartado 3.º del artículo 251 se dé vida a figuras extravagantes del Reglamento notarial, que olviden el apartado final del mismo artículo.
- El artículo 39 del Reglamento establece simplemente una presunción de que el presentante de un título tiene la representación de cualquiera de los interesados en la inscripción del mismo (adquirente, transmitente o interesado en asegurar el derecho), a que se refiere el artículo 6 de la Ley. En principio debe tratarse de un título inscribible, conforme a los artículos 2 a 4. Es peligroso extender esta presunción más allá de la finalidad del precepto e incluir en ella todo género de solicitudes al Registrador de operaciones registrales, especialmente de aquellas reservadas a la voluntad del titular registral, que debe ser completamente acreditada al Registrador mediante la fehacencia de la suscripción de la instancia y mediante el correspondiente poder en su caso. Por ello, en el caso del recurso, si se hubiera presentado la escritura de cambio de nombre y fusión, acaso el cuarto defecto hubiese sido excesivo, pero faltando el documento público, el último considerando y la confirmación de la revocación de la nota en cuanto a este defecto tenemos que admitirlo con ciertas dudas.

T. C. G.

2. INSCRITO UN PISO COMO FINCA SEPARADA E INDEPENDIENTE Y CON LA ASIGNACIÓN DE SU CORRESPONDIENTE CUOTA DE CONDOMINIO EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL, AUNQUE EN SU DESCRIPCIÓN EN LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE ÉSTA Y EN LA INSCRIPCIÓN FIGURE LA INDICACIÓN DE ESTAR DESTINADO A PORTERÍA, PUEDE SER VENDIDO LIBREMENTE POR SU PROPIETARIO, SIN QUE SEA NECESARIA SU PREVIA DESAFECTACIÓN DE TAL SERVICIO POR LA JUNTA DE CONDUEÑOS, POR NO TRATARSE DE UN ELEMENTO COMÚN, COMO EN EL CASO DE LA VIVIENDA PORTERÍA, RESUELTO POR LA RESOLUCIÓN DE 5 DE MAYO DE 1970.

Resolución de 13 de diciembre de 1971 («B. O. del E.» de 4 de febrero de 1972).

Antecedentes de hecho.—En escritura autorizada por el Notario de Barcelona don José María Piñol Aguadé, el 2 de septiembre de 1969, doña Erika Marschall constituyó en régimen de propiedad horizontal la casa número 76 de la calle Enamorados de dicha capital, de la que resultaron 29 departamentos, de los cuales estaban en la planta baja cinco: dos tiendas, dos bajos interiores para habitaciones y otra vivienda para el portero. Esta última, como departamento número 5, se describió así: «Bajo, tercera interior, destinado a portería del inmueble número 76 de la calle Enamorados... (continúa la descripción señalando las habitaciones, superficie y linderos); cuota: 2,35 enteros por 100.» Todos los departamentos se inscribieron como fincas independientes y se fueron vendiendo por dicha propietaria a distintos adquirentes.

Por escritura de 22 de diciembre del mismo año, y ante el mismo Notario, se vendió por el sustituto del apoderado de doña Erika, a don José Alonso Araújo, el departamento número 5, al que se ha hecho referencia, y presentada en el Registro número 5 de Barcelona fue calificada con la siguiente nota:

«Presentado el precedente documento con el número 51 del libro diario 32 de este Registro y recaída calificación de suspender su inscripción por los siguientes motivos:

Primero.—Por faltar el consentimiento de los demás copropietarios, toda vez que el departamento objeto de la venta, si bien consta inscrito como finca separada al folio 91 del tomo 1.094 del Archivo, se hace constar que está destinado a portería.

Segundo.—Por no acompañarse las escrituras de poder y sustitución de poder relacionadas en el mismo documento. No se ha tomado anotación preventiva por no haberse solicitado. Presentadas las escrituras

de poder y sustitución se mantuvo el primer motivo de la calificación, tomándose anotación de suspensión a petición del representante.

El Notario autorizante interpuso recurso alegando: que la finca vendida figura inscrita a nombre exclusivo de la transmitente; que si el departamento pudo ser inscrito a nombre del primer titular, aun destinado a portería, no hay razón para impedir un cambio de titularidad; que, como reconoce el Registrador, está inscrito como finca independiente y ahora no puede volverse contra la calificación que antes se hizo al inscribirlo como tal, pues los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales; que no puede estimarse elemento común, al tener señalada cuota de participación en los elementos comunes, pues en tal caso las cuotas de los restantes serían otras; que el propietario único puede reservarse cualquier parte del edificio, aunque en ese momento esté calificado de portería u otro destino; que la relación legal *ad exemplum* de los elementos comunes no indica que siempre existan todos y el local de portería no es imprescindible, y que aunque la descripción diga destinado a portería, este dato puede cambiar con el tiempo, como el número de la casa o el color.

El Registrador informó que no discute la facultad dispositiva del titular, pero sí la de desafectarlo del servicio de portería por la exclusiva voluntad de la vendedora, de acuerdo con los artículos 6 y 13 de la Ley de Propiedad Horizontal y la Resolución de 5 de mayo de 1970.

El presidente de la Audiencia interesó informe de la Junta de Propietarios, la cual contestó que en reunión extraordinaria se estimó, por unanimidad, que la portería era un bien común, que debía seguir destinado a los fines propios, por lo cual al ser vendida en fraude de la comunidad se había presentado denuncia, conociendo del asunto el Juzgado de Instrucción número 6 de Barcelona. El presidente confirmó la nota del Registrador, entendiéndolo que mientras subsista la afectación al servicio de portería del local vendido es un bien *extra commercium* y su enajenación no puede tener acceso al Registro.

El recurrente se alzó de la decisión presidencial con puntualizaciones a diversos extremos del auto y alegando como favorable a su criterio la misma Resolución citada por el Registrador de 5 de mayo de 1970, y la Dirección General (1) acuerda revocar el auto apelado y la nota del Registrador basada en la siguiente:

Doctrina de la Dirección.—En este expediente se plantea la cuestión de si inscrito un piso como finca separada e independiente y con la asignación de su correspondiente cuota de condominio en la propiedad horizontal de que forma parte puede su propietario venderlo libremente o necesita previamente el consentimiento de los demás copropietarios, dado que dicho piso estaba destinado a portería.

La lectura de los respectivos informes del Notario recurrente y del funcionario calificador pone de relieve que no aparece controvertida la facultad de disposición por parte del titular registral, quien, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, puede transmitir el apartamento discutido y surge únicamente la discrepancia al exigir el Registrador, de acuerdo con la Resolución de 5 de mayo de 1970, como acto previo a la enajenación, que sea desafectado del servicio de portería por parte de la Junta de dueños, dado que en la escritura de propiedad horizontal y en la inscripción correspondiente se indica que éste sería su destino.

En el supuesto contemplado por la Resolución de 5 de mayo de 1970 existía una diferencia esencial con el que aquí se sujeta a debate, ya

(1) Vistos los artículos 348 y 396 del Código Civil; 8 20 y 98 de la Ley Hipotecaria. la Ley de Propiedad horizontal de 21 de julio de 1960 y la Resolución de 5 de mayo de 1970

que en aquél se pretendía transmitir como vivienda independiente lo que era un elemento común del inmueble—la portería—y que, como anejo inseparable, pertenecía a todos los propietarios del edificio en proporción a sus respectivas cuotas, según establece el artículo 396 del Código Civil, por lo que era necesario el acto previo de desafectación por la Junta de condueños, la asignación de cuota a la nueva vivienda que se pretendía crear y la redistribución de los porcentajes entre todos los pisos al existir un elemento privativo más, mientras que en este expediente se trata de la enajenación de una propiedad singular y exclusiva por el que registralmente aparece como dueño y que puede sustituir a otro en la titularidad que ostente.

La somera indicación hecha en la descripción del apartamento de estar destinado a portería, sin ninguna otra regulación sobre esta materia en los Estatutos, que permita atribuirle la calificación de elemento común, no puede ser una traba a las facultades dispositivas del propietario, porque estaría en contradicción con el principio de libre circulación de bienes, sancionado en el artículo 348 del Código Civil, al no permitirle que lo enajene sin el consentimiento de personas que no ostentan ningún derecho real sobre el mencionado apartamento y que solamente tienen los derechos derivados de una posible relación contractual ajena totalmente al Registro de la Propiedad y que se produce con independencia de la titularidad dominical, aparte de que no hay obstáculo legal para que el servicio de portería pueda ser prestado por uno de los copropietarios, en este caso concreto el mismo portero, que es quien ha adquirido la vivienda.

COMENTARIO.—Comencemos observando cómo Registrador y recurrente alegan a su favor la Resolución de 5 de mayo de 1970. En mi opinión, esta Resolución ni favorece ni perjudica a ninguna de las dos partes, aunque no está de más que la que ahora comentamos la incluya en el vistos. Los supuestos y problemas son totalmente diferentes. Entonces se trataba de los requisitos sustantivos y formales para la desafectación y enajenación de elementos comunes de una propiedad por pisos. Ahora se trata de resolver si una parte de edificio en régimen de propiedad horizontal debe ser estimado como elemento común o como propiedad privativa de su titular registral, cuando se dan determinadas circunstancias que el Registro revela.

El caso de la Resolución de 1970 mostraba una laguna de la Ley de Propiedad Horizontal: la regulación de la desafectación y disposición de elementos comunes. El caso de la presente muestra otra laguna diferente relativa a si la operación compleja de constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal para la venta por pisos tiene una previa restricción, consistente en que determinados elementos, como portería, vivienda del portero, etc., deban necesariamente estimarse elementos comunes en aquella constitución.

El caso planteado en torno a la portería de la casa número 29 de la calle Enamorados, de Barcelona, no es nada infrecuente y hace referencia a un problema que no es estrictamente hipotecario; pero en esta ocasión tuvo importantes consecuencias registrales.

Desde el punto de vista hipotecario, la doctrina de la Dirección debe considerarse acertada. El Registrador solamente podía oponerse a la inscripción de la venta calificando como elemento común del inmueble la finca independiente constituida por el bajo tercera interior, y esta calificación resulta muy aventurada cuando el Registro le está demostrando que se trata de un elemento privativo de la propiedad horizontal constituida en la finca. Para estimarlo elemento común sólo cuenta con las tres palabras «destinado a portería»; todo lo demás le conduce a la

calificación de propiedad singular y exclusiva sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, como dice el artículo 3.º, a), de la Ley. Esta somera descripción del destino en la descripción del apartamento no puede afectar a las facultades dispositivas del propietario, conforme al último considerando.

Como dato de la descripción, sólo en ésta reflejada, las palabras destinado a portería no pueden tener los efectos jurídicos de una afectación por destino productora de indisponibilidad y cierre registral, ni pueden bastar para considerarlo elemento común; ni bien *extracommercium*, como el auto presidencial dice (2). Pero tampoco estamos conformes en considerar la frase tan intrascendente como el color de la pintura o tan mudable por causas exteriores como el número de policía, tal como el Notario recurrente estima. Creo que la frase tiene suficiente carga de problemas y que debió rechazarse la inscripción de la escritura de constitución de propiedad horizontal por contener una grave contradicción la expresión destinado a portería con el resto de la escritura, según la cual la portería era claramente un elemento privativo. Y ello porque la inclusión de las porterías entre los elementos comunes, en el artículo 396 del Código Civil, aunque esta inclusión no tenga el sentido de *jus cogens* que algunos le quieren dar, no puede menos que dar pie a posteriores litigios si el Registro acoge dentro de sus libros la indudable contradicción de asignar un destino común a un elemento privativo, aunque sea en un lugar del asiento no propiamente destinado a los elementos conformantes de la titularidad registral.

Pero si hubiese sido correcto exigir la supresión de la contradicción latente en la escritura de constitución de propiedad horizontal antes de inscribirla, una vez ingresada la contradicción en el Registro no tenía el Registrador calificador de la venta más caminos que estimar la vivienda del portero elemento común, por la frase de su descripción referente al destino, que es lo que hizo, o bien estimarla elemento privativo de doña Erika y practicar la inscripción de venta, como la Dirección, creemos que con razón, ha resuelto.

De esta manera, la Dirección se ha apartado de su acostumbrado criterio de procurar, siempre que sea posible, no dictar resoluciones que puedan prejuzgar la decisión judicial sobre la cuestión de fondo planteada o dificultar de alguna manera la efectividad del fallo. En esta ocasión se ha colocado en los puros terrenos del derecho hipotecario, de la separación clara entre lo real y lo obligacional, y prescinde valientemente de los posibles derechos derivados de una posible relación contractual, que se produce con independencia de la titularidad dominical y ajena totalmente al Registro.

Esta vez rechazó la cauta posición del Registrador, que, aun consciente de que el piso era privativo, de propiedad singular y exclusiva de doña Erika, conforme al Registro, prefirió ampararse en la frase referente al destino para rechazar una inscripción que acaso sospechase iba a ser objeto de contienda judicial, iniciada nada menos que por la vía del Juzgado de Instrucción.

En la cuestión de fondo hemos de ser necesariamente muy breves. Como dice FUENTES LOJO (3), se observa con cierta frecuencia en la realidad que algunos propietarios al proceder a la venta por pisos ena-

(2) El criterio del Presidente de la Audiencia que confirma la nota del Registrador, entendiendo que mientras subsista la afectación al servicio de portería del local vendido, éste es un bien *extra commercium* y su enajenación no puede tener acceso al Registro nos conduce a un callejón sin salida, pues cualquier resolución judicial de los Tribunales a favor de la comunidad en la cuestión de fondo habría de consistir en una condena a transmitir doña Erika a la comunidad (o a los comuneros proindiviso) el piso en cuestión, para que previo reajuste de los porcentajes se incorporase la vivienda del portero a los elementos comunes.

(3) *Suma de la Propiedad por Apartamentos*, I, págs. 414 y ss.

jenan también la portería y, como el mismo autor añade, si partimos de la base de que este elemento es común, tal venta ha de estimarse en principio nula, al ir contra lo dispuesto en el artículo 396, apartado 2.º, del Código.

Los resultandos de la Resolución son insuficientes para saber si la casa de doña Erika Marchall era de reciente construcción y sus pisos fueron vendidos a sus primeros ocupantes o si se trataba de una casa dividida por pisos precisamente para proceder a la venta a sus inquilinos. Nos da la impresión de tratarse de este último supuesto.

Aunque FUENTES LOJO, por ejemplo, distingue nueve heterogéneos supuestos dentro del epígrafe relativo a ventas de porterías, y entre ellos encontramos con tratamiento distinto las ventas de pisos arrendados en relación con otros varios casos de viviendas vacías, lo cierto es que a primera vista no parece tener fundamento ninguna distinción (4). El propietario de una finca, esté o no arrendada, es libre de constituirla en régimen de propiedad horizontal como tenga por conveniente y sin intervención de nadie y el Registrador no deberá, y normalmente no podrá, entrar a calificar si en tal constitución se forma un piso independiente con la portería, con la vivienda del portero o con cualquier otro elemento o parte del inmueble que venga teniendo utilización comunal por los inquilinos.

Una sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, de 17 de noviembre de 1961, entendió otra cosa y anuló la venta de la portería por error en el consentimiento de la compradora y por falta de objeto en base al razonamiento, un tanto viciado de sofisma, de que al irse vendiendo todos los pisos y bajos sucesivamente cada comprador va adquiriendo por cuotas alicuotas (?) todos los elementos comunes, entre ellos la portería. La cosa está muy clara si hacemos caso omiso de que las ventas han de enlazar con la escritura de propiedad horizontal, donde se separan elementos comunes y elementos privativos, que los compradores no deben ni pueden desconocer.

Por un *a sensu contrario* de esta sentencia, FUENTES LOJO dice que si el propietario de un inmueble vacío lo divide por pisos y los vende todos simultáneamente, después de haber convertido la portería en un apartamento más, de forma que no induzca este extremo a confusión, por hacerlo constar así en el título constitutivo, no cabrá pedir la nulidad de la venta.

Creo que los tres requisitos que FUENTES LOJO acumula para que la venta sea válida tienen su juego independiente. Posiblemente el estar arrendada o vacía la casa carezca de trascendencia si la venta no se hace a los mismos inquilinos, y la simultaneidad de las ventas la estimo excesiva exigencia. La conversión de la portería en un apartamento más, claramente, en el título constitutivo, es el punto clave y casi único que está en cuestión: si en todo supuesto hay libre actuación de un propietario para el deslinde de elementos privativos o elementos comunes, siendo este deslinde decisivo para todo posterior acto de disposición de apartamentos, de tal manera que la impugnación de los actos de disposición sólo pueda efectuarse en base a relaciones meramente obligatorias y derechos personales, como los que puedan resultar de los contratos de arrendamientos o de venta a los compradores de los pisos, o bien, si en ciertos supuestos los propietarios tienen alguna limitación en su derecho de dominio mismo, que les impida configurar como piso independiente determinadas partes de su inmueble, caracterizadas por un determinado destino de uso de trascendencia no real, que a pesar de esto venga a resultar inderogable por acto unilateral del dueño constituyente de la propiedad horizontal. FUENTES LOJO estima que aun tratándose de inmue-

(4) *Suma de la Propiedad por Apartamentos*, pág. 418.

ble vacío podría atacarse la venta si las Ordenanzas municipales o alguna Ley especial exigieran la portería como uno de los elementos comunes.

No nos ayuda gran cosa la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1964, porque en ella se parte de que en las escrituras de compra por los inquilinos se consideraban como elementos comunes de la finca la portería y vivienda del portero, y la comunidad reclama para portería un cuarto vacío, aunque distinto del sotabanco que ocupaba la portería y del piso que después pasó a ocupar el portero en calidad de arrendatario.

Mas interés puede tener el estudio completo del supuesto real del caso resuelto por la sentencia de la Audiencia de Palma de Mallorca de 12 de junio de 1968. En ella se llegó a la rectificación del Registro por dejarse sin efecto la declaración de obra nueva con destino a vivienda independiente de la que se había pactado sería para portería. Suponemos que se estaría en uno de tantos casos de desfase temporal y de contenido entre titulación pública y pactos privados, incluso verbales, con exhibición de planos, etc., en que los Tribunales tienen que esforzarse y a veces forzar la Ley para encontrar una solución justa.

Tenemos por todo esto que llegar a la conclusión de que el Derecho vigente no es suficientemente claro, ni en cuanto hace relación a las consecuencias civiles del Decreto de 24 de marzo de 1908, que impuso en Madrid y Barcelona la necesidad de un portero en todas las casas de vecindad, que actualmente tiene ciertos aspectos arcaicos; ni en cuanto al sentido de la inclusión de la portería en la enumeración de elementos comunes del artículo 396 del Código Civil (5); ni en cuanto a las consecuencias de las normas del derecho laboral de los porteros (empleados de fincas urbanas), que incluye el de vivienda gratuita, etc., puesto en relación con la Ley de Propiedad Horizontal y en relación con el derecho de acceso a la propiedad de los arrendatarios de viviendas (tanteo, retracto y derecho de impugnación, etc.). Todo esto, así como las causas de extinción de la relación laboral de los porteros, forma el complejo entramado de la cuestión de fondo de nuestro problema.

Imposible extendernos en todas estas cuestiones, pero sí tenemos que mostrarnos disconformes con el final del último considerando, que ingenuamente ve una razón más para acceder a la inscripción de la venta lo ventajoso para todos de que el servicio de portería se preste por el copropietario adquirente, que es el mismo portero. La unanimidad para llevar el caso al Juzgado de Instrucción demuestra un criterio muy distinto en la Junta de propietarios. Acaso la venta a un extraño hubiese producido reacción menos violenta en los copropietarios, aunque de buena fe, ignorando la escritura de división horizontal o con error de hecho o de derecho, estimasen que doña Erika vendía un elemento común.

Como resumen podemos sentar, con temor de equivocarnos sustancialmente, las siguientes conclusiones:

El propietario de un edificio, ya sea de nueva construcción o no y esté dado o no por pisos en arrendamiento, es libre para describir, deslindar y determinar los pisos y los elementos comunes como tenga por conveniente, aunque, naturalmente, procurará hacerlo de manera que las posteriores ventas no le fracasen por oposición de los compradores. Lo que no puede, y aquí entra ya la calificación del Registrador,

(5) Aunque alguna legislación como la boliviana determina que la portería en ningún caso podrá dejar de ser común y algún autor como PERÉ afirma que es elemento común siempre en todo caso, la mayoría de los autores y legislaciones no hacen excepción para las porterías en los principios generales sobre clasificación de elementos comunes por naturaleza y por destino y sobre prevalencia del título constitutivo sobre la enumeración *ad exemplum* de elementos comunes en la Ley. Las enumeraciones legales sientan meras presunciones, como claramente expone el artículo 1177 del Código italiano cuando dice que son objeto de propiedad común de los propietarios de los pisos, si lo contrario no resulta del título 2), los locales para la portería y para la vivienda del portero, para la calefacción central.

es ser poco claro o reticente al separar elementos comunes y elementos privativos. Había tal reticencia al describir un piso como privativo, darle cuota de participación en los elementos comunes y a la vez decir que estaba destinado a portería del inmueble.

Los compradores, sean primeros ocupantes o arrendatarios, deben conocer, y de hecho siempre conocerán, la división horizontal en base a la cual compran su piso y no podrán impugnar la misma basándose en que lo que se destinaba a portería en los planos o en la situación de hecho anterior a la escritura de división figura en ésta como piso privativo. Sin perjuicio de la actuación normal de los vicios del consentimiento e incluso de la actuación dolosa y hasta delictiva del propietario en la operación de venta.

Toda oposición de los compradores, que pasan a formar parte de la comunidad de propietarios, o de ésta a la escritura de división ha de fundarse en pactos y derechos personales simultáneos o anteriores a la compra y relativos precisamente a la determinación del objeto y contenido de la misma. La simple discordancia en este punto entre división horizontal y venta, de un lado, y contrato de arrendamiento anterior del piso, de otro, no debe ser base de la impugnación, salvo los supuestos de reticencia o vicio del consentimiento de que antes hicimos mención.

No obstante, cuando la venta se hace simultánea o sucesivamente a los arrendatarios de los pisos como consecuencia del derecho de acceso a la propiedad, concedido indirectamente a los arrendatarios por la Ley especial y sus disposiciones complementarias, en razón a que el precio y condiciones de las ventas vienen en cierta manera tasados y prefijados por la capitalización de las rentas y por el ámbito objetivo del contrato de arrendamiento, parece necesaria una norma legal para zanjar la colisión de intereses del propietario, que pretende vender libremente lo que es suyo (la vivienda que destinaba a portería, etc.), y los arrendatarios compradores, que en conjunto pretenden tener derecho a subrogarse en la titularidad dominical de todos los elementos componentes de la finca no incluidos directamente en el uso y disfrute de los arrendatarios.

La formulación de tal norma no está exenta de dificultades, pues el problema es, sin duda, propenso al casuismo; pero parece justo que deban considerarse elementos comunes todos aquellos que, como la portería, vivienda del portero, etc., venían teniendo de hecho tal carácter, para que el uso y disfrute del piso no resulte aminorado al transformarse el título de arrendatario en el de dueño, y correlativamente, el casero vendedor no resulte beneficiado con el precio de venta de partes de la finca que antes no le producían renta directamente sino a través de los arrendamientos de los pisos.

Sólo en este caso, y como derecho accesorio del de acceso a la propiedad por precio resultante de capitalización, cabe considerar limitado el derecho del propietario a la libre determinación de elementos privativos y elementos comunes y a la libre disposición de los primeros. Pero cualquiera que sea la fuente de esta restricción del dominio (Ley, costumbre, jurisprudencia o principios generales) creemos que no debe configurarse como una prohibición legal, *ipso jure*, productora de nulidad absoluta y de efectos reales: a) porque deriva, en último término, de un derecho personal (los arrendamientos de los pisos); b) porque el derecho de acceso a la propiedad, si bien tiene un enérgico aspecto real en su actuación de tanteo y retracto, tiene un sentido mucho más débil y limitado en su actuación por el derecho de impugnación por precio superior al resultante de la capitalización de la renta, que es, en definitiva, la única justificación de la limitación dominical propugnada, y c) porque, en definitiva, esta limitación dominical, en cuanto sólo pretende garantizar

los intereses de los inquilinos, es suficiente que consista en un derecho a impugnar la escritura de división horizontal que consideren lesiva y que han de conocer antes del otorgamiento de las ventas. Es verdad que de esta manera el derecho de impugnación de la venta de elementos comunes de hecho habría de fracasar ante el tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley que reuniese todos los requisitos antes de anotarse la demanda de impugnación; pero aun así lo consideramos la solución preferible por las dificultades para que, en estos casos, el comprador desconociese la situación real y gozase de buena fe.

Nos excusamos de todo comentario en torno al camino penal elegido por la Junta de propietarios, entre otras cosas porque nos conduciría al planteamiento de una cuestión muy poco explorada: la posibilidad de anotación preventiva de la querella y, en general, de los procedimientos penales. Tampoco creemos de interés un análisis más pormenorizado de las alegaciones del recurrente y de los claros considerandos de la Resolución.

T. C. G.

3. SUSPENSIÓN DE PAGOS.—EN LA SUSPENSIÓN DE PAGOS ES ESENCIAL LA ACTUACIÓN DE IGUALDAD EN QUE SE HAN DE ENCONTRAR TODOS LOS ACREEDORES QUE NO TENGAN EL CARÁCTER DE PRIVILEGIADOS, Y POR ELLO, UNO DE LOS EFECTOS MÁS IMPORTANTES DE LA DECLARACIÓN EN DICHO ESTADO ES LA PARALIZACIÓN DE LAS ACCIONES INDIVIDUALES DE LOS ACREEDORES.

COMO YA DECLARÓ LA RESOLUCIÓN DE 15 DE FEBRERO DE 1962, RECAÍDA EN UN CASO ANÁLOGO AL PRESENTE, «DADA LA NATURALEZA CAUTELAR Y DE GARANTÍA QUE EL EMBARGO SUPONE, CABE ESTIMAR QUE LA ANOTACIÓN PODRÁ REALIZARSE CON EL FIN DE PERMITIR AL INTERESADO EL ASEGURAMIENTO DE SU DERECHO», PERO SIN QUE LA MISMA PERMITA LLEGAR A LA EJECUCIÓN MIENTRAS NO SE HAYA TERMINADO EL EXPEDIENTE.

Resolución de 14 de diciembre de 1971 («B. O. del E.» de 5 de febrero)

A) *Antecedentes de hecho.*—En expediente de apremio seguido contra don Enrique Pineda Montiel y su esposa, doña Isabel Lloret Ferrer, para hacer efectivos diversos impuestos fiscales, principalmente el de cuota de beneficios de los años 1967 a 1969, el Recaudador de Contribuciones de la zona I de Alicante, con objeto de asegurar el pago de los créditos de la Hacienda, que ascendían a 332.000 pesetas, más 168.000 de recargos y costas, dirigió por duplicado mandamiento al Registrador de la Propiedad de la mencionada capital ordenando el embargo de dos fincas registradas de las que eran propietarios. Presentado en el Registro, fue calificado con la siguiente nota: «No admitida la anotación de embargo a que se refiere el precedente mandamiento, uno de cuyos ejemplares queda archivado con el número 132, toda vez que según la inscripción 60, que obra al folio 2 del libro segundo de Incapacitados, aparece inscrita la declaración de estado de suspensión de pagos del deudor, don Enrique Pineda Montiel, anotación de suspensión que impide extender las de embargo ordenadas y cuya anotación de suspensión se ha hecho constar en las fincas embargadas.»

El Delegado de Hacienda de Alicante interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que tanto el vigente Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968 como el anterior Estatuto de Recaudación, así como la Ley de Administración y Contabilidad, han venido regulando las garantías de que goza la Hacienda Pública para el cobro de las deudas fiscales; que tales garantías son en la actualidad fundamentalmente las siguientes: hipoteca legal tácita, hipoteca especial, prelación de cobros, derechos de retención y afección; que la cobranza de la deuda fiscal en relación con las citadas garantías puede

coincidir con el de terceras personas físicas o jurídicas, igualmente acreedoras del deudor común, con procedimientos ejecutivos individuales o universales; que en el primer caso, cada procedimiento seguirá su trámite independientemente, sin que pueda pretenderse una graduación conjunta de créditos, sino de individualizados y preferentes derechos de cobro; que en los procedimientos universales, no obstante las garantías establecidas a favor de la Hacienda Pública, surge una abundante problemática acerca de la continuidad de la vía de apremio administrativo al margen o fuera de aquella universalidad; que en el caso de una suspensión de pagos en relación con un mandamiento de embargo administrativo por deudas fiscales, el procedimiento ejecutivo para la efectividad de la deuda fiscal no debe quedar paralizado porque se persigan bienes para el cobro de deudas no contempladas en los artículos 37 y 38 del Reglamento de 14 de noviembre de 1968, sino en el genérico artículo 40; que esto es así porque la recaudación en vía de apremio tiene carácter exclusivamente administrativo, según proclama el artículo 93 del citado Reglamento, y no puede suspenderse sino en los casos señalados en los artículos 190 y 191 de la mencionada disposición; que un Decreto de competencia de 11 de mayo de 1932 declaró que la providencia que admita una petición de suspensión de pagos no puede impedir que la Administración utilice para el cobro de las contribuciones y demás rentas públicas los procedimientos de carácter exclusivamente administrativo, puesto que no existe ningún precepto que disponga la suspensión de los mismos, ya se inicien antes o después de haberse dictado la providencia judicial prescrita en el artículo 9 de la Ley de 26 de julio de 1922; que, por tanto, solicitada la suspensión de pagos y mientras se sustancia su expediente, no se admite por el Juzgado ninguna pretensión incidental que tienda directa o indirectamente a impugnar la procedencia de la declaración judicial o aplazar su efectividad, quedando en suspenso los embargos y administraciones judiciales constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados y continuando con igual prevención los juicios ordinarios y ejecutivos hasta la sentencia, que no se ejecutará hasta que termine el expediente de suspensión; que todas estas prevenciones tienen por objeto defender por igual los derechos de todos los acreedores civiles, evitando que resulten especialmente favorecidos los más diligentes, sin que de los términos en que está redactado el artículo 9 de la Ley de 26 de julio de 1922 pueda deducirse que en éste se comprendan los embargos acordados en vía de apremio administrativo, porque ni proceden de la vía judicial ni con ello se pretende impugnar la declaración judicial de suspensión de pagos ni aplazar su efectividad; que el apremio administrativo es independiente de la vía judicial y no puede suspenderse por esta autoridad, salvo en los supuestos del artículo 190 del Reglamento de 14 de noviembre de 1968 y por la autoridad y órgano a que se refiere su artículo 191, y que al desembocar la suspensión de pagos en un convenio de quita o espera, o ambas cosas a la vez, y no prever tales supuestos en relación con el contribuyente la legislación fiscal, es claro que la Hacienda Pública no puede ser afectada por lo establecido en la Ley de 26 de julio de 1922.

El Registrador informó que el no ser los impuestos causantes del embargo ninguno de aquellos a los que la legislación hipotecaria y fiscal atribuyen la virtualidad de originar una hipoteca legal tácita a favor del Estado, la cuestión queda limitada a determinar la procedencia o improcedencia de la anotación de embargo a favor de la Hacienda Pública, por tributos no privilegiados con aquella hipoteca; que del mandamiento presentado en el Registro no resulta se hayan hecho las notificaciones de la providencia de apremio y de la diligencia de embargo previstas en los artículos 102 y 120 del Reglamento de Recaudación de 14 de noviembre

de 1968 a personas distintas del contribuyente deudor, a pesar de lo dispuesto en el artículo 99 del mismo Reglamento y en la regla 71 de la Instrucción de Recaudación y Contabilidad de 29 de julio de 1969, sin que el suspenso, por su situación de incapacidad, pudiera realizar ningún pago sin el concurso de los Interventores o autorización del Juez; que las notificaciones, en el procedimiento de apremio fiscal a un deudor declarado en suspensión de pagos, debieron haberse hecho, a la vez, a su representación legal; que aunque no existieran los anteriores obstáculos, el mandamiento habría debido expresar que quedaría en suspenso la ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos, que no ha sido derogado por la vigente legislación fiscal; que no es competencia del informante determinar la prelación de créditos en una suspensión de pagos, pero debe tener en cuenta el número 2 de la regla 22 de la Instrucción de Recaudación, que otorga una tercería de mejor derecho cuando consten en el Registro derechos constituidos con anterioridad a la anotación de embargo a favor del Estado; que conforme al número 2 del artículo 44 del Reglamento de Recaudación, los mandamientos recaudatorios tendrán a todos los efectos la misma virtualidad que los que emanan de la autoridad judicial y en esta vía la ejecución de la resolución que se adopte quedará en suspenso hasta que termine el expediente previsto en la Ley de 26 de julio de 1922, según dispone su artículo 9, salvo que se persigan bienes especialmente hipotecados o pignorados, y que aunque tal suspensión de la ejecución puede parecer inoperante dado el contenido del número 2 de la regla 49 de la referida Instrucción, si se analiza su contenido resulta que su interpretación debe ser restrictiva por su carácter excepcional y además que el expediente de apremio tiene que ser previo a la suspensión, puesto que el párrafo primero dice que no se suspenderá lo que supone su existencia anterior, y el segundo, que los bienes embargados fiscalmente no se comprenderán en la masa de la quiebra, lo que implica, en su caso, que el embargo se ha practicado ya.

Confirmada la nota del Registrador por el Presidente de la Audiencia, el Delegado de Hacienda se alzó de la decisión presidencial y la Dirección confirma el auto apelado y la nota del Registrador en virtud de la siguiente doctrina.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—Vistos los artículos 1.923 del Código Civil, 194 de la Ley Hipotecaria y 271 del Reglamento para su ejecución; la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922; 11 y 12 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado de 1 de julio de 1911; 71, 73, 132 y 136 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, el Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968, y la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad de 24 de julio de 1969; la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1966, y las Resoluciones de este Centro de 15 de febrero de 1962 y 14 y 26 de noviembre de 1968.

Considerando que la cuestión planteada por el presente recurso consiste en determinar si procede extender la anotación preventiva de embargo a favor de la Hacienda Pública, ordenada en procedimiento de apremio por falta de pago de impuestos que no recaen directamente sobre el impueble inscrito, cuando en el Registro aparece que el contribuyente apremiado ha sido declarado en estado de suspensión de pagos.

Considerando que la situación patrimonial del comerciante declarado en estado de suspensión de pagos queda ampliamente afectada por la intervención de todas sus operaciones, que debe ordenar el Juzgado en la misma providencia en la que, con arreglo al artículo 4 de la Ley especial, se tenga por solicitada la declaración en dicho estado, y una de las limitaciones que expresamente se le imponen, conforme al artículo 6.º

de la mencionada disposición legal, es la de necesitar el acuerdo de los Interventores o autorización del Juez, si éstos no hubiesen tomado posesión de su cargo, para verificar todo pago, con posible responsabilidad penal en caso de incumplimiento, así como la sanción de nulidad para los actos que realice sin dichas intervención o autorización.

Considerando que, no obstante lo anterior, la situación del deudor suspenso dista mucho de ser una inhabilitación patrimonial que requiera el mecanismo de la representación legal, como lo demuestra el que conserva la administración de sus bienes y gerencia de sus negocios, con las limitaciones que en cada caso fije el Juzgado—artículo 6.º de la Ley—y por ello se le somete sólo a una intervención para impedirle que realice operaciones en perjuicio de sus acreedores, a diferencia de lo que ocurre en la quiebra, donde los síndicos, como consecuencia de la inhabilitación del quebrado, tienen el carácter de representantes de la masa de acreedores de la quiebra y administradores legales de su haber, según dispone el artículo 1.366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Considerando que el artículo 99 del apartado 2 del Reglamento General de Recaudación exige que las notificaciones en el procedimiento de apremio se practiquen personándose el ejecutor en el domicilio del interesado o en el de sus representantes legales o voluntarios si los hubiese señalado previamente, por lo que, al carecer los Interventores de la condición de representantes del deudor suspenso, no parece que fuera necesario—tal como dice en su informe el funcionario calificador—notificar a los mismos ni la providencia de apremio ni la diligencia de embargo, establecidas en los artículos 102 y 120 del mismo Reglamento, pues a quien hay que requerir de pago es al mismo deudor, quien deberá poner en conocimiento de los Interventores el indicado requerimiento a fin de, en su caso, poder verificar el pago de acuerdo con dichos Interventores.

Considerando que en la suspensión de pagos es esencial la actuación de igualdad en que se han de encontrar todos los acreedores que no tengan el carácter de privilegiados, y por ello, uno de los efectos más importantes de la declaración en dicho estado es la paralización de las acciones individuales de los acreedores, en orden a la cual el artículo 9.º de la Ley de 26 de julio de 1922 establece la distinción, de una parte, entre la tramitación de los juicios, sean ordinarios o ejecutivos, que continuarán hasta que recaiga sentencia y cuya ejecución quedará en suspenso mientras no haya terminado el expediente, y, de otra, los actos de ejecución sobre el patrimonio del suspenso respecto de los cuales se dispone que desde que se tenga por solicitada la suspensión de pagos todos los embargos y administraciones judiciales que pudiera haber constituido sobre bienes no hipotecados ni pignoralos quedarán en suspenso y sustituidos por la actuación de los Interventores mientras ésta subsista, todo lo cual se entenderá sin menoscabo del derecho de los acreedores privilegiados y de dominio al cobro de sus créditos.

Considerando que al no proceder los débitos fiscales por razón de los cuales se expidió el mandamiento calificado de impuestos comprendidos en los artículos 194 de la Ley Hipotecaria y 12 de la de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911, carecen de a condición de créditos singularmente privilegiados y, por tanto, sin perjuicio de la prelación que les pueda reconocer la legislación fiscal, tampoco gozan, a efectos del expediente de suspensión de pagos, de la facultad que establece el artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos de abstenerse de concurrir a la Junta para la aprobación del convenio, por todo lo cual, teniendo el mandamiento a todos los efectos la misma virtualidad que si emanase de la autoridad judicial, según el artículo 44, 2.º, del Reglamento General de Recaudación, es indudable que se está en el caso del arrafo 4.º del artículo 9.º de la Ley de Suspensión de Pagos y, como ya

declaró la Resolución de 15 de febrero de 1962, recaída en un caso análogo al presente, «dada la naturaleza cautelar y de garantía que el embargo supone, cabe estimar que la anotación podrá realizarse con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de su derecho», pero sin que la misma permita llegar a la ejecución mientras no se haya terminado el expediente, salvedad que no contiene el mandamiento calificado.

Considerando que no se opone a la anterior doctrina lo dispuesto en el párrafo 1.º del número 2 de la regla 49 de la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad de 24 de julio de 1969, conforme al cual «el procedimiento de apremio no será acumulable a los judiciales ni se suspenderá aunque el deudor comerciante haya solicitado la declaración de hallarse en suspensión de pagos», ya que, independientemente de que la norma parece referirse a que el procedimiento de apremio sea anterior al expediente de suspensión de pagos, la denegación de la anotación no implica exigencia alguna de acumulación o suspensión, sino simplemente dar cumplimiento a lo ordenado en la Ley de Suspensión de Pagos, a fin de impedir la ejecución aislada sobre los bienes del deudor común mientras dure el procedimiento, sin que tampoco sea aplicable el párrafo segundo de la misma regla citada, que establece, «respecto de los bienes embargados en procedimiento de apremio con anterioridad a la declaración del concurso o de la quiebra del deudor, que la Administración continúe la tramitación de aquél, ya que dichos bienes no pueden comprenderse en la masa del juicio universal correspondiente», toda vez que la declaración del estado de suspensión de pagos ha sido anterior al embargo realizado en el procedimiento de apremio.

4. *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de diciembre de 1971 («B. O. del E.» de 5 de febrero de 1972).*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Delegado de Hacienda de Alicante contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha capital a extender una anotación preventiva de embargo, en virtud de apelación del recurrente.

Resultando que en expediente de apremio seguido contra la Entidad «Santiago Mayor Llinares, S. A.» (Samallisa), para hacer efectivos diversos impuestos fiscales, el Recaudador de Contribuciones de la zona I de Alicante, con objeto de asegurar el pago de los créditos de la Hacienda, que ascendían a 1.116.927 pesetas y 228.335 de recargos y costas, dirigió, por duplicado, mandamiento al Registrador de la Propiedad de la mencionada capital ordenando el embargo de dos fincas registradas que le pertenecían.

Resultando que el citado documento fue calificado con la siguiente nota: «No admitida la anotación de embargo a que se refiere el precedente mandamiento, uno de cuyos ejemplares queda archivado en el número 133, toda vez que, según la inscripción 57, que obra al folio 47 del libro 1.º de Incapacitados, aparece inscrita la declaración de estado de suspensión de pagos de la Entidad deudora, 'Santiago Mayor Llinares, S. A.' (Samallisa); anotación de suspensión que impide extender la de embargo ordenada y cuya suspensión se ha hecho constar en la finca embargada.»

Resultando que el Delegado de Hacienda interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que tanto el vigente Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968, como el anterior Estatuto de Recaudación, así como la Ley de Administración y Contabilidad, han venido regulando las garantías de que goza la Hacia-

da Pública para el cobro de las deudas fiscales; que tales garantías son en la actualidad, fundamentalmente, las siguientes: hipoteca legal tácita, hipoteca especial, relación de cobros, derechos de retención y afección; que la cobranza de la deuda fiscal, en relación con las citadas garantías, puede coincidir con el de terceras personas físicas o jurídicas, igualmente acreedoras del deudor común, con procedimientos ejecutivos individuales o universales; que, en el primer caso, cada procedimiento seguirá su trámite independientemente, sin que pueda pretenderse una graduación conjunta de créditos, sino de individualizados y preferentes derechos de cobro; que en los procedimientos universales, no obstante las garantías establecidas a favor de la Hacienda Pública, surge una abundante problemática acerca de la continuidad de la vía de apremio administrativo al margen o fuera de aquella universalidad; que en el caso de una suspensión de pagos en relación con un mandamiento de embargo administrativo por deudas fiscales, el procedimiento ejecutivo para la efectividad de la deuda fiscal no debe quedar paralizado porque se persigan bienes para el cobro de deudas no contempladas en los artículos 37 y 38 del Reglamento de 14 de noviembre de 1968, sino en el genérico artículo 40; que esto es así porque la recaudación en vía de apremio tiene carácter exclusivamente administrativo, según proclama el artículo 93 del citado Reglamento, y no puede suspenderse sino en los casos señalados en los artículos 190 y 191 de la mencionada disposición; que un Decreto de competencia de 11 de mayo de 1932 declaró que la providencia que admita una petición de suspensión de pagos no puede impedir que la Administración utilice para el cobro de las contribuciones y demás rentas públicas los procedimientos de carácter exclusivamente administrativo, puesto que no existe ningún precepto que disponga la suspensión de los mismos, ya se inicien antes o después de haberse dictado la providencia judicial prescrita en el artículo 9.º de la Ley de 26 de julio de 1922; que, por tanto, solicitada la suspensión de pagos, y mientras se sustancia su expediente, no se admite por el Juzgado ninguna pretensión incidental que tienda directa o indirectamente a impugnar la procedencia de la declaración judicial o aplazar su efectividad, quedando en suspenso los embargos y administraciones judiciales constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados y continuando, con igual prevención, los juicios ordinarios y ejecutivos hasta la sentencia, que no se ejecutará hasta que termine el expediente de suspensión; que todas estas prevenciones tienen por objeto defender por igual los derechos de todos los acreedores civiles, evitando que resulten especialmente favorecidos los más diligentes, sin que de los términos en que está redactado el artículo 9.º de la Ley de 26 de julio de 1922 pueda deducirse que en éste se comprendan los embargos acordados en vía de apremio administrativo, porque ni proceden de la vía judicial, ni con ello se pretende impugnar la declaración judicial de suspensión de pagos, ni aplazar su efectividad; que el apremio administrativo es independiente de la vía judicial y no puede suspenderse por esta autoridad, salvo en los supuestos del artículo 190 del Reglamento de 14 de noviembre de 1968, y por la autoridad y órgano a que se refiere su artículo 191, y que al desembocar la suspensión de pagos en un convenio de quita o espera, o ambas cosas a la vez, y no prever tales supuestos en relación con el contribuyente la legislación fiscal, es claro que la Hacienda Pública no puede ser afectada por lo establecido en la Ley de 26 de julio de 1922.

Resultando que el Registrador informó: Que al no ser los impuestos causantes del embargo ninguno de aquellos a los que la legislación hipotecaria y fiscal atribuyen la virtualidad de originar una hipoteca legal tácita a favor del Estado, la cuestión queda limitada a determinar la procedencia o improcedencia de la anotación de embargo a favor de la

Hacienda Pública por tributos no privilegiados con aquella hipoteca; que del mandamiento presentado en el Registro no resulta se hayan hecho las notificaciones a personas distintas del contribuyente deudor previstos en el Reglamento de Recaudación de 14 de noviembre de 1968 e Instrucción de Recaudación y Contabilidad de 29 de julio de 1969, sin que el suspenso, por su situación de incapacidad, pudiera realizar ningún pago sin el concurso de los Interventores o autorización del Juez; que las notificaciones, en el procedimiento de apremio fiscal a un deudor declarado en suspensión de pagos, debieron haberse hecho, a la vez, a su representación legal; que aunque no existieran los anteriores obstáculos, el mandamiento habría debido expresar que quedaría en suspenso la ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos, que no ha sido derogado por la vigente legislación fiscal; que no es competencia del informante determinar la prelación de créditos en una suspensión de pagos, pero debe tener en cuenta el número 2 de la regla 22 de la Instrucción de Recaudación, que otorga una tercería de mejor derecho cuando consten en el Registro derechos constituidos con anterioridad a la anotación de embargo a favor del Estado; que, conforme al número 2 del artículo 44 del Reglamento de Recaudación, los mandamientos recaudatorios tendrán, a todos los efectos, la misma virtualidad que los que emanan de la autoridad judicial, y en esta vía, la ejecución de la resolución que se adopte quedará en suspenso hasta que termine el expediente previsto en la Ley de 26 de julio de 1922, según dispone su artículo 9.º, salvo que se persigan bienes especialmente hipotecados o pignoratados, y que aunque tal suspensión de la ejecución puede parecer inoperante, dado el contenido del número 2 de la regla 49 de la referida Instrucción, si se analiza su contenido, resulta que su interpretación debe ser restrictiva por su carácter excepcional y, además, que el expediente de apremio tiene que ser previo a la suspensión, puesto que el párrafo 1.º dice que no se suspenderá, lo que supone su existencia anterior, y el 2.º, que los bienes embargados fiscalmente no se comprenderán en la masa de la quiebra, lo que implica, en su caso, que el embargo se ha practicado ya.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, por razones análogas a las expuestas por este funcionario en su informe, y el Delegado de Hacienda se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos.

Vistos los artículos 1.923 del Código Civil; 194 de la Ley Hipotecaria y 271 del Reglamento para su ejecución; la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922; 11 y 12 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado de 1 de julio de 1911; 71, 73, 132 y 136 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963; el Reglamento General de Recaudación de 11 de noviembre de 1968 y la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad de 24 de julio de 1969; la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1966, y las Resoluciones de este Centro de 15 de febrero de 1962, 14 y 26 de noviembre de 1968 y 14 de diciembre de 1971.

Considerando que este recurso plantea una cuestión idéntica, y entre las mismas partes, a la resuelta por este Centro directivo en la Resolución de 14 de diciembre de 1971, en la que declaró, de conformidad con los argumentos que en ella se recogen y en base a los fundamentos legales que se citan también en los presentes vistos, que no procede extender una anotación preventiva de embargo a favor de la Hacienda Pública, ordenada en procedimiento de apremio por falta de pago de impuestos, que al no recaer directamente sobre el inmueble inscrito, carecen de la condición de créditos singularmente privilegiados, y dado que en el Registro aparece que el contribuyente apremiado ha sido declarado en estado de suspensión de pagos, lo que trae consigo la situación de igualdad en que se encuentran todos los acreedores ordinarios, así como la paraliza-

ción de las acciones individuales y la suspensión de todos los embargos y administraciones judiciales, y, por tanto, aun dada la naturaleza cautelar y de garantía que el embargo supone, cabría estimar que la anotación podría realizarse con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de su derecho, pero sin que la misma permita llegar a la ejecución mientras no se haya terminado el expediente, salvedad que no se contiene en el mandamiento calificado.

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

5. *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de diciembre de 1971 («B. O. del E.» de 5 de febrero de 1972).*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Delegado de Hacienda de Alicante contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha capital, a extender una anotación preventiva de embargo, pendiente en este Centro, por apelación del recurrente.

Resultando que en expediente de apremio seguido contra don José Antonio Rubio Rodríguez para hacer efectivos diversos impuestos fiscales, el Recaudador de Contribuciones de la zona I de Alicante, con objeto de asegurar el pago de los créditos de la Hacienda, que ascendían a 344.940 pesetas, más 78.988 de recargos y costas, dirigió, por duplicado, mandamiento al Registrador de la Propiedad de la mencionada capital ordenando el embargo de dos fincas registradas que le pertenecían.

Resultando que el citado documento fue calificado con la siguiente nota: «No admitida la anotación de embargo a que se refiere el precedente mandamiento, uno de cuyos ejemplares queda archivado en el número 134, toda vez que, según la inscripción 43, que obra al folio 37 del libro 1.º de Incapacitados, aparece inscrita la declaración de estado de suspensión de pagos del deudor y propietario de las fincas embargadas, don José Antonio Rubio Rodríguez; anotación de suspensión que impide extender las de embargo ordenadas, y cuya suspensión se ha hecho constar en las fincas embargadas.»

Resultando que el Delegado de Hacienda de Alicante interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que tanto el vigente Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968, como el anterior Estatuto de Recaudación, así como la Ley de Administración y Contabilidad, han venido regulando las garantías de que goza la Hacienda Pública para el cobro de las deudas fiscales; que tales garantías son en la actualidad, fundamentalmente, las siguientes: hipoteca legal tácita, hipoteca especial, relación de cobros, derechos de retención y afección; que la cobranza de la deuda fiscal, en relación con las citadas garantías, puede coincidir con el de terceras personas físicas o jurídicas, igualmente acreedoras del deudor común, con procedimientos ejecutivos individuales o universales; que, en el primer caso, cada procedimiento seguirá su trámite independientemente, sin que pueda pretenderse una graduación conjunta de créditos, sino de individualizados y preferentes derechos de cobro; que en los procedimientos universales, no obstante as garantías establecidas a favor de la Hacienda Pública, surge una abundante problemática acerca de la continuidad de la vía de apremio administrativa al margen o fuera de aquella universalidad; que en el caso de una suspensión de pagos en relación con un mandamiento de embargo administrativo por deudas fiscales, el procedimiento ejecutivo para la efectividad de la deuda fiscal no debe quedar paralizado porque se per-

sigan bienes para el cobro de deudas no contempladas en los artículos 37 y 38 del Reglamento de 14 de noviembre de 1968, sino en el genérico artículo 40; que esto es así porque la recaudación en vía de apremio tiene carácter exclusivamente administrativo, según proclama el artículo 93 del citado Reglamento, y no puede suspenderse sino en los casos señalados en los artículos 190 y 191 de la mencionada disposición; que un Decreto de competencia de 11 de mayo de 1932 declaró que la providencia que admitía una petición de suspensión de pagos no puede impedir que la Administración utilice para el cobro de las contribuciones y demás rentas públicas los procedimientos de carácter exclusivamente administrativo, puesto que no existe ningún precepto que disponga la suspensión de los mismos, ya se inicien antes o después de haberse dictado la providencia judicial prescrita en el artículo 9.º de la Ley de 26 de julio de 1922; que, por tanto, solicitada la suspensión de pagos, y mientras se sustancia su expediente, no se admite por el Juzgado ninguna pretensión incidental que tienda directa o indirectamente a impugnar la procedencia de la declaración judicial o aplazar su efectividad, quedando en suspenso los embargos y administraciones judiciales constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignoralos y continuando, con igual prevención, los juicios ordinarios y ejecutivos hasta la sentencia, que no se ejecutará hasta que termine el expediente de suspensión; que todas estas prevenciones tienen por objeto defender por igual los derechos de todos los acreedores civiles, evitando que resulten especialmente favorecidos los más diligentes, sin que de los términos en que está redactado el artículo 9.º de la Ley de 26 de julio de 1922 pueda deducirse que en éste se comprendan los embargos acordados en vía de apremio administrativo, porque ni proceden de la vía judicial, ni con ello se pretende impugnar la declaración judicial de suspensión de pagos, ni aplazar su efectividad; que el apremio administrativo es independiente de la vía judicial y no puede suspenderse por esta Autoridad, salvo en los supuestos del artículo 190 del Reglamento de 14 de noviembre de 1968 y por la autoridad y órgano a que se refiere su artículo 191, y que al desembocar la suspensión de pagos en un convenio de quita o espera, o ambas cosas a la vez, y no prever tales supuestos en relación con el contribuyente la legislación fiscal, es claro que la Hacienda Pública no puede ser afectada por lo establecido en la Ley de 26 de julio de 1922.

Resultando que el Registrador informó: Que al no ser los impuestos causantes del embargo ninguno de aquellos a los que la legislación hipotecaria y fiscal atribuyen la virtualidad de originar una hipoteca legal tácita a favor del Estado, la cuestión queda limitada a determinar la procedencia o improcedencia de la anotación de embargo a favor de la Hacienda Pública por tributos no privilegiados con aquella hipoteca; que del mandamiento presentado en el Registro no resulta se hayan hecho las notificaciones a personas distintas del contribuyente deudor previstos en el Reglamento de Recaudación de 14 de noviembre de 1968 e Instrucción de Recaudación y Contabilidad de 29 de julio de 1969, sin que el suspenso, por su situación de incapacidad, pudiera realizar ningún pago sin el concurso de los Interventores o autorización del Juez; que las notificaciones en el procedimiento de apremio fiscal a un deudor declarado en suspensión de pagos debieron haberse hecho, a la vez, a su representación legal; que aunque no existieran los anteriores obstáculos, el mandamiento habría debido expresar que quedaría en suspenso la ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.º de la Ley de Suspensión de Pagos, que no ha sido derogado por la vigente legislación fiscal; que no es competencia del informante determinar la prelación de créditos en una suspensión de pagos, pero debe tener en cuenta e

número 2 de la regla 22 de la Instrucción de Recaudación, que otorga una tercera de mejor derecho cuando consten en el Registro derechos constituidos con anterioridad a la anotación de embargo a favor del Estado; que, conforme al número 2 del artículo 44 del Reglamento de Recaudación, los mandamientos recaudatorios tendrán, a todos los efectos, la misma virtualidad que los que emanan de la autoridad judicial, y en esta vía, la ejecución de la resolución que se adopte quedará en suspenso hasta que termine el expediente previsto en la Ley de 26 de julio de 1922, según dispone su artículo 9.º, salvo que se persigan bienes especialmente hipotecados o pignorados, y que aunque tal suspensión de la ejecución puede parecer inoperante dado el contenido del número 2 de la regla 49 de la referida Instrucción, si se analiza su contenido, resulta que su interpretación debe ser restrictiva por su carácter excepcional y, además, que el expediente de apremio tiene que ser previo a la suspensión, puesto que el párrafo 1.º dice que no se suspenderá, lo que supone su existencia anterior, y el 2.º, que los bienes embargados fiscalmente no se comprenderán en la masa de la quiebra, lo que implica, en su caso, que el embargo se ha practicado ya.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, por razones análogas a las expuestas por este funcionario en su informe, y el Delegado de Hacienda se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos.

Vistos los artículos 1.923 del Código Civil, 194 de la Ley Hipotecaria y 271 del Reglamento para su ejecución; la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922; 11 y 12 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado de 1 de julio de 1911; 71, 73, 132 y 136 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963; el Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968 y la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad de 24 de julio de 1969; la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1966, y las Resoluciones de ese Centro de 15 de febrero de 1962, 14 y 16 de noviembre de 1968 y 14 y 15 de diciembre de 1971.

Considerando que este recurso plantea una cuestión idéntica, y entre las mismas partes, a la resuelta por este Centro directivo en la Resolución de 14 de diciembre de 1971, en la que se declaró, de conformidad con los argumentos que en ella se recogen y en base a los fundamentos legales que se citan también en los presentes vistos, que no procede extender una anotación preventiva de embargo a favor de la Hacienda Pública, ordenada en procedimiento de apremio por falta de pago de impuestos, que al no recaer directamente sobre el inmueble inscrito carecen de la condición de créditos singularmente privilegiados, y dado que en el Registro aparece que el contribuyente apremiado ha sido declarado en estado de suspensión de pagos, lo que trae consigo la situación de igualdad en que se encuentran todos los acreedores ordinarios, así como la paralización de las acciones individuales y la suspensión de todos los embargos y administraciones judiciales y, por tanto, aun dada la naturaleza cautelar y de garantía que el embargo supone, cabría estimar que la anotación podría realizarse con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de su derecho, pero sin que la misma permita llegar a la ejecución mientras no se haya terminado el expediente, salvedad que no se contiene en el mandamiento calificado.

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

C) COMENTARIO.—Plantean las tres Resoluciones anteriores, que seguidamente pasamos a examinar, cuestiones similares a las que motivaron las Resoluciones de 15 de febrero de 1962 y 14 y 26 de noviembre de 1968, y como fundamental, «la de si puede practicarse una anotación

de embargo en el Registro de la Propiedad cuando en los libros del mismo figura ya anotada la suspensión de pagos del deudor embargado».

El criterio de la Dirección mostrado en los considerandos de las Resoluciones que se comentan es coincidente con el que mantuvo con anterioridad, si bien la solución que ofreció a la cuestión de fondo apuntada no se caracteriza por su uniformidad. Así, en la primera, de 15 de febrero de 1962, y respecto del problema de si es anotable en el Registro de la Propiedad, a favor de la Hacienda Pública, un embargo acordado por débitos procedentes del Impuesto sobre el Gasto en inmueble del que es titular la sociedad deudora, que aparece declarada en suspensión de pagos según los libros registrales, precisó la doctrina de que «no es obstáculo para practicarla la existencia de otra anotación judicial anterior, en que consta haberse admitido la solicitud de una empresa para que se declare a la misma en suspensión de pagos». Sin embargo, en la segunda y tercera de las citadas Resoluciones, de 14 y 26 de noviembre de 1968, ante el problema de si se puede practicar una anotación de embargo en el Registro cuando en los libros del mismo figura ya anotada la suspensión de pagos del deudor embargado, mantiene el tajante criterio de que «siendo esencial en la suspensión de pagos la situación de igualdad de los acreedores que no tengan el carácter de privilegiados, no puede practicarse en el Registro de la Propiedad una anotación de embargo cuando en los libros del mismo figura ya anotada la suspensión de pagos del deudor embargado».

De lo anterior resulta que los dos supuestos de hecho resueltos por la Dirección con diferente criterio no son análogos, sino coincidentes, pues entre ellos existen las siguientes diferencias:

1.ª En cuanto a la persona del acreedor que pide la anotación de embargo. En el primer caso se trata de la Hacienda Pública, y en el segundo, de una entidad privada. Ello plantea el problema de determinar el alcance del privilegio de la Hacienda Pública para el cobro y aseguramiento de sus créditos.

2.ª En el primer supuesto figura en el Registro la anotación judicial acreditativa de la solicitud de una empresa para que se la declare en estado de suspensión de pagos, mientras que en el segundo figura ya anotada en el Registro de la Propiedad la situación de suspensión de pagos del deudor embargado.

Estas variantes, en los supuestos planteados y resueltos por la Dirección General con diferente criterio, son las que vamos a examinar, ya que en el nuevo caso que ahora se presenta nos encontramos también ante la Hacienda Pública como acreedor que solicita la anotación de embargo y el subsiguiente problema de su privilegio, y ante una anotación que constata la declaración de suspensión de pagos en que ha recaído el contribuyente apremiado. Es decir, el supuesto contemplado por las tres Resoluciones que ahora se comentan puede considerarse como intermedio entre los ya resueltos con anterioridad por la Dirección General.

La primera cuestión a dilucidar es la de si el hecho de que la Hacienda Pública figure como acreedor obliga o no a atribuirle el carácter de acreedor privilegiado, y en caso afirmativo, si su privilegio consiste en que no pueda ser afectada por lo establecido en la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922.

La preferencia de la Hacienda Pública se recoge en los artículos 11 y 12 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado de 1 de julio de 1911, en el sentido de que en caso de concurrencia con otros acreedores tiene absoluta prelación sobre todos los demás, con excepción de los que lo sean de dominio y por prenda o hipoteca o cualquiera

otro derecho real debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda. Y aun para el cobro de la anualidad corriente y la última vencida de la Contribución Territorial tiene la Hacienda prelación sobre los créditos hipotecarios.

Señala TORRES DE CRUELLS (1) que en la suspensión de pagos la vigencia de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado puede venir alterada por las disposiciones de la Ley de 1922 que la contradigan, cuyo artículo 9, párrafo último, ordena la paralización de las ejecuciones individuales sin menoscabo del derecho de los acreedores privilegiados y de dominio al cobro de sus créditos (2).

De estos textos legislativos, precisa TORRES DE CRUELLS, se deduce que las preferencias fiscales se reducen en las suspensiones de pagos a los únicos conceptos de: Contribución Territorial de la anualidad corriente y de la anteriormente vencida y los otros impuestos del Estado, provincia y municipio corresponden a la última anualidad vencida y no pagada. Todos los demás devengos o impuestos y las contribuciones devengadas antes del año que preceda a aquel en que se solicite la suspensión de pagos no pueden apremiarse mientras este proceso esté en trámite.

La Dirección General, en las Resoluciones que se comentan, mantiene un criterio similar cuando señala que al no proceder los débitos fiscales por razón de los cuales se expidió el mandamiento calificado, de impuestos comprendidos en los artículos 194 de la Ley Hipotecaria y 12 de la de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, carecen de la condición de créditos singularmente privilegiados y, por tanto, sin perjuicio de la prelación que les pueda reconocer la legislación fiscal, tampoco gozan, a efectos del expediente de suspensión de pagos, de la facultad que establece el artículo 15 de la Ley de 1922 de abstenerse de acudir a la Junta para la aprobación del convenio.

En resumen, al no ser los impuestos causantes del embargo los que originan hipoteca legal tácita a favor del Estado, la Hacienda Pública habrá de esperar a que finalice el procedimiento de suspensión de pagos, encontrándose equiparada, a estos efectos, a los particulares.

Respecto de la segunda circunstancia—figurar anotada la declaración de suspensión de pagos con anterioridad a la presentación en el Registro del mandamiento de embargo—, viene a reforzar lo antes expuesto, pues el propio Reglamento y la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad de 24 de julio de 1969 establece, en la regla 49, que «el procedimiento de apremio no se suspenderá, aunque el deudor comerciante haya solicitado declaración de hallarse en suspensión de pagos...», y que «respecto de los bienes embargados en procedimiento de apremio *con anterioridad* a la declaración del concurso o de la quiebra del deudor, la Administración continuará la tramitación de aquél sin que dichos bienes puedan comprenderse en la masa del juicio universal correspondiente». Precepto que forzosamente nos conduce a la interpretación de que cuando figure anotada en los libros del Registro la suspensión de

(1) JOAQUÍN TORRES DE CRUELLS *La suspensión de pagos*, Bosch, Barcelona, 1957, página 324.

(2) El artículo 15, párrafo 3.º, de la Ley de Suspensión de Pagos señala que podrán abstenerse de concurrir a la Junta los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios, comprendidos en los números 1, 2 y 3 del artículo 913 del Código de Comercio, que, a su vez, remite a los artículos 1922, 1923 y 1924 del Código Civil, que con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor establecen que gozan de preferencia los créditos a favor del Estado sobre los bienes de los contribuyentes por el importe de la última anualidad vencida y no pagada de los impuestos que graviten sobre ellos; y que con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor gozan de preferencia los créditos a favor de la Provincia y el Municipio por los impuestos de la última anualidad vencida y no pagada, no comprendidos en el artículo 1923, número 1.

pagos debe proceder la paralización del procedimiento de apremio dirigido contra el suspenso, sin que la Administración pueda continuar su tramitación, y siempre que no se trate de créditos que atribuyan el derecho de abstención. Esta conclusión es la exigida por el artículo 9, apartado 4, de la Ley de Suspensión de Pagos, al establecer en garantía de los acreedores que «desde que se tenga por solicitada la suspensión de pagos, todos los embargos y administraciones judiciales que pudieren haberse constituido sobre bienes no hipotecados ni pignorados quedarán en suspenso y sustituidos por la actuación de los Interventores, mientras ésta subsista, con arreglo a las normas que señale el Juzgado» (3). Según se desprende de este precepto, son equivalentes solicitud y declaración de suspensión de pagos en cuanto a eficacia.

Pero la cuestión de fondo subsiste, es decir, la de si puede practicarse la anotación de embargo en el Registro de la Propiedad cuando resulte anotada la suspensión de pagos del deudor embargado, o lo que es lo mismo, si la anotación de suspensión de pagos lleva o no aparejada el cierre del Registro.

Como ya se hizo resaltar en el comentario a la Resolución de 14 de noviembre de 1968 (4), en la legislación hipotecaria la anotación de suspensión de pagos, recogida por el artículo 425 de la Ley, tiene por objeto la constancia de la modificación de la capacidad civil experimentada por el comerciante suspenso en cuanto a la libre disposición de sus bienes, circunstancia que reitera el artículo 142 del Reglamento Hipotecario, situado expresamente bajo el epígrafe de «incapacidad». Pero como ya se indicó en el citado comentario, no es propiamente la del suspenso una situación de incapacidad, sino también una limitación que afecta a todo su patrimonio en garantía de los acreedores, de ahí que no exista obstáculo registral para proceder a la práctica de la anotación de embargo decretada en juicio ejecutivo, que siempre estará supeditada a la anotación de suspensión de pagos anterior, equivalente en el fondo a un verdadero embargo de todo el patrimonio del comerciante suspenso. Esta supeditación creemos debe ser absoluta, en el sentido de que finalizada la situación de suspensión de pagos por convenio entre el deudor y los acreedores o por insolvencia definitiva —situación de quiebra—, la inscripción del convenio en el Registro, en cuanto se refiera a bienes inmuebles y derechos reales del deudor, y la conversión de la anotación de suspensión en anotación de quiebra, se antepondrán y gozarán de prioridad respecto de los embargos anotados con posterioridad a la anotación de suspensión, por exigirlo así los principios de nuestro sistema hipotecario y la finalidad perseguida por la Ley de 1922. De todos modos sería conveniente que el Registrador, al proceder a la práctica de la anotación de embargo, consigne al pie del mandamiento que la originó la existencia de la anotación de suspensión de pagos anterior y Juzgado ante el cual se sigue el procedimiento de suspensión de pagos, con el fin de que sirva de advertencia a la persona a cuyo favor se practica el embargo y al Juez que conozca de la ejecución individual.

E. F. C.

(3) Es consecuencia lógica derivada de la naturaleza jurídica de proceso de ejecución forzosa colectiva que tiene la suspensión de pagos, el que las ejecuciones forzosas individuales queden suspendidas. Esta prohibición de ejercicio de acciones ejecutivas individuales arrancan de la providencia de admisión de la solicitud prevista en el artículo 4 de la Ley, y lo que se paraliza según la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1899 con efecto de moratoria en la exigibilidad, es la ejecución de las sentencias "que es incompatible con el estado de suspensión de pagos".

(4) *Revista Crítica*, núm. 473, julio-agosto 1969, pág. 1055

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
ENRIQUE CALATAYUD LLOVET,
ELÍAS IZQUIERDO MONTORO Y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

II. DERECHOS REALES

ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS. NO APLICACION DE LA FE PUBLICA REGISTRAL A LAS SERVIDUMBRES APARENTES. CARACTER DECLARATIVO DE LA INSCRIPCION (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1970).

Hechos.—En la pared de una casa lindante con el jardín de otra existen huecos y ventanas en los pisos segundo y tercero de medidas superiores a las previstas en el artículo 581 del Código Civil, por concesión del entonces dueño del predio sirviente en documento privado de constitución de servidumbre. La persona a cuyo favor se constituyó la servidumbre no inscrita adquirió, según el Registro, la propiedad del predio dominante, por escritura otorgada siete años después de haber aceptado la servidumbre en el citado documento privado. Por su parte, el actual propietario del predio sirviente adquirió éste en subasta pública, como libre de cargas, según el Registro de la Propiedad.

El pleito se plantea porque el adquirente de la casa y jardín sobre los que están abiertos los huecos y ventanas demanda al propietario del predio dominante para que cierre todos éstos, negando la existencia de la servidumbre, o los adapte a las medidas y requisitos establecidos en el artículo 581 del Código Civil. El titular del predio sirviente alega, en favor de la existencia de la servidumbre, el documento privado de constitución de la misma.

Sin éxito el demandante en el Juzgado de Primera Instancia y en la Audiencia Territorial, interpone recurso de casación, alegando como motivos principales los siguientes: que como se trata de una servidumbre predial, no personal, el titular a cuyo favor se constituye debe ser propietario del predio dominante en el momento de constituirse la servidumbre, cosa que no ocurrió en el presente caso, como se desprende de certificación del Registro de la Propiedad, de la que resulta que adquirió dicha finca por escritura pública otorgada siete años después de la fecha de constitución de la servidumbre (motivos 1.º y 2.º); que como la servi-

dumbre predial es un bien inmueble, según el artículo 334, núm. 10, del Código Civil, y para la donación de bienes inmuebles se requiere, como forma *ad solemnitatem*, la escritura pública (art. 633 del Código Civil), la sentencia apelada ha cometido infracción de dichos artículos, pues el documento privado de concesión de servidumbre tiene carácter gratuito y es nulo por falta de forma (motivo 3.º); que como adquirió la finca en pública subasta, como libre de cargas, en procedimiento de ejecución hipotecaria, no conocía la existencia de la supuesta servidumbre, por lo que era tercero protegido por la fe pública registral (arts. 32 y 34 de la Ley Hipotecaria), sin que obste a ello la reiterada doctrina jurisprudencial sobre no aplicación de la fe pública registral en materia de servidumbres aparentes, ya que tal doctrina se basa en la presunción de que el tercer adquirente conoce la existencia de las mismas por su carácter ostensible, siendo posible, por tanto, destruir tal presunción y probar que se desconocía tal extremo, que es lo que ocurre en el presente caso (motivo 4.º).

Doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo.—Declara no haber lugar al recurso:

Considerando... que... dado que en nuestro sistema registral no tiene la inscripción valor constitutivo, en el que en la indicada inscripción se haga referencia a la escritura pública de compraventa, otorgada en 11 de febrero de 1932 (que sirvió de título al dueño del predio dominante para inscribir su adquisición), no desvirtúa en forma alguna que en 21 de septiembre de 1925 fuere propietario de dicha finca, aunque sin título inscrito o público; como del conjunto de la prueba practicada deduce el Juzgador de instancia.

Considerando que el documento privado de constitución de servidumbre no puede equipararse a una donación, pues contenía una autorización para abrir huecos con ciertas restricciones, consecuente a determinadas concesiones al autorizante, como se afirma en la contestación a la demanda y no se contradice por el actor, por lo que no es aplicable a este caso el artículo 633 del Código Civil.

Considerando que, si cual se afirma en la sentencia recurrida y no se ha combatido en el recurso, «el promotor del pleito de que nos ocupamos conocía la realidad extra-registral, distinta de la que la inscripción consigna», a más de ser reiterada la doctrina de esta Sala sobre que si los signos de las servidumbres son ostensibles e indubitados, su apariencia exterior les atribuye una publicidad equivalente a la inscripción, surtiendo efecto contra el adquirente del inmueble, aunque no resulte del Registro la existencia de la servidumbre, circunstancias que al concurrir en las que motivan la litis, como se desprende de la descripción que de los huecos en que se plasma se hace por el actor en su demanda, es obvio que al no atribuir el Tribunal de Instancia al actor la condición de tercero hipotecario amparado por la inscripción registral de libertad de gravamen de su fundo, resolvió correctamente, dadas las características del supuesto fáctico contemplado, y en todo conforme a cuanto disponen los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, desestimándose, consecuentemente, el cuarto de los motivos, al denunciarse la aplicación indebida de los mencionados artículos.

Comentario.—Dos aspectos cabe destacar en el caso resuelto por esta sentencia, uno de los cuales tiene relación con el principio de fe pública registral, y el otro, con el principio hipotecario de legitimación. Los estudiaremos por separado.

a) Primer aspecto: la fe pública registral y las servidumbres aparentes.—En principio, la sentencia está dentro de la línea seguida por el Tribunal Supremo, que mantiene en reiteradas sentencias no ser necesario que las servidumbres aparentes consten inscritas en el Registro para que afecten a terceros, pues por su ostensibilidad tienen publicidad equivalente a la de la inscripción (véase la cita de sentencias que hace ROCA SASTRE en la página 626, tomo I, de su *Derecho Hipotecario*, 5.ª edición).

Pero interesa destacar el matiz específico que el presente supuesto puede aportar en el futuro a la doctrina legal del Tribunal Supremo, actualmente consolidada.

En el presente caso, el predio sirviente, gravado con servidumbre aparente de luces y vistas, había sido adquirido en subasta judicial, en procedimiento de ejecución hipotecaria, en el que constaba la finca como libre de cargas, según el Registro de la Propiedad.

El adquirente del inmueble, ahora recurrente, argumentó, para demostrar que el signo aparente de servidumbre no le debía afectar, por no resultar de la inscripción, en la forma siguiente: «Es preciso profundizar—dice en el cuarto motivo del recurso—sobre las razones que mueven a este Tribunal a aplicar tal doctrina de la publicidad por los signos aparentes; que es evidente que la doctrina jurisprudencial de no aplicación de la fe pública registral en materia de servidumbres aparentes no hace sobre la presunción de que, dado su carácter ostensible, el tercer adquirente conocía su existencia y, por ende, carece del requisito de buena fe, entendido éste como *desconocimiento de la realidad extrarregistral*, o dicho con palabras semejantes: la excepción de fe pública registral en caso de servidumbres aparentes no es sino aplicación de la doctrina de la mala fe hipotecaria, unida a la presunción de que el tercero conoce la existencia de la servidumbre; pero por esta razón, si en un determinado caso concreto el tercer adquirente de un inmueble desconoce la existencia de la servidumbre, no puede aplicarse tal doctrina jurisprudencial, pues falta por completo la base en que se sustenta.»

Ante esta argumentación del recurrente cabe preguntar, antes de analizar la reacción del Tribunal Supremo, cómo reaccionarían los autores. NÚÑEZ LAGOS, por ejemplo, citado y aceptado su criterio (al no contradecirlo) por ROCA SASTRE (pág. 626, *obra citada*), dice que «cuando una servidumbre es ostensible y pública por signos externos, objetivos, materiales y evidentes no puede ser desconocida por el tercero y, por tanto, no perjudica como si estuviere inscrita. No es problema de conocimiento efectivo. Aunque demostrara el tercero su absoluta ignorancia, le perjudicaría la carga extrarregistral. De la jurisprudencia recaída sobre estas servidumbres en relación con el Registro se puede apreciar que el problema se centra en los conceptos de publicidad y de carga oculta: no en el principio de buena fe, y no se trata de que el tercero *de facto* desconozca o ignore la existencia de la servidumbre (principio de buena fe), sino de que por lo ostensible y público de la servidumbre o derecho no puede aquél alegar ignorancia excusable (principio de publicidad).»

Extraña esta tesis tan tajante de los autores, equiparando la publicidad registral y la incipiente publicidad de signos materiales externos, como si estuviéramos en las primeras épocas de la historia de la publicidad inmobiliaria. Está bien que se dé relevancia a los signos aparentes de servidumbre, a pesar de que ningún texto legal los excluye del ámbito de la fe pública registral, pero de esto a configurar una publicidad contra la que no cabe alegar ignorancia hay mucha distancia. Piénsese en una serie de casos en que falta el contacto directo y material del comprador con la finca en el momento de la compra (adquisición por residentes en el extranjero, subastas públicas, organismos que se mueven sólo

a base de los datos del Registro de la Propiedad, etc.). Resulta excesivo no admitir que en estos casos pueda ser alegada la buena fe, aportando una serie de datos (domicilio, lugar de la venta, apertura de ventanas en momento inmediatamente anterior a la compra, etc.) que reunidos pueden llevar al convencimiento del Juzgador que existía ignorancia excusable de la existencia de la servidumbre.

Creo que la reiterada doctrina jurisprudencial es una doctrina construida para «andar por casa», en el sentido de que sirve para los frecuentes casos de transmisiones operadas entre vecinos o personas que por una u otra conexión con el lugar de situación de la finca han tenido claramente posibilidad de conocer todos los signos y circunstancias físicas que rodean al inmueble. Pero para ciertos casos de compras que antes se han indicado, en que se trata de «andar fuera de casa», la doctrina jurisprudencial conviene que sea matizada, en lugar de ser elevada a principio inflexible, y conviene también que no sea generalizada. Porque en otro caso resultaría que se fomentaría las cargas ocultas, pues así habría de ser calificada (como carga oculta) una servidumbre aparente no inscrita, que por la rapidez de la operación o por desconexión de ésta con el lugar de situación no ha podido ser conocida. Y es que las ventanas se abren para que se pueda ver el exterior desde ellas, y no para que los que viven en lugares distantes tengan que ver necesariamente dichas ventanas.

Con ello no critico la doctrina jurisprudencial, sino la postura tajante de los autores, que no admiten excepciones ni matizaciones, en ningún caso, de la doctrina de la publicidad de los signos aparentes.

Precisamente la sentencia que comentamos, aunque sigue la línea general de las anteriores, contiene una cierta matización de la cuestión, pues contesta al recurrente diciendo que «el promotor del pleito conocía la realidad extra registral». Es decir, no le contesta, como harían los autores, diciéndole que no cabe alegar ignorancia, sino que en el presente caso ha quedado probado que conocía los signos aparentes de servidumbre. Ciertamente, se trata de una matización muy pequeña, pues a renglón seguido, la propia sentencia refuerza su tesis trayendo a colación la doctrina jurisprudencial reiterada, pues añade: «A más de ser reiterada la doctrina de esta Sala sobre que si los signos de las servidumbres son ostensibles e indubitados, su apariencia exterior les atribuye una publicidad equivalente a la inscripción.»

b) Segundo aspecto: la legitimación registral y la cuestión de presunción de integridad del Registro de la Propiedad.—El principio de legitimación registral se define normalmente como un principio de presunción de exactitud y existencia de lo que consta inscrito, salvo prueba en contrario; en cambio, se ha discutido si puede añadirse, como contenido de tal principio, la idea de presunción de integridad, consistente en afirmar que lo no inscrito en el Registro se presume que no existe, mientras no se pruebe lo contrario. La exposición de motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944 da a entender que «sí cuando dice que «el Registro se presumirá exacto e íntegro mientras judicialmente no se declare lo contrario». Entre los autores, la mayoría entiende que no cabe mantener en nuestro sistema la presunción de integridad del Registro. Así, ROCA SASTRE (que dice: «El contenido del Registro no sirve para presumir a base de su silencio que un determinado derecho no ha existido», pág. 377). Y LACRUZ dice que «el hecho de que el Registro nada diga del derecho de una persona no funda ninguna presunción, expresa WESTERMANN, y *a fortiori* ha de ocurrir también así en nuestro sistema, en el que los derechos reales nacen fuera del Registro sin necesidad de la inscripción».

Otros autores (CHICO y BONILLA) defienden la idea de presunción de

integridad, basándose en la frase de la exposición de motivos antes citada, en la frase del artículo 38, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria: «en la forma determinada en el asiento respectivo» y en el paralelismo de identidad de ámbito entre el principio de legitimación y el de fe pública registral.

Por mi parte, estimo que parecen extremas ambas opiniones. La tesis mayoritaria choca no sólo con las alusiones de la exposición de motivos, sino, sobre todo, con la frase del artículo 38, «se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a «*el titular en la forma determinada por el asiento respectivo*», ya que si el asiento respectivo dice que el dominio está libre de derechos reales, correlativamente ello supondrá presumir que los derechos reales no inscritos no existen mientras no se demuestre lo contrario.

En cuanto a la opinión de CHICO y BONILLA, creo que no puede ser aplicado el principio de presunción de integridad a todos los casos, concretamente, a la inexistencia del derecho de propiedad no inscrito, pues si no consta inscrito el dominio no cabe decir que se presume que no existe, basándose en la frase citada del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, pues como no existe asiento, no puede presumirse nada, ni positivo ni negativo, alegando la supuesta forma determinada en el mismo (!); respecto a la exposición de motivos, no es vinculante, y en cuanto a la identidad de ámbito entre el principio de legitimación y fe pública, no es admisible, pues tienen ámbito distinto (así, circunstancias fácticas, que ampara el principio de legitimación y no el de fe pública).

Creo que la presunción de integridad debe ser admitida respecto a la inexistencia de los derechos reales no inscritos siempre que conste inscrito el dominio, pues entonces resulta correlativo el principio de presunción de veracidad del asiento, que publica el dominio como libre, con el principio de presunción de integridad, que presume que no existen supuestos derechos reales que graven el dominio. En los demás casos, no.

En el caso de la sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo no admitió la presunción de integridad, basándose en que la inscripción no tiene valor constitutivo, si bien hay que reconocer que luego da a entender que del conjunto de la prueba practicada dedujo el Juzgador de instancia la existencia del derecho de propiedad por parte del titular registral con anterioridad a la fecha del título que motivó la inscripción, por lo que también cabría pensar que la sentencia no admite en este caso la presunción de integridad por haber quedado destruida por la prueba en contrario, no porque, en general, no pueda ser admitida. Pero más bien me inclino por lo primeramente dicho.

TERCERÍA DE DOMINIO: NO RESPONDEN LOS BIENES GANANCIALES POR UN AVAL CONTRAÍDO POR EL MARIDO SIN EL CONSENTIMIENTO DE SU ESPOSA (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1971).

Hechos.—En autos ejecutivos se embargaron bienes pertenecientes a la sociedad conyugal formada por A. A. M. y la actora en la tercería de dominio, I. G. G., por responsabilidades procedentes de haber presionado a A. A. M. aval a favor de F. L. en tres letras de cambio libradas por J. L. L., importantes en junto 1.324.000 pesetas, sin contraprestación sin consentimiento de su esposa.

La citada esposa, I. G. G., interpone demanda de tercería de dominio contra su esposo y contra el librador, J. L. L., suplicando se declare que no de la propiedad de la sociedad de gananciales los bienes embargados en el juicio ejecutivo instado por J. L. L. contra A. A. M. y F. L., dejando sin efecto los embargos decretados contra los mismos, para lo que se

expedirá mandamiento por duplicado a los señores Registradores de la Propiedad correspondientes, disponiendo la cancelación de las anotaciones practicadas como consecuencia del juicio principal.

El Juzgado de Primera Instancia de Valencia desestimó la demanda, en sentencia que fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, que estimó totalmente la demanda.

El demandado, J. L. L., librador, interpone recurso de casación, alegando no aplicación del número 1.º del artículo 1.408 del Código Civil, en relación con el artículo 59 del mismo Código, pues conjuntando ambos preceptos se tendrá que en toda sociedad de gananciales de la que es administrador el marido, las deudas y obligaciones (entre las que se encuentra un aval) contraídas por él, vigente el matrimonio, están a cargo de la sociedad de gananciales, máxime teniendo en cuenta que el aval no es un negocio gratuito (pues produce derechos a favor del avalista), que es un negocio mercantil y que A. A. M. es comerciante, por lo cual no necesita el consentimiento de su esposa para prestarlo ni para que respondan los bienes gananciales.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo declara no haber lugar el recurso, destacando por su doctrina sustantiva el considerando primero de la sentencia, según el cual, a pesar de «la generalidad de los términos del número 1.º del artículo 1.408, a cuyo tenor 'serán de cargo de la sociedad de gananciales todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido', habida cuenta de las rigurosas limitaciones a que está sujeto su poder de disposición a título lucrativo (art. 1.415) y del texto del párrafo primero del artículo 1.413, según el cual 'el marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá obligar, a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales', debe entenderse que salvo en el supuesto de donación obligacional aludido en el artículo 1.409, como todos los citados, del Código Civil, los bienes de dicha comunidad no responden de las obligaciones contraídas a título gratuito por el marido, razón por la que debe ser desestimado el motivo primero».

TERCERIA DE DOMINIO: EL PODER AMPLISIMO DADO POR EL TERCERISTA PARA EXPLOTAR UN NEGOCIO NO ACREDITA EL DOMINIO DEL MISMO, SI DEL CONJUNTO DE LAS PRUEBAS RESULTA SER DUEÑO DEL NEGOCIO EL APODERADO (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1971).

Hechos.—Doña Juana C. P. otorgó en el año 1951 poder notarial a favor de su hermano, Jeremías C. P., facultándole para que arrendara un determinado local de negocio y rigiera el mismo, figurando los diferentes impuestos, Seguros Sociales, etc., a nombre del apoderado, hasta una fecha próxima a que se decretara el embargo del establecimiento por deudas del apoderado, a instancia del acreedor, Jesús C. S. Doña Juana C. P. interpone demanda de tercera de dominio, alegando la citada escritura de poder, entre otros documentos, pero el demandado, Jesús C. S., se opone, por considerar tal poder como un artificio o maniobra para procurar al apoderado «una patente de libre circulación jurídica para meterse en toda clase de negocios, amparado de una supuesta insolvencia».

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de tercera en vista de las pruebas practicadas, siendo confirmada su sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la tercerista, por error de hecho en la apreciación de las pruebas y viola-

ción del artículo 348 del Código Civil, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

Considerando... que declarado por la sentencia como hecho, que con gran anterioridad a 1951, fecha en que se otorgó por la tercerista el poder a favor de su hermano codemandante, el establecimiento mercantil objeto de embargo pertenecía y era explotado por este último, y apoyada su declaración sobre estos extremos en un conjunto de documentos oficiales e incluso en la liquidación practicada por el administrador judicial con el embargado, de lo que aparece el reconocimiento por éste de su condición de propietario del establecimiento, ha de concluirse declarando que los documentos en que el recurrente se apoya carecen del carácter de auténticos al haber sido objeto de examen e interpretación por el Tribunal sentenciador.

Considerando. que al suponer la tercería de dominio, de acuerdo con la doctrina de esta Sala, el ejercicio de una acción reivindicatoria, ha de cumplir para su éxito los requisitos que de manera reiterada exige dicha doctrina, entre ellos la de que el actor acredite que tiene justo título de dominio, que en este caso falta de acuerdo a los anteriores razonamientos.

RETRACTO DE COMUNEROS: COMPUTO DE PLAZO DE LA ACCION DE RETRACTO (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1971).

Hechos.—Realizada la venta de una cuarta parte indivisa de una casa sita en Ciudad Real, dos de los condóminos ejercitan la correspondiente acción de retracto de comuneros, manifestando haber tenido conocimiento de la venta y del precio de 200.000 pesetas unos días antes de la interposición de la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia de Ciudad Real desestima la demanda, siendo revocada su sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete, que estimó totalmente la demanda de retracto, por entender ejercitada dentro del plazo legal del artículo 1.524 la acción de retracto.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandado, que alega la caducidad de la acción de retracto, pues los condóminos tenían conocimiento anteriormente de la venta efectuada, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, confirmando la sentencia de la Audiencia, por lo siguiente:

Considerando que... la interpretación hecha por el Juzgador del artículo 1.524 del Código Civil se ajusta exactamente a la reiterada doctrina de este Tribunal, que exige, para enervar la acción de retracto por caducidad del plazo de viabilidad, que el retrayente conozca en momento oportuno, cabal y completo no sólo la venta, sino todas sus condiciones, sin que baste la mera noticia de haberse ésta efectuado (sentencias de 31 de octubre de 1953 y 6 de mayo de 1961), razones que determinan la desestimación del primer motivo.

Considerando que... aunque, según el recurrente, «existieron gestiones entre las partes de este pleito con intervención de mediadores, para buscar una solución amistosa al problema planteado por la compra», ha de oponerse que, según la sentencia de esta Sala de 22 de marzo de 1962, del hecho de existencia de gestiones encaminadas a transigir y avenirse no se deduce inexcusablemente que el demandante supiera el precio y todas las demás circunstancias de la compraventa, y este conoci-

miento completo y cabal es el que exige la constante jurisprudencia para que empiece a correr el plazo de viabilidad que la Ley otorga a la acción de retracto, razones que determinan la desestimación del motivo y con ella la del recurso, con las consecuencias que ordena el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Comentario.—Esta sentencia, continuando la doctrina de las sentencias de 30 de octubre de 1953, 6 de mayo de 1961 y 22 de marzo de 1962, establece que «para enervar la acción de retracto por caducidad se exige que el retrayente tenga conocimiento cabal y completo no sólo de la venta, sino de todas sus condiciones, sin que baste la mera noticia de haberse ésta efectuado.

En el comentario que se hizo de la sentencia de 27 de noviembre de 1969 (véase en esta misma Revista el número 478, mayo-junio de 1970, página 791) se llegó a la conclusión de que lo que debe tomarse en consideración para el cómputo de la acción de retracto es la fecha de conocimiento de la transmisión real de la propiedad, más que la fecha de conocimiento del título obligacional.

Con la presente sentencia parece que quedan desvirtuados los argumentos expuestos en aquel comentario, pues aquí se centra la cuestión en el conocimiento (completo, eso sí) del título obligacional, sin aludir para nada al conocimiento de la tradición.

Sin embargo, se estima que la *ratio decidendi* de esta sentencia no afecta a la teoría mantenida en aquel comentario, siendo perfectamente compatibles ambas tendencias. Y es que no se planteó esa cuestión en el recurso, pues el recurrente es el comprador afectado por la acción de retracto, y solicitaba la caducidad de ésta por considerar como cómputo de plazo de la acción la fecha del conocimiento general de la venta. El Tribunal Supremo, ante este acotamiento de la cuestión, resuelve más bien en forma negativa, como estableciendo lo siguiente: no existe caducidad de la acción de retracto porque no puede tomarse como cómputo de plazo lo que el recurrente considera como tal (tener una simple noticia de la venta).

Desde luego se reconoce que esta sentencia es indiciaria de una tesis contraria a la mantenida en el citado comentario, pero se insiste en que la *ratio decidendi* del fallo de esta sentencia no se centra propiamente en la cuestión allí planteada, ya que en el recurso no se alegó para nada el problema del conocimiento o desconocimiento de la tradición, entre otras cosas, quizá, porque en el presente caso la venta se hizo en escritura pública, que, como es sabido, lleva consigo la tradición instrumental, en principio.

Se estima, por tanto, que a pesar de las declaraciones de esta sentencia no puede todavía someterse a silencio la tesis mantenida en aquel comentario, pues para ello sería necesario, partiendo del punto de vista de tomar como base de un fallo la *ratio decidendi* del mismo, que se diera uno de estos dos supuestos: 1.º O que en un recurso en que el recurrente fuera el retrayente, éste alegara que su acción no había caducado, pues no conoció la adquisición de la propiedad hasta que tomó posesión de la cosa el comprador (tradición), a pesar de que conocía el compromiso obligacional de venta en documento privado, y la supuesta sentencia del Tribunal Supremo concluyera que hubo caducidad, entendiéndose que el plazo debe contarse desde el conocimiento cabal y completo de la venta, no desde el conocimiento de la adquisición por tradición. En tal supuesto se ventilaría la cuestión planteada en el repetido comentario y la *ratio decidendi* de la sentencia sería contraria a esa tesis. 2.º O bien que en un recurso en que el recurrente fuera el comprador afectado por el retracto éste alegara no la caducidad de la acción de retracto, sino el no nacimiento de la misma, por no haberse produ-

cido todavía la tradición a su favor, y la supuesta sentencia del Tribunal Supremo dijera que la acción de retracto surgió desde el conocimiento de la venta con independencia de la tradición. También, en este otro supuesto se ventilaría el tema referido y la solución constituiría la *ratio decidendi* de la sentencia.

Ninguno de estos dos supuestos se dan en el presente recurso, en el que la sentencia del Tribunal Supremo, como queda dicho, resuelve una cuestión de caducidad en forma negativa, estableciendo con motivo de dicha solución unas afirmaciones o ideas positivas sobre el cómputo de plazo que separadas del caso concreto, rayan en los *obiter dicta*.

No obstante, queda abierta esta cuestión a otra opinión, para lo que se han insertado los aspectos más importantes de los considerandos de la sentencia en el resumen de la misma.

**NO FEHACENCIA DE LA FECHA DE UN DOCUMENTO PRIVADO
ALEGADO EN UNA TERCERIA DE DOMINIO ANTE EL EMBARGO
TRABADO SOBRE UNA FINCA (SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1971).**

Hechos.—Ante el embargo trabado sobre un inmueble a instancia del Banco acreedor «X», se interpone recurso de tercera alegando no ser la finca propiedad del embargado, sino del tercerista demandante, por haberla adquirido en documento privado de fecha anterior al embargo, justificando este extremo por una certificación del Banco «Y», que había concedido un crédito al tercerista en base a dicho documento. Desestimada la pretensión del actor en el Juzgado de Primera Instancia y en la Sala de lo Civil de la Audiencia, se interpone recurso de casación por violación de los artículos 1.225 y 1.227 del Código Civil, que se refieren al valor de los documentos privados.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso y precisa que la cuestión debatida en el pleito no afecta al artículo 1.225 del Código Civil, pues no es el valor del documento privado entre los que lo suscribieron lo que ahora se plantea, sino «la certeza de la fecha del mismo respecto a terceros en torno al alcance del artículo 1.227 del Código Civil», para saber «si puede darse como hecho indubitado el de la propiedad del inmueble con anterioridad al embargo trabado sobre el mismo». Y en este aspecto, la sentencia recurrida no cometió la infracción denunciada respecto al artículo 1.227 del Código Civil, ya que llegó a la conclusión de que faltaban pruebas que pudieran acreditar la veracidad de la fecha del documento, «faltando en todo caso las prevenciones del citado artículo 1.227 del Código Civil», pues no dio trascendencia a la certificación expedida por el Banco «Y» sobre la existencia y fecha del documento privado.

Comentario.—Esta sentencia se encuentra en la línea de las que, en base a los preceptos legales, niegan fehacencia respecto a terceros a la fecha de aquellos documentos privados que no se encuentran en ninguno de los tres casos prevenidos por el artículo 1.227 del Código Civil. Es cierto que en alguna ocasión el Tribunal Supremo se mostró partidario de ampliar a algún otro supuesto lo establecido en el citado artículo, como ocurrió en el caso de la sentencia de 10 de enero de 1929 y en el de la sentencia de 30 de enero de 1958, que sentaron la doctrina de que «los supuestos especificados en el artículo 1.227 no forman un número cerrado», pudiendo admitirse la fehacencia de la fecha en otros casos de veracidad indudable en que no existe ninguna sospecha de falsedad o simulación (ejemplo: los libros de Comercio llevados con perfecta

regularidad). Pero tal doctrina sólo puede admitirse con muchas reservas y en casos muy excepcionales. Por ello, en el presente caso se niega fehacencia a la fecha del documento, a pesar de existir una certificación de un Banco en relación con dicho documento, y ello es lógico, pues un Banco no puede considerarse como un Registro público, ni su personal tiene el carácter de funcionario público a quien por razón de su oficio se entreguen los documentos. La solución de esta sentencia resulta indiscutible a la vista del artículo 1.227 y del principio de seguridad jurídica, y sólo resta añadir que la simple lectura del caso expuesto y de la solución del Tribunal Supremo podría servir de escarmiento a quienes utilizan todavía como forma normal de documentar sus adquisiciones la privada e incluso a los que se atreven a conceder créditos en base sólo a documentos privados, como ocurrió en el presente caso al Banco «Y».

ACCION REIVINDICATORIA. POSESION DE MALA FE. PRECARISTA
(SENTENCIA DE 5 DE ENERO DE 1972).

Hechos.—El actor solicita se declare su derecho de propiedad sobre tres parcelas y se le restituya la posesión material por el que posee sin título alguno y con mala fe, con el consiguiente efecto de ésta respecto a los frutos y gastos. Estimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, es apelada la sentencia por el demandado ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, pero ésta confirma la sentencia.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandado, por infracción del artículo 453 y del 433 en relación con el 434 del Código Civil, alegando su posesión de buena fe, por ser precarista que usa de su derecho de retención frente al propietario, que no le satisface los gastos de mejora hechos en las parcelas, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

Considerando, en cuanto a la violación de la doctrina del artículo 453 del Código, que es desestimable, por no respetar los hechos de la sentencia, que con vista del resultado de las pruebas lo considera poseedor de mala fe, por aceptación de los considerandos cuarto y quinto de la sentencia de primer grado, y sin atacar tal declaración ni por error de hecho ni de derecho, el recurrente, en contra de la declaración de la Sala, se titula poseedor de buena fe y en ello funda la infracción acusada, por lo que resulta obligada la desestimación del motivo.

Considerando, en cuanto a la violación del artículo 433 en relación con el 434, que a partir del mismo supuesto de la buena fe negado por la sentencia y no impugnado de modo eficaz, se impone también su desestimación, y con ella, la del recurso, con sus naturales consecuencias de imposición de costas y pérdida del depósito constituido.

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO. PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA
(SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1971).

Hechos.—La acción declarativa de dominio, por título de usucapión, de una parcela próxima a la zona marítima, contra un Ayuntamiento, fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia y confirmada por la Audiencia Territorial. El recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento demandado se apoya fundamentalmente en que tal parcela es

de dominio público, figurando en el Catastro a nombre del Estado, y como éste no ha sido demandado en el pleito, falta el requisito de litisconsorcio pasivo, y además se basa en que se ha desconocido el artículo 444 del Código Civil, pues se realizaron también actos de posesión en la finca por el Ayuntamiento y otras personas, con conocimiento del actor, por lo que debe quedar enervada la prescripción extraordinaria del actor.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, sin tener en cuenta para nada la alusión a la «inscripción catastral a favor del Estado», que alegaba el Ayuntamiento, pues otra cosa hubiera sido equiparar el Catastro al Registro de la Propiedad, en opinión del anotador de esta sentencia, y sin tener tampoco en cuenta la alegación del artículo 444, declara no haber lugar al recurso, por las razones siguientes:

Considerando que la sentencia recurrida declara probado, por apreciación conjunta de la practicada, que el terreno reclamado está comprendido dentro de la parcela de la actora, que se ha formado con el desagüe de la finca «El Molino» y que no es de dominio público, porque no está dentro de la zona marítima terrestre, y que ha llegado a constituir un terreno firme, superpuesto a la marisma primitiva.

Considerando que no atacada tal declaración, hace precisa la desestimación del motivo que trata de imponer el particular criterio de la parte recurrente de que se trata de un bien de dominio público.

Considerando que por no haber tampoco atacado las declaraciones relativas a la adquisición por parte de la actora recurrida de la propiedad de la parcela, por la prescripción del artículo 1.959 del Código Civil, se impone respetarlos y desestimar el motivo 3.º, por aplicación indebida del artículo 444 y 1.959 del Código Civil, pues también hace superpuesto de la cuestión, en cuanto discute, sin haberla atacado de manera eficaz, la apreciación de la posesión a título de dueño de la actora y la mera tolerancia de los hechos que personas ajenas hayan podido realizar en dicha parcela, todo lo que hace obligada la desestimación del recurso, con las consecuencias que le son anejas.

J. M. G. G.

III. CONTRATOS

Resolución del contrato de compraventa. Aplicación del artículo 1.504 del Código Civil. Ineficacia de la consignación realizada con posterioridad al plazo concedido en el requerimiento notarial. Valor de la transacción (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1970).

Los demandantes, don V. V. B. y don V. M. S., formulando demanda, alegando sustancialmente:

Que por medio de escritura pública adquirieron una finca urbana, practicándose la inscripción de la misma a su favor en el Registro de la Propiedad. El citado edificio fue derribado y se proyectó la construcción de un edificio nuevo sobre el solar resultante. Los demandantes y los demandados, D. F. y G. C. L., habían celebrado un contrato de transacción, aprobado jurídicamente, por el que se concedía a estos últimos un derecho de opción de compra de determinados locales en el nuevo edificio que se iba a construir, fijándose los precios y fechas en que debía realizarse el pago.

En la contestación a la demanda se aclara que la transacción se realizó para poner fin a determinados pleitos pendientes, como consecuencia de ser los demandados arrendatarios de varios locales en el edificio que se iba a derribar.

Concluidas las obras y entregados los locales, ante la falta de pago del precio en el tiempo convenido se requirió a los demandados notarialmente, concediéndoles un plazo de cuarenta y ocho horas, sin que por éstos se realizara el pago.

Terminaban suplicando la resolución del contrato y los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

Los demandados se opusieron a la demanda y plantearon reconvencción alegando: Que en el contrato transaccional se convino que los demandantes podrían hipotecar los locales, en cuyo caso la cantidad de que respondiera cada piso se deducía del precio de compra subrogándose los compradores en la hipoteca, por lo que, previamente al pago, debía practicarse la oportuna liquidación. Que igualmente debía deducirse del precio el importe de la instalación eléctrica, según se convino en la transacción, y, por fin, que en todo momento habían ofrecido el pago a los vendedores siempre que se hiciera la liquidación previa. Se consignó la cantidad reclamada y se suplicó que se condenara a los demandados a recibir el precio, previa la oportuna liquidación, y a otorgar la correspondiente escritura pública.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción. La Audiencia Territorial confirmó el fallo de Primera Instancia.

Se interpuso recurso de casación basándose en los siguientes motivos, que únicamente enunciamos:

1.º Infracción por violación o falta de aplicación de la doctrina legal relativa a los «actos propios».

2.º Infracción por violación o falta de aplicación del artículo 1.816 del Código Civil.

3.º Error de derecho en la apreciación de la prueba, resultante de documentos auténticos.

4.º Error de derecho en la apreciación de la prueba, infringiendo por violación el artículo 1.218 del Código Civil.

5.º Infracción, por interpretación errónea, del artículo 1.504 del Código Civil.

6.º Infracción por violación o falta de aplicación del artículo 1.176 del Código Civil.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Manuel González Alegre, declara no haber lugar al recurso, basándose para ello en los siguientes considerandos, que resumimos:

Considerando que los motivos primero y segundo plantean problemas que no fueron propuestos y debatidos en trámite de instancia, máxime cuando en relación al motivo segundo no aparece fuere puesta en duda en la litis la fuerza vinculante que para las partes tenía y alcanzó la referida transacción, por lo que siendo cuestión nueva está incurso en la causa quinta del artículo 1.729 de la Ley Procesal, como de inadmisión.

Considerando que los motivos tercero y cuarto deben ser desestimados, porque ni la certificación del acto de conciliación es documento auténtico a estos efectos ni las actas evidencian nada opuesto a lo concluido por la Sala de la apreciación conjunta de la prueba, de la que no quedaron al margen las referidas actas.

Considerando que igualmente hay que desestimar los motivos quinto y sexto, porque al haber dejado transcurrir el plazo que les confirió sin haber realizado el pago, sin existir «verdadera causa formal y seria que lo impidiera», es lo cierto que al aplicar la Sala el artículo 1.504 del Código Civil fue acorde con su más correcta hermenéutica, y al tener en cuenta, además, cuanto perceptúa el artículo 1.176 del Código Civil, pues si los demandados requirieron primero y llegaron a consignar judicialmente después la cantidad que como precio se había fijado, lo fue con posterioridad al plazo concedido en el requerimiento, por lo que el contrato estaba incurso en causa de resolución bastante para justificar la negativa de los actores a recibir dicha suma, porque no podía purgar la extemporánea consignación el señalado vicio.

Responsabilidad por daños. Facultad de los Tribunales para la estimación y fijación de los mismos. Carácter no solidario de la responsabilidad del arquitecto y el contratista (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1970).

El actor, don R. M. B., había contratado con el demandante, don L. V. L., que éste le realizaría varias obras, y entre ellas, un pabellón para una granja avícola. A los dos meses de construido se había derrumbado parte de la cubierta originando la muerte de 1.100 pollos y quedando grietada la otra parte, lo que obligó al desalojo de la nave y a la venta de los restantes pollos, siendo derribado lo que había quedado por el propio contratista demandado, que se negó a reconstruir la cubierta por su cuenta, teniéndolo que hacer el actor. Suplicaba la condena del demandado a la indemnización de todos los daños ocasionados, fijándose dicha cuantía en ejecución de sentencia, sin que excediera de la cantidad que indicaba.

El demandado se opuso alegando que la cubierta había sido construida, por decisión expresa del actor, con determinada clase de viguetas, construidas por la sociedad anónima V. C., quien las había colocado con su propio personal técnico. Que igualmente habían intervenido otras empresas en la construcción y que intervino un arquitecto contratado por el propio actor.

El Juzgado de Primera Instancia, que había acordado, para mejor proveer, que se emitiera dictamen por un Perito Arquitecto y otro Aparejador, dictó sentencia por la que estimando, en parte, la demanda condenó al demandado a indemnizar al actor de todos los daños causados, cuya cuantía se fijaría en ejecución de sentencia, sin que excediera de la señalada por el actor, sin expresa declaración en cuanto a las costas.

Apelada la sentencia fue confirmada por la Audiencia Territorial, condenando al demandado al pago de las costas de la alzada.

Se interpuso recurso de casación por los siguientes motivos, que extraemos:

Primero.—Infracción por interpretación errónea de la doctrina civil que cita, al no haber apreciado la existencia del litisconsorcio pasivo necesario, por no haberse demandado al arquitecto director de la obra.

Segundo.—Infracción por interpretación errónea del artículo 1.591 del Código Civil, al no precisar las sentencias las causas del derrumbamiento.

Tercero.—Infracción por interpretación errónea del artículo 1.106 del Código Civil y de la doctrina que lo interpreta, según la cual el «daño emergente» y el «lucro cesante» han de probarse taxativamente.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Andrés Gallardó Ros, declara no haber lugar al recurso, con base en los siguientes razonamientos, que resumimos:

Considerando que, como tiene declarado la Sala, el arquitecto encargado de la dirección de una obra ejecutada por un contratista no es solidario de las obligaciones de éste y sólo responde de las reglas generales de su profesión, tanto más cuando en el presente caso la obra fue comenzada y acabada sin su conocimiento.

Considerando que declarado en la sentencia recurrida que la ruina total de la techumbre y las grietas que presenta la parte no derribada tuvieron como único origen los defectos o vicios de la construcción, es evidente la improsperabilidad del segundo motivo.

Considerando que declarando la sentencia de instancia la existencia de unos daños y perjuicios y sentando las bases para su determinación en ejecución de sentencia, es obligado desestimar el tercer motivo del recurso, porque siendo facultad del Tribunal sentenciador la declaración de su existencia y su fijación, no puede el recurrente sustituir el criterio del mismo por el suyo propio.

Eficacia temporal del artículo 149 de la Ley del Suelo. Reaplicable a los arrendamientos y derechos personales, nacidos antes de la vigencia de la Ley, cuando la inclusión en el Registro de solares y la solicitud de licencia son posteriores a la entrada en vigor en la misma (SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1970).

El actor, S. R. P. formuló demanda, que correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 17 de los de Madrid, contra la sociedad «Inmobiliarias, S. A.», basándose en los siguientes hechos, que resumimos

El actor es arrendatario de un local de negocios situado en la planta baja del edificio número . ., de la calle V, de Madrid, y la sociedad demandada es dueña del edificio y arrendadora del local. Como reconoce por el actor en la demanda, la sociedad «Inmobiliarias, S. A.», no arrendó directamente el local a don S. R. P., sino que adquirió el edificio por compra al antiguo propietario, quien anteriormente había arrendado al demandante el local en cuestión.

En dicho contrato de arrendamiento figura una cláusula en la que, literalmente, se hace constar: «En caso de derribo tendrá derecho a un local idéntico al que ahora ocupa, pero no impedirá la ejecución de las obras que correspondan.»

Adquirida la finca por la sociedad demandada, se instó por la misma expediente administrativo para la inclusión en el Registro Municipal de Solares e Inmuebles de Edificación Forzosa. En la tramitación del expediente, en la que compareció el actor, se le hizo ofrecimiento de una indemnización, que no aceptó. Concluido el expediente con la inclusión del edificio en el Registro, la sociedad demandada, que no había iniciado el derribo, negaba el derecho del actor, por lo que éste suplicaba el reconocimiento de su derecho a un local, idéntico al que ocupaba, en caso de derribo de la finca. La sociedad demandada se opuso, alegando:

Que una vez adquirida la casa en la que se encuentra el local comercial solicitó de la gerencia de Urbanismo su inclusión en el Registro de Solares e Inmuebles de Edificación Forzosa con fecha 24 de agosto de 1966, siendo incluido en fecha 24 de noviembre de 1967, tras haberse tramitado el expediente con oposición del demandante.

Que después de la inclusión del edificio en el mencionado Registro se solicitó y obtuvo del Ayuntamiento de Madrid la correspondiente licencia para edificar.

Terminaba suplicando que fuera desestimada la demanda. El Juzgado de Primera Instancia estimó totalmente la demanda.

Apelada la sentencia, la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid la confirma íntegramente.

La sociedad demandada formuló recurso de casación por infracción de Ley, amparado en los siguientes motivos:

Primero.—Fundado en el artículo 1.691, 1.º, y 1.692, 1.º, de la L. E. C., por violación del artículo 149 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 y de la doctrina legal contenida en las sentencias que cita.

La sentencia incide en la infracción denunciada, al argumentar que como el contrato de arrendamiento es de fecha 1 de octubre de 1955, anterior, por tanto, a la Ley del Suelo, y esta Ley no tiene efectos retroactivos, el contrato y sus cláusulas no pueden ser afectados por la Ley.

El recurrente alegaba, en síntesis, que el problema litigioso no es de retroactividad de la Ley, sino de aplicación o no al caso litigioso del artículo 149 de la Ley del Suelo.

Si el expediente para la inclusión de la casa en el Registro Municipal de Solares e Inmuebles de Edificaciones Forzosas se inició el 24 de agosto de 1966, la casa quedó incluida en el Registro de 24 de noviembre de 1967 y la licencia se concedió el 17 de julio de 1968, razonaba el recurrente, había que aplicar el artículo 149 de la Ley del Suelo con la consiguiente extinción de los derechos personales.

Segundo.—Fundado en el número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., por contener el fallo violación de los siguientes artículos, 4.713 y 27 del Código Civil, así como de la doctrina legal que cita.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Julio Calvillo Martínez, declaró haber lugar al recurso, basándose en los siguientes considerandos:

Primero.—Que lo que la Sala tiene declarado es que los efectos dimanantes de la inclusión de la finca en el Registro Municipal de Solares se registrarán por el derecho anterior si el asiento o la solicitud tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la Ley del Suelo, y por esto, si la solicitud o el asiento se verificó bajo su vigencia.

Segundo.—Que lo que no tiene declarado la Sala es que la irretroactividad debe ser entendida en el sentido de que no alcance los efectos de la Ley a los arrendamientos y derechos personales nacidos con anterioridad a ésta, porque a ello se opondría:

A) Que basta para que se produzca el efecto extintivo con que la inclusión y el Registro y el otorgamiento de la licencia hayan tenido lugar en virtud de una solicitud formulada durante la vigencia de la Ley del Suelo, sin que sea necesario que los derechos que suplen la extinción hayan nacido durante la vigencia de la misma.

B) Que se contraría el carácter público-administrativo de la ordenación urbanística, uno de cuyos efectos es el fomento de la edificación, si se entendiera que ha de limitarse a derechos nacidos con posterioridad a la Ley del Suelo.

En la segunda sentencia el Tribunal Supremo revoca las dos de instancia, basándose en el siguiente:

Considerando que concurriendo los elementos recogidos en el número 2.º del artículo 149 de la Ley de 12 de mayo de 1956, se produce la extinción del arrendamiento, y aunque el convenio pudiera entender que da lugar al nacimiento de un derecho destacado e independiente de aquél, como se trata de un derecho personal, también resulta alcanzado por el efecto extintivo.

Arrendamientos urbanos. Desahucio. Competencia del Juzgado de Primera Instancia para conocer del desahucio cuando en la finca arrendada se ejercita una actividad fabril. Distinción entre solar y local de negocios (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1971).

La sociedad actora, M. S. A., formuló demanda alegando que era propietaria, en pleno dominio, de una finca que se describía en la demanda. Dicha finca, que estaba constituida por una casa con un terreno adyacente, había sido arrendada en la parte de la casa a don R. S., y en la parte correspondiente al terreno adyacente, al demandado, don V. P. A. Se declara en la demanda que este terreno constituye prácticamente un solar, puesto que únicamente existían en él unos cobertizos, destruidos en la actualidad y de imposible utilización.

La finalidad del arrendamiento, concertado en 16 de julio de 1940, era que el arrendatario pudiera ejercer en la finca su oficio de operador, pactándose la duración por meses.

La finca arrendada constituía, en opinión de la actora, un solar, por lo que pactándose la duración del contrato por meses procedía la tácita reconducción por el mismo periodo de tiempo, pero ello, no obstante, había requerido notarialmente al arrendatario para que diera por finalizado el arriendo.

Terminaba suplicando que se declarase haber lugar al desahucio y resuelto el contrato de arrendamiento.

Celebrado el juicio verbal, ante la oposición del demandado, continuó el procedimiento contestando éste a la demanda. No figura en la sentencia el contenido del escrito de contestación.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Alicante desestimó la excepción de incompetencia de jurisdicción, opuesta por el demandado, don V. P. A., y declaró no haber lugar a la demanda, imponiendo las costas al demandante.

Interpuesto recurso de apelación, la Sala 1.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia confirmó la sentencia de instancia en cuanto a la desestimación de la excepción, revocándola en lo demás y dando lugar al desahucio.

Frente a la anterior sentencia se alzó el demandado, basándose en los siguientes motivos:

Primero.—Infracción del artículo 1.562 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Segundo.—Violación por inaplicación de la doctrina legal que interpreta el artículo 1.^o de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Tercero.—Violación por inaplicación de la doctrina que interpreta el artículo 1.582 de la L. E. C.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Jacinto García Monje y Martín, declaró no haber lugar al recurso, basándose en los siguientes considerandos, que extraemos:

Primero.—Que para decidir la cuestión relativa a la competencia del Juzgado es preciso atender a la finalidad a que se destina la cosa arrendada que en este supuesto era el ejercicio de una actividad fabril, por lo que, conforme al número 1.^o del artículo 1.563 de la L. E. C., dicha competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia.

Segundo.—Que la sentencia recurrida declara que lo principal en el objeto del arrendamiento es el solar en el que se estableció la industria, pues aunque tenga edificaciones, éstas no son habitables, y aunque tal calificación se realiza con relación al momento en que se ejercita la acción y no al de la conclusión del contrato, no se acredita tampoco que las edificaciones fueran entonces habitables ni pudieran considerarse como la parte principal.

Tercero.—Que no basándose la sentencia en el artículo 1.582 de la L. E. C., no puede admitirse la inaplicación de la doctrina legal que interpreta el precepto.

E. C. L. L.

ARRENDAMIENTOS

LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS PRESUPONE PARA LA APLICACION DE SUS NORMAS LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO EN EL QUE CONCURREN TODOS LOS REQUISITOS INDISPENSABLES PARA SU EFICACIA, SIN QUE SEA DE SU COMPETENCIA LA DETERMINACION DE TALES REQUISITOS. LA DISCUSION SOBRE LA EXISTENCIA O NO DEL CONTRATO Y DE LO QUE HA SIDO OBJETO DEL MISMO DEBE VENTILARSE CONFORME A LAS LEYES PROCESALES COMUNES (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1971).

Hechos.—La demandante alegó que la presente demanda se encamina a que se demuestre la realidad de los hechos y que se declare, por tanto, que el arrendamiento en relación al local descrito lo es de local de negocio, regulado por la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos y no excluido de su regulación. Alegó a continuación los fundamentos de derecho que estimó de aplicación y suplicó que en su día declarase: que el contrato que liga a la parte actora y demandada, referente al local en que tiene instalada la actora la peluquería de señoras y caballeros, en el mismo edificio en que se encuentra también el hotel M. M., calle M. P., es el local de negocio regulado por la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración y al pago de las costas del juicio.

Se contestó a la demandada alegando que la actora es únicamente arrendataria del negocio e industria de peluquería de señoras y de caballeros, sito en el hotel M. M., según se desprende, obviamente, del clausulado del contrato de arrendamiento suscrito. Que acepta el hecho afirmado de adverso de que lo que se concertó fue un contrato de arrendamiento de industria. Que se explica de otra forma el hecho de que se fueran suscribiendo «periódicamente» contratos idénticos a los anteriores. En realidad, lo que sucedió es que los contratos de la industria de peluquería se estipularon siempre por dos años y luego, al finalizar los mismos, no es que fueran suscribiendo periódicamente contratos, sino que concertaba nnuevos contratos por el arrendamiento.

Se dictó sentencia declarando que el contrato que liga a la actora con la entidad demandada, referente al local sitio en el hotel M. M., donde existe una peluquería de señoras y caballeros, es local de negocio, regulado por la Ley de Arrendamientos Urbanos, condenando a la entidad demandada a pasar por esta declaración, sin pronunciamiento especial en cuanto a costas.

Contra la expresada sentencia se interpuso, por la representación de la entidad demandada, recurso de apelación y se dictó sentencia, cuyo fallo estimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en Primera Instancia, y con revocación de los pronunciamientos de la misma, absuelve a la demandada, con imposición a la actora de las costas de primera instancia y sin hacer declaración sobre las causadas en el recurso.

Considerando que la Ley de Arrendamientos Urbanos presupone para la aplicación de sus normas la existencia de un contrato en el que concurren todos los requisitos indispensables para su eficacia, sin que sea de su competencia la determinación de tales requisitos, pues solamente regula los efectos y consecuencias de los contratos en período de consumación, de contenido preciso, y la discusión sobre la existencia o no del contrato y de lo que ha sido objeto del mismo debe ventilarse conforme

las leyes procesales comunes; pero no es este supuesto el plantado por el caso de autos, en el cual no se discute la existencia del contrato ni su contenido, sino su calificación a los efectos de estimarse incluido en el artículo 1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos y favorecido por sus normas especiales, y en su virtud es a la luz de estas normas como tiene que enjuiciarse la cuestión; a lo que cabe añadir, como decía la sentencia de 2 de diciembre de 1960, que así como para determinar las normas sustantivas aplicables se hace necesario el calificar el contrato, para establecer el procedimiento a seguir en la tramitación del litigio, lo que hay que hacer en el momento de su iniciación, tal calificación no es necesaria ni podría lógicamente hacerse en tal momento, porque al declararse *ab initio*, la naturaleza del contrato que liga a las partes sería resolver la cuestión de fondo, ya que según fuera una u otra calificación el contrato estaría sometido a normas sustantivas esencialmente distintas y serían distintos los derechos de las partes de ellas derivados; por lo cual para decidir el procedimiento aplicable hay que atender única y exclusivamente a la acción ejercitada y si ella se funda o no en derechos reconocidos en la Ley de Arrendamientos Urbanos para aplicar el procedimiento señalado en dicha Ley, en el primer caso, y el de las leyes procesales comunes, en el segundo, independientemente de lo que en su día se acuerde en la sentencia, y como la demanda de la actora se funda únicamente en preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que son los que le sirven de apoyo para su pretensión, es visto que el procedimiento establecido por dicha Ley era el aplicable, como así lo entendió la misma parte recurrente al formular su demanda, con lo que no sólo plantea una cuestión nueva, sino en abierta oposición con sus propios actos.

Considerando que si la peluquería de señoras y caballeros a que estos autos se refiere es, según afirmación no combatida de la sentencia recurrida, una actividad complementaria, un servicio más integrante reglamentariamente de los que constituyen la compleja industria hotelera, sometida al control de la gerencia en precios, horario y calidad, ejercida dentro del establecimiento del hotel sin acceso independiente y con la finalidad primordial de atender a la clientela del mismo, es evidente que carece de la autonomía necesaria que requiere el local de negocio para que el arrendatario pueda ejercitar su propia industria, o sea, el establecimiento abierto, según la terminología del artículo 1, que aquí no lo es, sino una simple modalidad de prestación de un servicio de los varios que, según se ha dicho, integran la principal de hostelería, y en su virtud resultan inoperables los tres restantes motivos, por carecer de trascendencia que la concesionaria o arrendataria de este arrendamiento especial aporte todos o parte de los enseres necesarios.

DERECHO DE RETORNO. ES DOCTRINA LEGAL QUE A LOS TRIBUNALES COMPETE CONOCER DE TODAS LAS CUESTIONES DE CARACTER CIVIL EN QUE SE VENTILEN LOS DERECHOS PRIVADOS, AUNQUE EL ASUNTO TRAIGA SU ORIGEN DE OTRO GOBIERNO, AUNQUE LA ADMINISTRACION HAYA RESUELTO CON INNEGABLE COMPETENCIA EXPEDIENTES PREVIOS Y AUNQUE ALGUNA DE LAS PARTES INVOQUE RAZONES DE INTERES PUBLICO (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1971).

Hechos.—Los demandados son dueños de una casa, cuya extensión superficial e inscripción registral se detallan y que hoy es solar, previa autorización gubernativa de derribo, habiendo asumido el compromiso de su reconstrucción en el plazo de un año.

En el suplico se pedía se dictase sentencia declarando: que los demandados están obligados a reedificar el inmueble urbano a que se refiere la demanda, a fin de que pueda tener efectividad el derecho de retorno sobre locales de negocio y vivienda; se declare que el plazo otorgado gubernativamente para la reedificación del inmueble ha vencido y se los condene a estar y pasar por tales declaraciones, apercibiéndoles que si en el plazo de dos meses no han comenzado las obras, se realizarán a su costa, condenándolos también a la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento, a razón del promedio que será fijado en ejecución de sentencia.

Se contestó la demanda solicitando se dictara sentencia absolviendo a los demandados y alegando como hechos, en síntesis: a) Que el solar es propiedad de sus representados; por la concesión de la autorización del Gobernador Civil se produjo la excepción segunda del artículo 62 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por lo cual dejaron de tener derecho el inquilino y los arrendatarios a la prórroga de los contratos. b) Que los demandados asumieron el compromiso de reedificar ante el Gobierno Civil y por ello esto es de la exclusiva competencia de la autoridad gubernativa y no de la judicial; los demandados siempre cumplieron con las disposiciones reguladoras para obtener el permiso de derribo del inmueble, comunicando por escrito al Gobernador Civil el proyecto de derribo, y concedida la autorización, se la notificaron notarialmente a los demandados; ahora bien, los actores, sin haber suscrito con los demandados el documento que previene el artículo 81 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, desalojaron los locales de negocio y la vivienda, falta cometida por los demandantes, que supone no descaban instalarse en un inmueble a reedificar, al no haber hecho uso de esta decisión; la sentencia a que aluden los actores les declaró el derecho de retorno una vez reedificado el inmueble de referencia; con sentido preciso, se limitó a fijar una vez reedificado el inmueble, sin que esta reedificación implique que la obligación de reconstrucción del edificio pueda ser declarada posteriormente por los Tribunales de la Jurisdicción Civil ordinaria; la misma sentencia ya reconoce que quisieron suscribir el documento del artículo 81 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. c) El plazo otorgado por la autoridad gubernativa no había vencido, como dice la demanda, con manifiesto olvido de que se había concedido prórroga por el Gobierno Civil. Y esto les constaba a los actores, ya que ellos interpusieron contra dicho acuerdo recurso de alzada y después reposición, y en su día fue desestimado por la Dirección General de Política Interior, del Ministerio de la Gobernación.

La sentencia, estimando en parte la demanda interpuesta en nombre y representación de la actora, declaró que los demandados están obligados a reedificar el inmueble urbano a que se refiere el hecho primero de la demanda, a fin de que pueda tener efectividad el derecho de retorno sobre los locales de negocio y vivienda a que se refiere la sentencia dictada. Se desestiman todas las demás peticiones de la demanda y no se hace expresa imposición de costas.

En apelación, con revocación parcial de la sentencia y con estimación también parcial de la demanda, se declaró: Que los demandados están obligados a reedificar el inmueble urbano a que se refiere el hecho primero de dicha demanda, a fin de que pueda tener efectividad el derecho de retorno sobre los locales y viviendas a que se refiere la sentencia dictada en el pleito habido entre las mismas partes; en consecuencia, condenamos a los demandados a esa reedificación, así como a que indemnicen a los actores los daños y perjuicios que les han irrogado por no cumplir antes esa obligación, con efecto retroactivo a partir del vencimiento del plazo de reedificación y hasta la fecha de la reconstrucción,

en cuantía que se fijará en periodo de ejecución de sentencia, con arreglo a las bases expresadas en el penúltimo considerando de esta resolución. Absolvemos a los mismos demandados del resto de peticiones de la demanda y no hacemos declaración especial sobre las costas causadas.

Considerando que el motivo primero acusa la infracción del párrafo tercero del artículo 74 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «por el concepto de violación por inaplicación», motivo que tiene que ser desestimado, en primer término, porque dicho precepto prevé el supuesto del examen y apreciación de oficio de lo que llama «incompetencia por razón de la materia», y que en el caso estudiado el problema de la carencia de jurisdicción fue propuesto en tiempo y forma, en concepto de excepción, por la parte demandada y ha sido resuelta expresamente por los juzgadores de primera instancia y de apelación, y, en segundo lugar, porque tal artículo no contiene norma alguna que determine cuándo la jurisdicción ordinaria carece de la competencia por razón de la materia, por lo que su aislada invocación, como vulnerado, bastaría para la estimación del motivo.

Considerando que es doctrina legal que a los Tribunales compete conocer de todas las cuestiones de carácter civil en que se ventilen los derechos privados, aunque el asunto traiga su origen de otro gubernativo, aunque la Administración haya resuelto con innegable competencia expedientes previos y aunque alguna de las partes invoque razones de interés público, doctrina que aplicada al caso de autos lleva aparejada la desestimación del motivo segundo, que denuncia la infracción del artículo 78, párrafo primero, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, «por el concepto de violación por inaplicación», dado que aun siendo cierto que el asunto ventilado en el recurso tiene su origen en otro gubernativo, en el que la Administración pública resolvió con indudable competencia el expediente a que se refiere aquel artículo y el siguiente de la mencionada Ley especial, no lo es menos que los demandados formulan sus pretensiones en concepto de arrendatarios de los locales de negocio y vivienda que existían en el inmueble que fue objeto de la autorización gubernativa de la demolición, y más concretamente, como titulares del derecho de retorno al inmueble que habría de reedificarse, según el correspondiente acto administrativo, ejercitando aquellas pretensiones para que en su día pueda tener efectividad ese derecho de retorno, que les había sido reconocido judicialmente en otro proceso, o sea, que al margen por completo de si tales pretensiones están o no efectivamente fundadas, la verdad es que el llamado a decidirlo en uno o en otro sentido no podía ser otro que un órgano de la jurisdicción ordinaria, por aducirse como soporte de las mismas una relación de derecho privado entre arrendatarios y arrendadores.

Considerando que igual suerte adversa ha de correr el motivo tercero y último, ya que el artículo 1.101 del Código Civil, que, al amparo procesal del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se cita como infringido por violación, a fin de justificar el pretendido error de derecho en la apreciación de la prueba, no encierra ninguna norma sobre valoración de las probanzas, por lo que, en definitiva, se impone declarar no haber lugar al recurso, con la condena en costas prevenida en el artículo 1.748 de la Ley últimamente referida.

LA FACULTAD DEL GOBIERNO PARA ALTERAR LA RENTA PACTADA CON EL FIN DE ATEMPEARLA A LOS INDICES DEL COSTO DE LA VIDA Y LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION DE LOS PARTICULARES SE DAN EN BENEFICIO, TANTO DE LOS PROPIETARIOS COMO DE LOS ARRENDATARIOS, AL TENER QUE QUEDAR SOMETIDAS A LAS FLUCTUACIONES DEL MERCADO O A LAS ALTERACIONES DEL COSTO DE LA VIDA, FIJADOS POR LA DIRECCION GENERAL DE ESTADISTICA (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1971).

Hechos.—Demanda: En el contrato de arrendamiento se pacta la revisión de la renta al establecerse que de acuerdo con lo dispuesto por la Ley de Arrendamientos Urbanos, en su artículo 100, la renta pactada en este contrato, a voluntad del propietario del inmueble, será revisada y aplicado el índice que en dicho artículo expone, una vez que transcurran los cinco años de vigencia del presente contrato; que ambas partes están de acuerdo con dicha cláusula. Que incluso ambas partes se someten, para efectuar la revisión, a lo establecido en el artículo 100 de dicha Ley. Por el actor se llevó a efecto la revisión de renta y se notificó al demandado por carta, cuya copia se acompaña. El demandado respondió negativamente por carta al actor. Alegó a continuación los fundamentos de derecho que consideró de general aplicación al caso y terminaba suplicando se admitiera la demanda a trámite y en su día, previa la sustanciación legal correspondiente, se dictara sentencia por la que se declarase que su mandante tiene derecho a la revisión de renta, de acuerdo con las variaciones del costo de vida.

Contestación: La negativa del demandado a admitir la aplicación de los índices del costo de vida para revisar la renta obedece a la firme convicción de que resulta improcedente hacerlo así, criterio del que participa el propietario arrendador, como lo revelan sus propios actos, primero el someter su anterior intento a un silencio tan prolongado y ahora al dirigir su acción frente a uno solo de los arrendatarios, precisamente aquel que tiene señalada la renta más reducida por disponer del menor local. Pero no era ésta la única razón, ya que el demandado, además de la renta que resultaría, tendría que abonar—de aplicar el índice pretendido por el arrendador demandante—, que haría elevarse el precio actual de 35 pesetas al mes por metro cuadrado hasta la cifra de 61 pesetas, con apreciable diferencia sobre los corrientes para locales de nueva construcción sitos en la misma zona. Hacía otras consideraciones supletorias y luego de invocar los fundamentos de derecho que consideró de general aplicación al caso, terminaba suplicando que seguido el juicio por todos sus trámites, en su día se dictara la oportuna sentencia absolviendo de la misma al demandado, con imposición de costas al actor.

En primera instancia se estimó parcialmente la demanda y se declaró que el actor tiene derecho a revisar la renta de acuerdo con las variaciones del coste de vida experimentados en los últimos cinco años, condenando a la parte demandada a estar y pasar por la procedente declaración y absolviéndole del resto de las pretensiones de la demanda, sin expresa imposición de las costas de esta instancia.

En apelación se revocó la sentencia apelada, desestimando en todas sus partes la demanda, con imposición de las costas de la Primera Instancia al actor y sin hacer pronunciamiento en cuanto a las causadas en el recurso.

Considerando que si bien el artículo 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956, que regula por su fecha el contrato de arrendamiento

que liga a las partes, como el señalado con el número ordinal de la vigente, faculta al Gobierno para alterar la renta pactada con el fin de atemperarla a los índices del costo de la vida y al importe medio de los ingresos, y que tal facultad se ha hecho extensiva por la jurisprudencia a los particulares mediante las cláusulas de estabilización, sometién-dola al precio que en el mercado obtengan determinados productos bá-sicos; no es menos cierto que en uno y otro caso tal facultad se da en beneficio tanto de los propietarios como de los arrendatarios, al tener que quedar sometidas a las fluctuaciones del mercado o a las altera-ciones del costo de la vida, fijados por la Dirección General Estadística, y como quiera que en el caso que se contempla, y conforme a la cláusula adicional cuarta del contrato, que establece, sin dejar lugar a la menor duda, que «la renta pactada en este contrato, a voluntad del propietario del inmueble, será revisada...», es evidente que el ejercicio de la acción para llevarla a cabo queda limitada y condicionada a la voluntad única del arrendador, sin que el arrendatario tenga facultades para verificarlo en el caso de descenso de aquel índice de coste de la vida, convirtiendo la cláusula de estabilización en una facultad unilateral para aumentar la renta, que debe estimarse ilegal, y que podría incluso llegar a vulne-rar el principio básico de la prórroga obligatoria de los contratos si la renta superaba las posibilidades económicas de los inquilinos.

E. I. M.

IV. SUCESIONES

PARTICION. RESCISION POR LESION. Contador Partidor. Artículos 1.056, párrafo 1.º; 1.075, y 1.077 del Código Civil (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1971).

Hechos.—Don S. G. M., padre de la actora y de los demandados, murió el 12-9-1963, dejando viuda, doña E. M. F. (que, a su vez, murió el 2-2-1967), bajo testamento en el que instituye herederos a la demandante y demandados, sus hijos, de la siguiente manera: Instituye herederos a sus hijos nombrados en partes iguales en el tercio de legítima estricta, mejorando en el tercio correspondiente a sus hijos F. B. e I., sin perjuicio de la cuota viudal, y lega el otro tercio a su esposa en usufructo y en nuda propiedad a sus tres hijos, F. B. e I., si bien a B. si fuere preciso para completar las adjudicaciones, que no la hace (*sic*) después de cubiertos los tercios de legítima y mejora, y usando de las facultades que le concede el artículo 1.056 del Código Civil, dispone: a) Que a su hijo S. se le adjudicará preferentemente metálico y acciones de valores industriales, pero no participación alguna en el inmueble de Alonso Pesquera, 9 y 11, ni en la sociedad regular colectiva que en unión de su esposa tenía constituida con sus hijos F. e I. b) Que a su hija B. se le adjudique el piso que habita con todos los muebles y enseres en él existentes. c) Que a sus hijos F. e I. se les adjudique la participación que al testador corresponde en la sociedad regular colectiva por ellos constituida y además el piso doble en que habita el testador y su esposa, con los muebles, ropa y alhajas existentes, y a I., el piso en que habitaba éste, que es el primero derecha de la casa número 12 de la calle de Alonso Pesquera y el primero izquierda de la misma planta; ratifica también la donación que hizo a sus hijos F. e I. del inmueble y negocio que se detalla en la escritura de 9-1-1961, obligándoles a sus hijos F. e I. a mantener con decoro, mientras vivan, a sus hermanas L. y S.; designado albaceas, contadores partidores, y concluye con la prohibición de la intervención judicial.

Protocolizadas las operaciones particionales por los albaceas, la hija B. demanda a sus hermanos, por creerse perjudicada en su legítima y lesionada en más de la cuarta parte de su haber hereditario.

El Juzgado número 3 de Valladolid estimó la demanda y declaró la rescisión por lesión de la partición, fijando la suma a percibir como indemnización por la actora a cargo de sus hermanos F. e I., a menos que dichos demandados consientan se proceda a efectuar nueva partición.

Apelada esta sentencia por los demandados F. e I., la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid confirma la sentencia del Juzgado, pero dejando sin efecto la fijación de cantidad que como indemnización se señaló a la actora, imponiendo la necesidad de nueva partición.

Interpuesto recurso de casación por los demandados y apelantes,

don F. y don I., por infracción de ley y doctrina legal, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al mismo, en base a las razones jurídicas que se dicen a continuación.

Razonamiento del Tribunal Supremo.—Que los documentos que se citan como base del error de hecho que se denuncia han sido ampliamente examinados e interpretados por la Sala de Instancia, siendo aquella la que se discute en el desarrollo del motivo, cuando, en realidad, y según tiene esta Sala declarado con reiteración, la equivocación evidente del juzgador ha de resultar de la simple lectura del documento, del que ha de aparecer de manera palmaria y clara aquel error sin necesidad de interpretación alguna, por lo que resulta evidente la improcedencia del motivo alegado.

Que igual suerte desestimatoria han de correr los motivos primero y segundo, en los que al amparo del ordinal primero del artículo 1.692, se denuncia, respectivamente, la violación de los artículos 1.075 y 1.056, párrafos primero y segundo del Código Civil, y la interpretación errónea del 675, párrafo primero, del mismo cuerpo legal, en cuanto al primero, porque para justificar la alegada infracción parte en su desarrollo del supuesto de que la partición fue realizada por el propio testador, y ello es totalmente inexacto, puesto que éste se limitó a adjudicar algunos de los bienes hereditarios, nombrando un contador partidador para realizar las operaciones particionales y por ello no se da el supuesto contemplado en los artículos 1.056 y 1.075, que, en consecuencia, al no ser de aplicación no han podido ser violados, y en cuanto al segundo, la interpretación que a la voluntad del testador da el recurrente es contraria a la que en uso de su facultad le dio el Tribunal a que, por otra parte, está en concordancia con el sentido literal de las palabras empleadas y con aquella voluntad.

Que en el cuarto motivo se denuncia la interpretación errónea del artículo 667, en relación con el 792 y doctrina legal que cita, razonando que declarada la licitud de la prohibición de intervención judicial contenida en la cláusula quinta del testamento, no podía ser establecida su inaplicabilidad más que interpretando equivocadamente dichos preceptos, pero tal argumentación parte del equivocado supuesto de confundir una declaración de licitud general de la cláusula con los efectos de la prohibición en el caso concreto, ya que el Tribunal sienta la afirmación de hecho, no combatida por el cauce adecuado, de que al ser contraria a partición, efectuada por el contador partidador, a la voluntad del testador, la Cautela Socini advenía en inmoral, debiendo, en consecuencia, ser desestimado el motivo.

Que declarado con reiteración por la Jurisprudencia de esta Sala que las funciones del contador partidador terminan con el otorgamiento de la escritura particional y que no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.077 del Código Civil cuando es ineludible la práctica de nueva partición con valoración de los bienes, han de ser desestimados los motivos quinto y sexto, en que, respectivamente, se denuncia la existencia de una lefectuosa constitución de la relación jurídico procesal al no haber sido lemandado el contador partidador, y la violación del artículo 1.077, párrafo primero, en relación con los 1.101 y concordantes, todos ellos del Código Civil, con independencia de que en el sexto se denuncia igualmente una *reformatio in pejus* por cauce legal inadecuado.

Comentario.—Acerca de cuestiones debatidas en este pleito, tales como diferencia entre simples normas particionales y partición, lesión de derechos de legitimarios, puede verse el sugerente estudio de M. DE LA

CÁMARA ALVAREZ: *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil*, Publicaciones del Centenario de la Ley del Notariado, secc. 3.ª, vol. I, págs. 709-1066, especialmente págs. 732-735 y 835-861.

ALBACEAZGO Y LEGITIMA EN CATALUÑA. *Artículos 122, 237 y 254 de la Compilación catalana y 902 del Código Civil* (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1971).

El legitimario catalán no es heredero, sino acreedor de la herencia, por lo que no es precisa su conformidad para que los herederos universales testamentarios practiquen la partición excluyendo al albacea.

El albacea particular carece de legitimación procesal.

El artículo 902 del Código Civil no es aplicable al albacea particular catalán, sino sólo al universal.

El Tribunal Supremo, en notable sentencia, de la que ha sido Ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante y apelante, Procurador de los Tribunales y albacea particular de la señora de vecindad civil catalana, doña N. C. T., el cual reclamaba determinados emolumentos derivados de su actuación como albacea, a pesar de la voluntad contraria a esa actuación manifestada por los herederos.

Dice así: Que son afirmaciones de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, sustancialmente aceptados en los considerandos de la Audiencia, y que merecen ser respaldados en este trance los siguientes: a) Que la institución del albaceazgo, en Derecho catalán, parte de notorias diferencias con el Derecho común, que muy difícilmente en esta materia puede considerarse como supletorio de aquél, al desarrollar éste plenamente la institución partiendo de principios distintos, por lo que, en consecuencia, para resolver el litigio planteado se impone el examen de las funciones del albacea y del contador partidor, a la luz de los preceptos de la Compilación. b) Que no puede estimarse que el contador partidor sea, en todo caso, persona que, obligatoriamente, para los herederos, haya de hacer la partición de herencia, puesto que el artículo 254 de la Compilación es terminante al respecto, estableciendo que «los herederos podrán practicar la partición, de común acuerdo, prescindiendo de los contadores partidores nombrados por el causante, salvo expresa disposición contraria de éste», y como en el presente caso las dos herederas nombradas en el testamento decidieron prescindir del contador nombrado por la causante, que no impuso obligatoriamente su aceptación a los herederos—y comunicaron notarialmente su decisión en 12 de junio de 1968, ratificando otra comunicación anterior, de 21 de julio—, ha de concluirse que el demandante carece de toda atribución para intervenir en la herencia como contador-partidor y a reclamar abono de gastos efectuados en tal concepto. c) Que frente a tan terminante precepto no cabe admitir la alegación de que el párrafo tercero del artículo 240 dispone que «los albaceas particulares que sean contadores-partidores deberán efectuar la partición dentro del plazo de un año», y estimar que este artículo debe ser el aplicable cuando concurra la doble condición de albacea y contador-partidor, pues es evidente la fuerza imperativa del artículo 274, al no obligar a los herederos, que estén de acuerdo, a tener que aceptar la intervención de una persona extraña, por lo cual tal artículo 240 únicamente puede estimarse de aplicación en caso de desacuerdo de los herederos o cuando el causante obligue a que la partición la haga el contador-partidor; que mayor problema presenta al determinar si, efectivamente, todos los herederos se encuentran de acuerdo para practicar la partición, dada la disconformidad existente y manifestada por los

legitimarios con respecto a la actuación de los herederos nombrados en el testamento; por ello obliga a determinar cuál es la verdadera condición de los legitimarios en Derecho catalán: si la de herederos o la de acreedores de la herencia; y vistos los términos del artículo 122, que dispone que la legítima confiere, por ministerio de la Ley, a determinadas personas el derecho a obtener, en la sucesión del causante, un valor patrimonial, ha de llegarse a la conclusión de que en Cataluña el legitimario no es propiamente heredero, sino meramente un acreedor de la herencia, que puede ejercitar contra ésta sus derechos, pero sin las atribuciones que corresponden a los verdaderos herederos y, por ello, su desacuerdo respecto de los términos de la partición no hace obligatoria la intervención del contador-partidor. *d)* Que excluido que el señor Lago pueda reclamar derechos por su intervención como contador, ha de examinarse si dado también su carácter de albacea, por su intervención en el litigio como demandado, puede reclamar contra la herencia el abono de gastos y costas, que se pretende basar en el artículo 902, párrafo tercero, del Código Civil, al establecer como facultad del albacea el sostener, siendo justo, la validez en juicio del testamento, cuyo precepto se estima como de aplicación en Cataluña. *e)* Que el hecho de que la institución del albaceazgo parte de una diferenciación entre el albacea universal y el particular, siendo aquél la persona que recibe del testador el encargo de entregar la herencia en su universalidad a personas por él designadas o de destinarla a las finalidades expresadas en el testamento o en la confianza revelada, mientras que el albacea particular, aunque el testador lo califique de «universal», es aquel que existiendo heredero haya de cumplir uno o más encargos relativos a la herencia o ejecutar disposiciones testamentarias del heredamiento, teniendo como funciones, cuando el causante no les hubiere conferido ningún encargo, el cuidar de su entierro, funerales y sufragios religiosos de aquél y de pedir el cumplimiento de los modos que hubiese ordenado, según establece el artículo 236 de la Compilación. *f)* Que el hecho de no haber recibido el albacea ninguno de los encargos que confiere el albacea universal, es evidente que el mismo no tiene el carácter particular, según reconoce el propio actor, al no habersele atribuido ninguna función específica, no teniendo sino las genéricas funciones del último inciso del artículo 236 de la Compilación, toda vez que las que se atribuyeron en las tres memorias testamentarias aparecen cumplidas por las propias herederas, dos por referirse a atribuciones concretas de bienes entre ellas y la tercera a un legado, hecho efectivo sin su intervención. *g)* Que en Derecho catalán solamente el albacea universal está legitimado procesalmente, según dispone el artículo 237, para cuantos litigios y cuestiones se susciten sobre los bienes hereditarios, los fines del albaceazgo y la validez del testamento, memoria testamentaria o heredamiento y para interpretar aquélla, pero no así el albacea particular, y siendo ésta la condición del actor incidental, no puede admitirse el derecho de rescaramiento que reclama, en base al artículo 902, párrafo tercero, del Código Civil, toda vez que tal disposición sólo es concordante con el similar de la Compilación catalana, cuando se trata de albacea universal, y carece de aplicación respecto del albacea particular. *h)* Que el hecho de que el último párrafo del artículo 239 establezca que «todo albacea tendrá derecho al rescaramiento de los gastos causados en el desempeño de su cargo», no justifica el acceder a la pretensión entablada, toda vez que los que se reclaman no pueden estimarse tengan ninguna relación con su verdadero cargo de albacea particular, por cuanto en tal condición no tenía ninguna obligación de comparecer en juicio a sostener la validez del testamento y a oponerse al inventario de las herederas, puesto que sus facultades, muy concretas y determinadas, se circunscribían a supuestos muy específicos, relacionados con su entierro y exequias, toda vez que nada se le encar-

gaba, pero no a todas las atribuciones de un albaceazgo universal, al no haber sido designado con tal carácter.

Que igualmente en los considerandos de la Audiencia figuran las afirmaciones siguientes: a) Que siendo aplicable a la sucesión de la señora C. y consiguiente el albaceazgo de que se trata, por conformidad de las partes, ya que ninguna de ellas ha impugnado que la sucesión de dicha señora esté regulada por las leyes de la legislación especial y esta región, lo constituyen los preceptos contenidos en el capítulo décimo, título segundo, del libro segundo de la Compilación del Derecho especial, la cual desarrolla, como un todo orgánico, la institución del albaceazgo, con notorias diferencias con el Derecho común. b) Que especificándose en la Compilación, en su artículo 237, las facultades que los albaceas universales, entre los que se comprenden la referente a su intervención en los litigios o cuestiones que se susciten sobre la validez del testamento, disponiendo tal precepto que está legitimado procesalmente para ello, surge la cuestión referente a si tal facultad corresponde, según la Compilación, al albacea particular, que acerca de ello, dado que la Compilación no asigna tal facultad, ha de dilucidarse si a tal respecto es supletorio el artículo 902 del Código Civil, que establece, a falta de determinación de facultades, por parte del testador, en su número tercero, la de sostener, siendo justo, la validez del testamento en juicio y fuera de él, a tal respecto es de ver que la disposición final segunda de la Compilación prescribe que «en lo no previsto» regirán las disposiciones que no se opongan a ello y las fuentes jurídicas de aplicación general, por lo que teniendo en cuenta que la razón por la que el legislador mandó que rigiera en Cataluña el derecho que se sostiene en las normas de la Compilación, fue la especialidad que ofrecía en esta región el escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigente en la fecha de su promulgación, cuyas normas fueron constituidas, por las de dicha Compilación, por lo que ha de atenderse únicamente al carácter especial de tales normas, de modo que lo previsto en ellas ya ostenta dicho carácter y por ello ya no es aplicable al Código Civil el grado que, en materia de facultades de los albaceas, la Compilación distingue a los universales de los particulares, asignando a los primeros más facultades, que no atribuye a los segundos, es indudable que el artículo 902, que señala las facultades del albacea, sólo en defecto de señalamiento por el testador, lo que no ocurre en la Compilación, que concreta las que correspondan al albacea universal, no es de aplicación en Cataluña, una vez publicada la Compilación, precisamente por la regulación propia de la materia de que se trata y que constituye una especialidad de la región, que ha de prevalecer frente a la disposición concreta del artículo 902, cuyas facultades las establece, como se ha expuesto, en sustitución de las expresamente conferidas por el testador (art. 901), mientras la Compilación las establece en atención al carácter universal o particular del ejecutor testamentario. c) Que no pudiéndose atribuir al demandante la facultad de defender en juicio al testamento, que corresponde más bien al albacea universal, no puede fundarse la petición del actor incidental en el artículo 1.728 del Código Civil, por cuanto, aparte de que es dudosa, en la doctrina y en la jurisprudencia, la atribución al albaceazgo de la naturaleza jurídica del mandato, no podría ser propio de tal figura jurídica, en su caso, el defender en juicio, por haber sido demandado, el que ha de actuar como albacea particular, y tampoco en el párrafo último del artículo 239 de la Compilación, que al establecer que todo albacea tiene derecho al resarcimiento de los gastos causados en el desempeño del cargo, se refiere a los que se produjeron en el ejercicio de las facultades propias del mismo, exigiéndose para ello que el gasto se haya causado, requisito para que proceda su resarcimiento y, en consecuencia, no procede la reclamación efectuada, como anticipo o abono, con cargo a la herencia, sobre

a que, como expone el actor en el párrafo primero del hecho quinto de la demanda, le corresponde la representación de dicha herencia, que, según dicha parte, le fue conferida por la causante.

Que entrando en el examen de los diferentes motivos del recurso interpuesto, tendremos el resultado siguiente: a) El primero de ellos fundado en la observancia de la teoría del litisconsorcio pasivo necesario, no puede dar esa excepción, de carácter procesal, contenida en la impugnación que trata de desarrollarse; el papel del albacea, sus posibles argumentos, estarán contenidos en su falta de legitimación pasiva para actuar, lo que implicaba la redacción de un escrito, exponiéndolos y sin permitir ese argumento de fondo, cerrado a su intervención. b) Que el motivo segundo denuncia la interpretación errónea del artículo 274 de la Compilación de Derecho catalán, fundándose en requerirse el consentimiento de todos los herederos y no sólo de los universales, para hacer por sí mismos la partición, pero atendidas las razones con que se expresa la sentencia de Primera Instancia, en el sentido de que los herederos no universales—que tienen derecho a la herencia, pero como acreedores de la misma—no hacen revivir la figura de los albaceas, para el cómputo de su solicitud legal para hacer la partición, y esta argumentación vale también para rechazar la aplicación indebida que se señala del artículo 234 de la Compilación y que constituye el motivo tercero del recurso. c) El motivo cuarto señala la infracción, por violación, del artículo 1.728 del Código Civil, pero este motivo quiebra contra los argumentos que expone la sentencia de Segunda Instancia, ya que no es necesaria la intervención del señor L., ni aun en el concepto de la teoría del litisconsorcio pasivo necesario, por no ser equiparables al albaceazgo con el mandato. d) El quinto motivo decae ante las razones expresadas en las sentencias de instancias, por las que se niega al albacea el derecho a percibir lo que reclama, conforme al artículo 239 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, que se señala como infringido por el concepto de violación.

Comentario.—Puede consultarse sobre los albaceas en Cataluña, M. ALBALADEJO: *El albaceazgo en el Derecho español*, Edit. Tecnos, 1969; J. M. CARRERA HERNÁNDEZ: *El albacea en el Derecho común y en la Compilación catalana*, Revista Jur. de Cataluña, julio-septiembre 1967, págs. 519-559.

RESERVA LINEAL. Artículo 811 del Código Civil (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1971).

Esta reserva no pierde su eficacia por la circunstancia de que sus beneficiarios reúnan, además de esta cualidad, la de hijos comunes del patrimonio compuesto por el reservista y la persona de quien los bienes proceden.

Hechos.—Don J. M. C. murió el 12-11-1912, dejando esposa, doña M. F. C., cinco hijos, llamados J., M., L., E. y B. C. F., bajo testamento ológrafo otorgado el 2-12-1908, protocolizándose la partición de su herencia en escritura otorgada el 15-1-1914, en la que se adjudicó a la hija B. C. F. el pleno dominio de la tercera parte de una finca urbana sita en Madrid, inscribiéndose así en el Registro de la Propiedad.

Doña B. C. F. murió en estado de soltera el 11-8-1917, sobreviviéndola sus cuatro hermanos antes citados y su madre, siendo ésta declarada heredera abintestato de su hija y adjudicándose en tal concepto la propiedad de la tercera parte indivisa de la referida finca urbana con la obligación de reservarla a favor de los parientes de la causante que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes

procedan, conforme al artículo 811 del Código Civil, en escritura otorgada el 9-1-1918, que se inscribió así en el Registro de la Propiedad.

La reservista, doña M. C. F., vendió la tercera parte indivisa de la finca afectada por la reserva, más las otras dos terceras partes indivisas (éstas en representación de su hijo J. C. F.), en conjunto, el pleno dominio de la finca, a don G. G. G., inscribiéndose la adquisición en el Registro de la Propiedad con la obligación de reservar que afectaba a la tercera parte indivisa de la finca.

Fallecido don G. G. G., uno de sus coherederos vendió su participación hereditaria (entre la que se comprendía la finca reservable) a los demás coherederos, en escritura pública, sin hacer mención en ella de la obligación de reservar la tercera parte indivisa de la finca, la cual se inscribió en el Registro de la Propiedad sin que constase esa afección. A su vez, los coherederos vendieron la finca, en su totalidad, a don E. G. C., quien posteriormente la aportó a la sociedad E. S. A., constituida por él y otros señores, inscribiéndose todas las operaciones en los Registros de la Propiedad y Mercantil, pero sin hacer constar en ninguna de ellas la obligación de reservar que afectaba a la tercera parte indivisa de la finca.

La reservista, doña M. F. C., murió el 27-12-1965. De los cuatro reservatarios, hermanos de doña B. C. F., don J. C. F. había renunciado a los derechos que pudiera tener sobre la aludida tercera parte indivisa de la finca por razón de la reserva y murió soltero el 22-9-1936, siendo declarada su heredera abintestato su madre, doña M. F. C. Los restantes reservatarios, don M., don L. y don E. C. F., otorgaron escritura pública el 18-8-1966, declarando extinguida la reserva del artículo 811 por muerte de la reservista, adjudicándose cada uno el pleno dominio de una novena parte indivisa de la finca (esto es, la tercera parte indivisa reservable por partes iguales) y renunciando pura y simplemente a la herencia testada e intestada de su madre, la referida reservista, y, en su consecuencia, desprovistos de su cualidad de herederos de su madre, repudiaron todos los actos de enajenación o gravamen efectuados por la misma sobre la tercera parte indivisa de la finca reservable.

En méritos de todo ello, los tres reservatarios demandan a la sociedad E. S. A. para que se haga efectiva la reserva a su favor, se declaren resueltas las sucesivas enajenaciones de la tercera parte indivisa reservable de la finca, con la consiguiente cancelación de los asientos registrales y demás pedimentos consecuentes.

La sociedad demandada se opone a la demanda argumentando que a partir de una de las transmisiones (concretamente, la de uno de los coherederos del primer comprador a los otros) ya no se hizo constar en el Registro el carácter reservable de dicha tercera parte indivisa ni tampoco en las escrituras, quizá debido a que doña M. F. C. hizo constar en la escritura de venta de toda la finca, otorgada por sí y en representación de su hijo J., que garantizaba que en ningún caso perjudicarían al comprador los derechos que a los reservatarios concede el artículo 811 del Código Civil, pues quienes fueran reservatarios, si alguno hubiera al ocurrir su fallecimiento, harían expresa renuncia de su derecho, como lo hace en este acto, como mandataria de su hijo J., renunciando expresamente a los derechos que pudiera tener sobre la aludida tercera parte indivisa de la finca por razón de la reserva ordenada en el precepto indicado.

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Madrid declara haber lugar a la demanda y que, en virtud de la efectividad de la reserva, el pleno dominio de la tercera parte indivisa de la referida finca pertenece por partes iguales a los tres hermanos demandantes, declarando la resolución de la venta de dicha tercera parte indivisa efectuada por la reservista y, en consecuencia, quedando sin efecto las posteriores transmisio-

mes. Con las demás declaraciones que son consecuencia de las anteriores. Esta sentencia fue confirmada íntegramente por la de la Sala 3.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, a la que apeló la sociedad demandada. Y el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, desestima el recurso interpuesto por la sociedad demandada y apelante mediante un único considerando, cuyo razonamiento es como sigue:

Que la reserva lineal del artículo 811 del Código Civil no pierde su aplicabilidad y eficacia por la circunstancia de que sus beneficiarios reúnan, además de esta cualidad, la de hijos comunes del matrimonio compuesto por el reservista y la persona de quien los bienes proceden, tanto porque el sentido gramatical del precepto no autoriza otra interpretación sin vulnerar el principio general de Derecho: *Lex non imittit incaute, sed quia dictum soluit*, como porque si la finalidad que movió al legislador a introducir esta figura jurídica en nuestro Ordenamiento positivo consistió en el deseo de evitar que determinados bienes pasen de una familia a otra por causas ajenas a la voluntad de sus titulares, cuando en la primera existieran parientes comprendidos dentro del grado que la Ley señala (sentencias de 29 de octubre de 1907, 19 de noviembre de 1910 y 26 de noviembre de 1943), tal resultado no se lograría con la sustitución de esta reserva por la legítima establecida por el artículo 808 de dicho Cuerpo legal, a favor de los descendientes legítimos, por no coincidir la cuantía de los bienes sujetos a una y otra y ser distinta su procedencia y forma de hacerlos efectivos, y porque la facultad de disponer del tercio del caudal relicto, concedida al causante en el último caso, y la posibilidad de que éste utilice el derecho a que se refieren los artículos 848, 849, 852, 853 y concordantes del mencionado Código, no sólo podría frustrar la *ratio legis* que inspiró la inclusión en nuestro vigente Derecho del artículo 811, sino que convertiría en pleno propietario sobre todo o parte del objeto de la reserva a quien sólo goza de un dominio sujeto a condición resolutoria después de cumplida ésta, conclusión que, por absurda, debe ser rechazada, como se proclamó en las sentencias de esta Sala de 10 de noviembre de 1953, 8 de junio de 1954, 30 de mayo de 1956, 14 de diciembre de 1957 y 5 de diciembre de 1958, que, siguiendo la pauta marcada por la de 8 de octubre de 1930, modificaron el criterio mantenido por las de 4 de enero de 1911 y 25 de marzo de 1933, sin que a ello obste la prohibición contenida en el segundo párrafo del artículo 813, referente a los gravámenes impuestos a las legítimas por el testador, y no por disposiciones legales, ni la interpretación restrictiva que deba darse a esta reserva, según sentencias de 1.º de noviembre de 1912, 6 de julio de 1916, 20 de abril de 1917, 7 de noviembre de 1927, 1 de febrero de 1957 y 29 de octubre de 1968, porque semejante regla de hermenéutica no permite sustraer de su ámbito situaciones claramente comprendidas en el precepto, lo que unido a que la reserva del artículo 811 es completamente distinta de la del 968, y a que las sentencias antes citadas de 4 de enero de 1911 y 25 de marzo de 1933 no autorizaron en forma alguna al reservista a enajenar libremente los bienes indicados, da lugar a que al haberse acogido la acción ejercitada por el acuerdo judicial impugnado, con apoyo en la doctrina acabada de exponer, no haya incurrido éste en las infracciones que, al amparo del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncian en los dos únicos motivos del recurso, que, por consiguiente, deben ser desestimados.

Comentario.—Después de los exhaustivos estudios de VALLET y otros eminentes especialistas del tema, sería absurdo pretender dar en escuelas líneas una «lección magistral». Sí, en cambio, puede ser interesante llamar la atención sobre la circunstancia de que, al menos implícita-

mente, la sentencia da a entender que los reservatorios suceden al causante de la reserva (en este caso, a la hermana, B. C. F.) y no al reservista (en este caso, no a la madre, M. C. F.), ya que se permite que se renuncie por dichos reservatarios a la herencia de la reservista conservando sus derechos a la reserva, siendo así que la repudiación de la herencia no puede ser parcial (art. 990 del Código Civil), y parcial sería si se admitiese que formando parte los bienes reservables de la herencia del reservista pueden los herederos de éste aceptar la reserva (adjudicándose los bienes que la integran) y renunciar a la herencia del reservista.

Contra esto no vale retorcer el argumento diciendo que puesto que son herencias distintas (la reservable y la del reservista) no hace falta renunciar a la herencia del reservista para poder reclamar la efectividad de la reserva, pues de lo que se trata es de que no se le puedan oponer a los herederos del reservista, en cuanto aceptantes de la herencia de éste, los actos propios efectuados por dicho reservista (en este caso, la declaración en la escritura de que los reservatarios harán expresa renuncia de su derecho), extremo éste sobre el que estuvo muy acertado el Notario autorizante de la escritura otorgada por los reservatarios, a cuya aguda perspicacia no se le podía escapar tal punto. Esta solución, la de que los reservatarios suceden al causante de la reserva y no al reservista, es la adoptada con carácter general por la Compilación catalana (arts. 269-271) para la reserva ordinaria, siguiendo la tesis de Roca SASTRE.

ACTOS PROPIOS. DEPOSITOS INDISTINTOS (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1971).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, y de cuyo primer considerando resulta el supuesto de hecho, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, conforme a lo siguiente.

Que a los fines del recurso ha de tenerse en cuenta: A) La fundamentación de hecho de la sentencia recurrida, que es del contenido siguiente: Primero. Los actores fueron declarados herederos abintestato de don Manuel Justo Rodríguez, hermano de uno de ellos y tío de otro de ellos. Segundo. Con dinero exclusivo de dicho causante, procedente de sus negocios en América, fueron abiertas en la sucursal de la Caja Provincial de Ahorros de Orense, en Beariz, las cuentas corrientes siguientes: primera, número seiscientos veintidós, en la figura la cantidad de doscientas treinta y ocho mil setecientas veintiuna pesetas con sesenta céntimos; segunda, número quinientos cuarenta y tres, con doscientas veintiocho mil pesetas; tercera, número quinientos cuarenta, con veinte mil ochocientas veintinueve pesetas con noventa céntimos; cuarta, número ciento cuarenta y dos, con novecientas sesenta y tres pesetas con noventa céntimos, y quinta, número uno, con quinientas mil pesetas. La primera fue abierta a nombre de la demandada y recurrente. La quinta a nombre del director de la sucursal, al que entregó dicha cantidad de la procedencia mencionada, y en las demás cuentas figuran como titulares indistintos el dueño de las cantidades depositadas y la recurrente. De la cuenta número ciento cuarenta y dos, cuando el saldo era de ochocientas tres mil novecientas sesenta y tres pesetas con noventa céntimos, retiró la recurrente setenta y cinco mil pesetas y, además, quinientas mil para abrir la cuenta número uno, y doscientas veintiocho mil a la número quinientos cuarenta y tres. La recurrente percibió como intereses en la cuenta número ciento cuarenta y dos la cantidad de veintiuna mil ochocientas cuarenta pesetas. No hay constancia de lo manifestado por e

causante de los actores en lo concerniente a la finalidad de la apertura de dichas cuentas ni de donación a la demandada de las cantidades depositadas en ellas.

B) La procedencia de agrupar los motivos primero al cuarto, ambos inclusive, y los motivos quinto, séptimo y octavo, en cuanto al examen de ellos, por la similitud de los argumentos utilizados al desarrollarse, y de examinar separadamente los motivos sexto, noveno y décimo.

Que no pueden ser acogidos los motivos primero al cuarto, por la notoria defectuosidad formal que ofrecen, acumulándose los errores de hecho y de derecho, tan distintos en su genesis, efectos y medios de comprobación, que origina sean tratados con la debida separación, ya que, en este caso, se daría lugar a la falta de claridad y precisión que exige el artículo 1.720 de la Ley Procesal Civil. En el motivo primero se aduce error de hecho basado en documentos no auténticos, citándose como infringidos los artículos 1.216, 1.218 y 1.225 del Código Civil. En el segundo también se alega error de hecho, por violación del artículo 27 del Estatuto de las Cajas de Ahorros de 14 de marzo de 1933. Se alega en el motivo tercero error de derecho con base en el precepto citado anteriormente, que no es valorativo de prueba, y en el cuarto, el error de derecho también alegado lo hace derivar la recurrente de que, según manifiesta, las certificaciones de la Caja de Ahorros de Orense, relativas a las cuentas corrientes ya mencionadas, le atribuye, por sí solas, la propiedad del dinero depositado. En ellos, un simple examen del contenido de dichos documentos evidencia la inexactitud de tales manifestaciones.

Que el motivo sexto se formula también por el número primero del artículo 1.692 de igual Ley de Trámites, aduciéndose la violación del artículo 27 del Estatuto de las Cajas de Ahorros, ya citado, que tampoco puede prosperar, porque dicho Estatuto, como regulador de las diversas operaciones crediticias y de otro orden, encomendadas a las Cajas de Ahorros, con efectos limitados a los intervinientes en ellas, no tiene el rango jerárquico normativo para que la invocación (en ellas) de su transgresión, en su caso, pueda servir de fundamento para la interposición de un recurso de casación por infracción de Ley.

Que en el motivo noveno, amparado en idéntico cauce procesal que el anterior, se alega violación, por no aplicación, del artículo 661 del Código Civil, inaplicación del principio de derecho de que los herederos no puedan ir contra los actos de su causante, que resultan actos propios, ratificado en las sentencias que se relacionan, motivo que tampoco puede prevalecer, por lo siguiente:

A) El artículo 661 regula la transmisión al heredero, en la sucesión a título universal, de la totalidad de las relaciones jurídicas del causante, como continuador de la personalidad jurídica de éste; el elemento objetivo de la petición consignada en la pretensión procesal de los actores, tutelada por la sentencia recurrida, pone de manifiesto fue tenido en cuenta dicho precepto, ya que las cantidades depositadas y las demás relacionadas en la sentencia recurrida, más los intereses, han de ser incluidas en el inventario de bienes efectuado en el proceso de abintestato promovido con el número 46.965 del Juzgado de Ribadavia, como pertenecientes al causante, para que en su día sean distribuidos entre sus herederos, uno de los cuales es la madre de la recurrente. B) Lo anteriormente expresado revela, además, que los hoy recurridos no impugnaron la apertura de cuentas indistintas efectuada por el causante, a su nombre y al de la recurrente; su propósito quedó limitado a calificar, como bien de la herencia, el dinero depositado, por proceder de los negocios que el causante tuvo en Méjico, afirmación estimada probada por la sentencia recurrida y reconocida por la recurrente en su escrito

de contestación a la demanda y al absolver posiciones. C) Es inaceptable el criterio de que el dinero depositado en las cuentas indistintas pasó a ser propiedad de la recurrente por el solo hecho de figurar como titular indistinto, no propietario, porque según doctrina de esta Sala en el contrato de depósito la relación jurídica se establece entre el depositante, dueño de la cosa depositada, y el depositario, que la recibe, no modificándose la situación legal de aquél, en cuanto a lo depositado, por la designación de la persona que la pueda retirar; los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a lo que resuelvan los Tribunales sobre la propiedad de ellos; incumbe al causahabiente del depositante acción para reivindicar de la persona designada en el depósito indistinto los efectos que hubiera retirado del mismo sin título para apropiárselo; en los depósitos de valores efectuados indistintamente a nombre de dos personas puede demostrarse, por prueba en contrario, que son solamente de uno de ellos; por el depósito indistinto de efectos públicos, *adquirido exclusivamente* por uno de los depositantes, no se transmite el dominio a ninguno de los demás, privándose al verdadero dueño de su propiedad; por tanto, al fallecer aquél, corresponde a sus herederos, y no a ninguno de los otros depositantes (sentencias de 20 de octubre de 1912, 28 de junio de 1913 y 16 de junio de 1965, entre otras); no verificada la tramitación a la recurrente del dominio del dinero depositado, la actuación de los actores ha sido la propia de herederos como sucesores del causante y no de herederos como titulares frente al causante.

Comentario.—Acerca de los propios actos puede consultarse la exhaustiva monografía del profesor L. Díez PICAZO: *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1963, de la que hay una buena recensión en el Anuario de Derecho Civil, XVI, 2, págs. 465-470, y PUIG BRUTAU: *Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, A. D. C., IV, 4, 1951, págs. 1552-53.

PARTICION. RENDICION DE CUENTAS Y ABONO DE FRUTOS. Artículo 1.063 del Código Civil (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1971).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de La Coruña, que, a su vez, había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Lugo, conforme a las siguientes razones:

Que lo que fundamentalmente se pretende en el presente litigio por la actora es que quienes han poseído y administrado los bienes inmuebles que se describen en el hecho segundo de la demanda rindan cuentas de tal administración, y que quien tiene en su poder los bienes muebles que se relacionan en el hecho indicado los entregue a la demandante, ninguna de cuyas pretensiones fue planteada en el pleito anterior ni decidida en la sentencia que le puso fin, por lo que es llano que el procedimiento aquí seguido es el adecuado y no el de ejecución de dicha sentencia, como se sostiene por el recurrente, y que entre lo resuelto en el primer pleito y lo pedido en el actual no se da la identidad en las cosas exigida por el artículo 1.252 del Código Civil para poder apreciar la existencia de cosa juzgada, decayendo, en su consecuencia, los motivos primero y segundo del recurso.

Que igual suerte ha de correr el motivo tercero, que, amparado dentro del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia un supuesto error de hecho en la apreciación de las pruebas, por cuanto que en el mismo no se expresa con la necesaria claridad

y precisión cuáles son las declaraciones de hecho que se impugnan de las que la sentencia recurrida contiene ni qué documentos auténticos demuestren las equivocaciones que se imputa a la Sala de Instancia, sin que pueda tomarse en consideración a tales efectos la remisión que hace el recurrente a determinados antecedentes consignados en el escrito de formalización del recurso, aparte de que las cuestiones de hecho, únicas que pueden suscitarse por la vía utilizada, se involucran con temas jurídicos, relacionados con la violación del artículo 1.063 y la inaplicación del artículo 1.430, ambos del Código Civil, defecto formal que también determina su desestimación.

Que la resolución combatida afirma que primero doña Bernardina Rivera Fernández, finada madre de los aquí litigantes, y después su hijo, el demandado y hoy recurrente, poseyeron y administraron los bienes inmuebles de que se trata, sin que ninguno de ellos haya rendido cuentas de su respectiva administración, declaraciones de hecho que al no ser impugnadas por el cauce adecuado en el recurso, esto es, por el del número séptimo del citado artículo 1.692, han quedado firmes en casación, pese a lo cual no se respetan en el motivo quinto, haciendo con ello supuesto de la cuestión, lo que obliga a rechazarlo, al igual que el sexto, en el cual se sostiene que en la tramitación de 15 de marzo de 1965, referida a la herencia de doña Bernardina Rivera Fernández, está comprendida la obligación de rendir cuentas por parte de dicha causante, cuestión nueva, a la que el número quinto del artículo 1.729 de la Ley de Trámites veda su acceso a este recurso extraordinario y que por esta fase decisoria es causa de su desestimación.

Que el pronunciamiento tercero de la sentencia recurrida no cabe interpretarlo, cual lo entienda el recurrente, en el sentido de que imponga en todo caso un abono a la demandante, como si necesariamente el resultado de la rendición de cuentas tenga que arrojar un saldo a su favor, sino que, para su recta inteligencia, hay que poner dicho pronunciamiento en relación con el primero y segundo, de los que aquél es consecuencia, para llegar a la evidente conclusión de que tal abono está subordinado a la concurrencia de dicha circunstancia, es decir, a la de que de la rendición de cuentas resuelve efectivamente un saldo a favor de la demandante, por lo que decaen los motivos cuarto, séptimo y octavo.

Que de los términos de la transacción de 15 de marzo de 1965 se induce necesariamente que los intervinientes en la misma dieron por finiquitadas todas las cuestiones referentes a la herencia de la causante y madre de los contendientes, doña Bernardina Rivera Fernández, y, por ende, también las relacionadas con el deber de abonarse recíprocamente en la partición de las rentas y frutos de que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos, y los daños ocasionados por malicia o negligencia, y así lo vienen a reconocer la propia actora y aquí recurrida, al contraer las peticiones de su demanda a la herencia paterna, sin incluir en ella reclamación alguna respecto a la herencia materna, pese a que tal demanda la ha presentado años después de haber tenido lugar aquella transacción y ser las mismas personas las intervinientes en ambas ocasiones, por todo lo cual se ha de acoger el motivo noveno y último del recurso, con la consiguiente casación y anulación parcial de la sentencia recurrida, y en su virtud, procede eliminar del pronunciamiento tercero la referencia que contiene a la herencia de doña Bernardina Rivera Fernández.

Y en la segunda sentencia puntualiza las personas obligadas a rendir cuentas y entregar determinados bienes muebles a la demandante, así como la extensión y alcance de tales obligaciones.

2.º JURISPRUDENCIA PROCESAL

POR JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ Y
ELÍAS IZQUIERDO MONTORO

INTERDICTO DE RECOBRAR LA POSESION. Procedencia o no del interdicto de recobrar la posesión en aquellos casos en los que el poseedor no es otro que aquel por cuya orden y cuenta se ejerce la posesión o, lo que es lo mismo, el servidor de la posesión (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1971).

Supuestos de hecho.—La Sociedad Anónima A. E. M. interpone juicio de interdicto para recobrar la posesión contra la sociedad Anónima B. M. En virtud de un documento privado se convino entre ambas sociedades la construcción de un edificio destinado a viviendas y locales de negocios, en solar propiedad de la sociedad B. M. Con motivo de diferencias surgidas entre ambas sociedades suscribieron ambas una escritura de compromiso para resolverlas, lo cual no se llevó a efecto por renuncia de los árbitros. En su virtud, la sociedad B. M. se hizo cargo de las obras, previo requerimiento notarial y realizando fractura de la puerta y desalojo de las personas que custodiaban las obras. El Juez de Primera Instancia número 3 de Madrid dicta sentencia, después del juicio verbal y el recibimiento a prueba, con fecha 28 de febrero de 1970, en la cual estima la demanda interdictal mandando reintegrar en la posesión y tenencia de las obras en curso de realización al demandante, Sociedad Anónima A. E. M.

Después de varias incidencias provocadas por el recurso de apelación, formulado por la Sociedad B. M., la petición de prueba documental por parte de la Sociedad A. E. M. y la presentación de recurso de casación por quebrantamiento de forma, la Audiencia Provincial de Madrid dicta sentencia en 19 de septiembre de 1970, estimando la procedencia del recurso de apelación interpuesto por la entidad B. M. y revocando en todas sus partes la del Juzgado de Primera Instancia, declarando no haber lugar al interdicto de recobrar la posesión deducido por la entidad A. E. M.

A la vista de esta sentencia, el representante de la Sociedad A. E. M. interpone recurso de casación ante la Audiencia de Madrid por quebrantamiento de forma, basándose en los siguientes motivos: a) Falta de recibimiento a prueba y el recurso de súplica. b) Falta de recibimiento a prueba en alguna de las instancias, cuando procediere conforme a derecho. c) Por denegación de las diligencias de pruebas admisibles. Todos los motivos basados en el artículo 1.693, 3.º y 5.º, de la L. E. C.

El Tribunal Supremo considera que aunque el recurso de casación formalmente se interpone contra la sentencia de 19 de septiembre de 1970, dictada por la Audiencia, realmente lo que se viene a combatir es el auto dictado por el Tribunal citado el día 2 de julio de 1970, que denegó

la práctica de la prueba documental, estimando no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma, basándose en los argumentos legales que diremos. Sentencia con fecha 2 de abril de 1971.

Razones jurídicas.—El Tribunal Supremo va examinando ordenadamente cada uno de los motivos del recurso para irlos denegando. Para que proceda al recurso de casación en base del número 3.º del artículo 1.693 de la L. E. C. por no recibimiento a prueba, es preciso que la denegación se haya producido cuando ese recibimiento «procediese con arreglo a derecho» y de los hechos resulta que las partes litigantes están conformes en las cualidades que, respectivamente, ostentan, de empresario constructor, la demandante, y de propietaria del solar y de la obra, la demandada, habiendo estimado la sentencia de Primera Instancia que la constructora era la poseedora, resultando inatínente la prueba por ella propuesta, conforme al artículo 1.656 de la L. E. C.

Por todo ello, y prescindiendo de la clase de posesión que ejercitase el constructor, los problemas planteados en el interdicto se reducen a dilucidar si el poseedor protegido por la acción interdictal es el empresario constructor o el propietario de la obra, considerando al constructor como un simple servidor de la posesión, así como resolver cuál es la entidad perturbadora de la posesión, lo cual lleva a desestimar las pruebas aducidas, que en nada desvirtúan ni alteran aquellas cualidades y concepciones.

El segundo motivo cae por su base sobre los mismos argumentos dados, ya que las pruebas propuestas no guardan relación con los hechos objeto del debate, refiriéndose, además, a hechos posteriores al del supuesto despojo que dio origen al interdicto. En virtud de estos mismos argumentos debe ser desestimado el tercer motivo. Aparte de ello se rechaza el recurso en base de razones formales de petición en la demanda, en la que se solicita la suspensión de la vista convocada para determinado día y no se pide que se reponga el auto denegatorio, así como que se solicite que el escrito se tenga por presentado sin pedir que se dicte otro auto en el lugar del primitivo, ordenando la admisión del recibimiento a prueba pretendido.

Doctrina legal.—Toda la esencia del interdicto de recobro de posesión reside en la protección que el hecho posesorio lleva consigo ante posibles perturbaciones provocadas por quienes no están en posesión de los bienes afectados. Estas medidas o acciones sumarias—en sus dos vertientes de retención o recobro—exigen una posesión o mera tenencia de la cosa (art. 1.652, 1.º, de la L. E. C.) y una perturbación o despojo de la posesión o tenencia. Además, es preciso que la demanda se presente antes del año, contado desde la producción del hecho (art. 1.653 de la L. E. C.).

En el caso presente, las partes reconocen que la constructora era la poseedora, y la propietaria del solar y de la obra era la otra, por lo que el problema reside ya en precisar si la constructora tenía o no posesión hábil a los efectos del interdicto. Quizá el argumento de auténtico peso que decide al Tribunal Supremo para denegar el recurso sea el empleado por la Audiencia, en cuya resolución se dice que «el punto de partida para la existencia de la posesión no es otra cosa que el poder efectivo o señorío de hecho sobre la cosa, y que cuando este poder se ejerce por una persona o entidad siguiendo las instrucciones de otra en relación a la dependencia o subordinación, en cuanto se refieren a su uso y disfrute, que se derivan de una relación jurídica previamente concertada, el poseedor no es otro que aquel por cuya orden y cuenta se ejerce la posesión, presentando el ejercitante el carácter de simple ayu-

dante o servidor de la posesión, al que no es lícito defender por su propia autoridad, en relación con la cosa, en contra de las intervenciones del propio poseedor..., de donde hay que inferir que no cabe atribuir al contratista la posesión ni puede éste invocar frente a la propietaria el artículo 441 del Código Civil, ni cabe reputar como acto de violencia o de despojo el que se dirija a la ocupación del inmueble que de derecho se posee...».

Todo ello nos lleva a la interpretación doctrinal que PÉREZ y ALGUER dieran al artículo 431 del Código Civil con la figura del «servidor de la posesión», y que se diferencia de la del 432 del mismo. Tesis que ha prosperado en la doctrina manteniéndola PUIG PEÑA, PRIETO CASTRO, VALLET DE GOTTISOLO y CASTÁN.

CUESTION DE COMPETENCIA. *Precisión de la aplicación del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la preferencia de competencia en el ejercicio de acciones personales derivadas de un contrato de compraventa* (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1971).

Supuestos de hecho.—Doña M. L. G. presenta en el Juzgado Municipal número 2 de los de Albacete demanda de juicio de cognición contra don M. F. y su esposa, sobre reclamación de cantidad, alegando que en sus relaciones comerciales con el demandado envió al mismo géneros propios de su industria que fueron recibidos por éste de conformidad. Que los géneros fueron remitidos a través de la RENFE y que puestas en circulación las cambiales convenidas para el pago, fueron devueltas impagadas, reiterándose el impago con otras cambiales posteriores. Se invocan los fundamentos de Derecho y concretamente se fija la competencia del Juzgado de Albacete, por ser, conforme al artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el lugar de la entrega de la mercancía y lugar del cumplimiento de la obligación, pues cuando la mercancía viaja a portes debidos se entiende entregada en el domicilio del vendedor y éste determina la competencia.

Admitida la demanda y emplazados los demandados por medio del correspondiente exhorto, don E. F. M. promueve cuestión de competencia por inhibitoria, con la protesta de no haber hecho uso de la declinatoria, ante el Juzgado de Elche, alegando que los géneros fueron enviados a portes pagados, viajando «por cuenta y riesgo» de la vendedora. El Juzgado de Elche requirió de inhibitoria al de Albacete en base de haberse enviado los géneros en «régimen de equipaje», tarifa especial de la RENFE que exige al pago de los portes por el remitente, y al no determinarse el lugar del pago en el contrato ha de aplicarse el 1.500 del Código Civil, que presupone entregada la cosa en el lugar de la entrega.

El Juzgado de Albacete, en desacuerdo con el informe del Fiscal, declaró no haber lugar a la inhibición y el de Elche insistió en su competencia, por lo que a falta de acuerdo se remitieron al Tribunal Supremo las actuaciones para la decisión del conflicto jurisdiccional. Con fecha 17 de abril de 1971, el Tribunal Supremo resuelve la preferente competencia a favor del Juzgado de Albacete.

Razones jurídicas.—Se inclina el Tribunal Supremo por la competencia del Juzgado de Albacete, pues de los hechos resulta probado que de los seis pedidos de mercancías cuyo pago se reclama, dos de ellos fueron retirados por el comprador en el almacén de la vendedora y otros dos le fueron emitidos «en régimen de equipaje», pero cargándole los portes en factura, lo cual significa que los contratos se consumaron con la entrega de la cosa vendida en Albacete.

El Tribunal Supremo no es muy explícito en la parte final de la sentencia, pues ya antes ha recogido argumentos decisivos en los resultados de los Juzgados respectivos, y así la alegación que hace el Juzgado de Albacete viene a ser decisiva a los efectos de la inhibitoria del de Elche, pues el que las mercancías viajen en «régimen de equipajes», a portes pagados, no significa en absoluto que la competencia para conocer del presente procedimiento corresponda al Juzgado de Elche, toda vez que si la parte demandada se hubiera fijado detenidamente en la copia de los documentos que se le dio traslado con la cédula de emplazamiento, hubiera comprobado que los gastos de expedición le eran cargados en las copias de las facturas que en su día se le remitieron, lo cual significa, conforme a reiterada doctrina del Tribunal Supremo, que los gastos de transporte fueron anticipados por el vendedor y son de cargo del comprador, no que la mercancía haya sido entregada en el punto de destino (sentencia de 24 de marzo de 1952).

Doctrina legal.—El artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a pesar de su enorme claridad en torno a la competencia del Juzgado cuando se ejercitan acciones personales, sufre dudas en su aplicación, ya que el hecho jurídico no llega a ser tan simple como la norma genérica que lo trata de regular. De ahí que en el presente caso, en el que el débito o el pago de los portes decide el lugar de la entrega, y éste, conforme al artículo 62, es el que determina el Juzgado competente.

El Tribunal Supremo ya había declarado que las mercancías deben suponerse entregadas en el domicilio del comprador si se remitieron a «portes pagados», por haber viajado en este caso de cuenta y riesgo del vendedor, y en el lugar en que el vendedor tiene su establecimiento mercantil cuando se hubieran remitido a portes debidos. Realmente esta doctrina no es más que una aplicación de lo que disponen los artículos 338 del Código de Comercio y 1.465 del Código Civil, imponiendo los gastos de transporte, recibo y extracción fuera del lugar de la entrega al comprador. Para evitar interpretaciones torcidas, como puede ser la fórmula «régimen de equipajes», el Tribunal Supremo considera que si los gastos del transporte se incluyen en la factura se presume que fueron adelantados por el vendedor y son de cargo del comprador.

CUESTION DE COMPETENCIA. *Planteamiento de cuestión de competencia preferente cuando es firme una sentencia dictada por el Juzgado al que se requiere de inhibición* (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1971).

Supuestos de hecho.—Ante uno de los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, don F. E. F. formula demanda en juicio ejecutivo contra F. M., S. A., en reclamación de una cantidad de pesetas, gastos de protesto y costas. Se admite la demanda, se despacha la ejecución, previo embargo de bienes de la sociedad demandada. La diligencia se practica con el director y representante legal, don V. M. R., que fue citado en remate, y no habiéndose opuesto a la ejecución, el Juzgado dicta sentencia el día 26 de marzo de 1967, hoy firme, mandando seguir la ejecución adelante hasta hacer trance y remate en los bienes del deudor.

Con fecha 15 de mayo de 1970, el excelentísimo señor Fiscal de la Audiencia de Palma de Mallorca presenta escrito en la suspensión de pagos de la entidad comercial B. C. M. y entidades filiales, promoviendo cuestión de competencia por inhibitoria ante el Juzgado Especial, que conocía de dicha suspensión de pagos, a fin de requerir al de Madrid de inhibitoria. Requerido el Juzgado de Madrid, acuerda oír por tres días a la parte demandante, que se opone a la inhibición por haberse dictado sentencia, que ya era firme. El Juzgado de Madrid no accede a la inhibi-

ción por medio de auto, y habiendo insistido el Juzgado Especial de Palma de Mallorca, se remiten las actuaciones al Tribunal Supremo, quien declara competente al Juzgado de Madrid.

Razones jurídicas.—La razón jurídica aducida por el Tribunal Supremo en esta ocasión para decidir sobre la competencia preferente es muy concisa y lleva como fondo la existencia de una sentencia firme. Se dice que acreditado en autos que la cuestión de competencia fue promovida cuando en el juicio ejecutivo había sido dictada ya sentencia de remate, que adquirió firmeza con mucha anterioridad al auto que dio origen al requerimiento de inhibición, es evidente, de acuerdo con el dictamen del Fiscal, que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, está mal formulada.

Doctrina legal.—Dentro de la doctrina de la eficacia de la cosa juzgada, aunque no se incluya la cuestión de competencia preferente, es evidente que la firmeza de una sentencia elimina no sólo la posible repetición del problema resuelto, sino el interrogante de una competencia puesta en entredicho. De no ser así, cualquier sentencia, aún firme, podría ser atacada, quebrando con ello toda la fuerza que lleva su firmeza.

J. M. CH. O.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE INJUSTICIA NOTORIA, AL IGUAL QUE EL DE CASACION, IMPLICA EN SU EJERCICIO LA CENSURA DEL FALLO RECURRIDO, TENIENDO PRESENTES LOS RAZONAMIENTOS QUE SON DETERMINANTES DEL MISMO, ASI COMO LA DENUNCIA DE LOS ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO EN QUE PUEDE HABER INCURRIDO EL TRIBUNAL A QUO, LOS CUALES DEBEN SER COMBATIDOS POR LOS CAUCES ADECUADOS Y DENTRO DE LAS LIMITACIONES QUE NORMAN Y REGULAN LOS RECURSOS RESPECTIVOS, SIN QUE SEA LICITO AL TRIBUNAL SUPREMO REALIZAR UNA NUEVA Y COMPLETA VALORACION FACTICA Y JURIDICA DEL PLEITO, PUES, EN TESIS GENERAL, ESTA OBLIGADO A CENIRSE AL EXAMEN DE LAS INFRACCIONES O ERRORES DENUNCIADOS (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1971).

Hechos.—Demanda. Se hace un resumen de las actuaciones practicadas en el juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre división de cosa común, en el que se dictó sentencia declarando la indivisibilidad del inmueble urbano. Se instó la ejecución de la sentencia y que se llevara a cabo la venta de tal inmueble, en pública subasta voluntaria, solicitando se notificara la ejecución de sentencia a la arrendataria de la finca subastada. Celebrada la subasta sin efecto se solicitó la adjudicación por las dos terceras partes de su avalúo, a lo que no se accedió por tratarse de subasta voluntaria y no ser aplicable el artículo 1.504 de la Ley Procesal.

Se solicitó celebración de nueva subasta, con idénticas condiciones que la anterior salvo la fijación del tipo, y se notificó la providencia correspondiente a la arrendataria para «que pudiera hacer valer los derechos que pudieran corresponderle en tal concepto».

Compareció un solo postor y no se aprobó la postura, tras haber ofrecido a la demandada copropietaria, no comparecida, poder mejorar dicha postura.

Se dictó auto aprobando el remate y ordenando se hiciera saber a la arrendataria la adjudicación del remate.

Para hacer valer los derechos de tanteo y retracto se consignó por la arrendataria y se solicitó la transmisión del inmueble.

Se declaró no haber lugar por medio de providencia, contra la que se interpuso recurso de reposición, y tras alegar las razones que fundamentan su posición, suplicó se tuviese por consignada la cantidad referenciada y se dictase sentencia declarando el derecho de retraer, otorgándosele la escritura de transmisión de la propiedad del inmueble.

Se contestó a la demanda oponiéndose a la misma y con la súplica de que fuese desestimada.

En primera instancia se desestimó íntegramente la demanda.

La Sala revocó la sentencia y, dando lugar a la demanda, declaró el derecho de retraer de la actora.

Considerando que el fallo contemplado en el presente caso, *prima facie*, y sin entrar en otras apreciaciones de orden fáctico (así se desprende del razonamiento segundo de la resolución recurrida), se informa fundamentalmente en una aplicación de la doctrina de los actos propios, que el Tribunal *a quo* estima vinculantes, pues dice que «es lo cierto que el demandado (ahora recurrente) al aceptar las condiciones de la subasta implícitamente reconoció como inquilino en aquella fecha a la actora y que adquirió el inmueble como arrendado a ésta y que por ello ahora no puede desconocer lo que antes reconoció de no contrariar la doctrina jurisprudencial relativa a los actos propios y la ley del contrato», estimando por ello aplicable el mismo artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, afirmándose en el mismo fundamento de la misma resolución impugnada que «adquirida en pública subasta la casa después de haber aceptado las condiciones en las que se anunció tal subasta, entre las que figuraba la de estar arrendado el inmueble a la demandante, se opuso a la demanda en la que aquélla ejercitaba, al amparo del artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la acción de retracto...», de modo que sustancialmente, como razones determinantes del fallo, la sentencia recurrida se inspira en una afirmación de orden fáctico (aceptación de las condiciones en que se anunció esa subasta) y una razón de orden jurídico, la aplicación al caso de la doctrina de los actos propios vinculantes, elaborada por la jurisprudencia de esta Sala.

Considerando que en el primero de los motivos de este recurso, amparado en la causa cuarta del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente, se denuncia error de hecho en la apreciación de las pruebas, acreditando, en opinión del recurrente, por «documento y pericial obrante en autos», alegando como argumento inicial que «el Juzgador de Instancia afirma que la firma de la finca fue adquirida por el demandado y había aceptado las condiciones en que se habría de desenvolver dicha subasta judicial, pero olvida aclarar (sigue diciendo el recurrente), y en esto consiste el error de su afirmación—*sic*—, que dicha subasta era judicial, voluntaria, no forzosa, como lo es en la vía de apremio que reguló la Ley de Enjuiciamiento», y que «por ello, dada esa diferencia esencial, las condiciones fijadas en aquélla, por el instante de la acción ni pueden vincular al Órgano Judicial ni siquiera al licitador en la subasta voluntaria», además que «se trata de actos no simulados parece que quiera decir simulados) o realizados en fraude de Ley».

Considerando que, en principio, un razonamiento jurídico tendiente a contradecir una doctrina legal, por tratarse de una *questio juris*, no debe encausarse por la causa cuarta del antes citado artículo 136 de la Ley Especial locativa, y menos resulta admisible que el recurrente, asumiendo, en cierto modo, atribuciones propias del Tribunal Sentenciador de Instancia, se valga de la causa indicada para entrar en el examen comparativo de diversos actos y documentos para lograr así una resolu-

ción que confirma su tesis, aunque para ello se ataquen afirmaciones que el Tribunal *a quo* no ha hecho, involucrando una cuestión *de facto* con razonamiento de orden jurídico aducidas por cauce manifiestamente inadecuado; advirtiendo que la doctrina sobre los actos propios vinculantes ha sido desarrollada por este Tribunal en múltiples sentencias, que guarden relación con los casos concretos debatidos, siendo el cauce adecuado para combatir el error jurídico al respecto la causa tercera del repetido artículo 136, debiendo mencionarse en tal caso la doctrina jurisprudencial, con aplicable cita de las sentencias que la sostienen, acusando su transgresión con expresión del concepto en que esa doctrina haya sido conculcada, ya sea por violación, interpretación errónea o aplicación indebida, conforme al párrafo último del mencionado precepto legal, equivalente al 1.720 de la Ley Procesal Civil en este aspecto; mas lo que puede hacerse en plantear una cuestión jurídica a través de la causa cuarta, a la que el motivo primero resulta acogido, razones todas por las que, sin necesidad de entrar en un examen más detallado de los documentos y probanzas invocadas, decae, por los expresados defectos, el motivo aquí examinado.

Considerando que así desestimado el motivo primero, el segundo debe correr la misma suerte adversa a su viabilidad, pues acusándose en él, al amparo de la causa tercera del artículo 136 de la Ley Arrendaticia mencionada, la aplicación indebida del artículo 48, número 1.º, en relación con el 47, número 2.º, de la misma Ley, al no ser combatida acertada y eficazmente—cual queda expresado—el fundamento esencial de la sentencia que se impugna, las cuestiones de orden fáctico que en este motivo se agitan para sostener la inaplicación de los preceptos invocados en calidad de infringidos, no pueden tener en la expresada causa tercera adecuado encuadramiento procesal y por ello el impugnante viene a hacer supuesto de la cuestión debatida, al sustituir el recurrente con su particular criterio el imparcial y autorizado del Tribunal de Instancia, lo que no puede admitirse, y, por otra parte, no cabe tener como demostrada una simulación absoluta en la fijación de las condiciones de la subasta, pues el hecho es que la condición quinta ha debido ser aceptada o admitida por el recurrente, ni tampoco un gran *fraus legis*, lo que conduce a rechazar este motivo.

Considerando que en el tercero, con apoyo en la causa segunda del artículo 136 de la mentada Ley Locativa Urbana, se aduce la interpretación errónea del artículo 2.050 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los artículos 1.499 y siguientes de la misma Ley procesal, en cuanto regulan la celebración de las subastas judiciales; pero este último motivo no puede prosperar, porque lo que se denuncia en él no significa en modo alguno, a tenor de los propios razonamientos de la parte recurrente, quebrantamiento de las formalidades del juicio de retracto, y aunque, en efecto, existiese, no habría sido realizada la falta oportunamente, por lo que decae también este motivo.

E. I. M.

5.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

EL REQUISITO DEL PREVIO PAGO

SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1972

I. ANTECEDENTES

1. La Diputación de A. gira liquidación por un arbitrio provincial, que se notifica con todos los requisitos legales a la sociedad obligada al pago.

2. La sociedad interpone reclamación económico-administrativa ante el Tribunal provincial, solicitando la suspensión de la ejecución del acto objeto de recurso.

3. El Tribunal económico-administrativo provincial accede a la suspensión de la ejecución, prestando la recurrente la correspondiente garantía, consistente en aval bancario por el importe de la liquidación más el 10 por 100.

4. El Tribunal económico-administrativo provincial dicta resolución desestimando la reclamación y confirmando la liquidación girada por la Diputación.

5. La sociedad, a la que se había girado la liquidación, interpone «recurso contencioso-administrativo» sin acompañar el documento acreditativo del pago, si bien se subsanó por la recurrente en el plazo de diez días concedido por la Sala de lo contencioso-administrativo.

6. La Audiencia Territorial dicta sentencia el 10 de diciembre de 1970, estimando el «recurso contencioso-administrativo» y anulando la liquidación practicada.

7. La Diputación Provincial y el Abogado del Estado interponen recurso de apelación, que es resuelto por sentencia de 6 de abril de 1972.

II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo, en esta importante sentencia de 6 de abril de 1972 (de que fue ponente Diego Espín Cánovas), sienta la siguiente doctrina (en sus considerandos 2.º, 3.º y 4.º):

«Considerando: Que la alegada inadmisibilidad se basa, según el representante de la Administración, en el incumplimiento del requisito del previo pago del importe de la liquidación recurrida, al interponer el recurso contencioso-administrativo según preceptúa el artículo 57, 2, e), de la Ley Jurisdiccional, lo que determina, conforme al artículo 82, f), de la misma, su inadmisibilidad, sin que puedan convalidarse dicha defectuosa interposición del recurso jurisdiccional por el cumplimiento ulte-

rior del requisito del pago, como aconteció en el presente caso, ya que la subsanación de defectos que autoriza el artículo 57, 3, de dicha Ley se refiere a la presentación de documentos acreditativos de los requisitos exigidos por la Ley, pero no para su cumplimiento, según jurisprudencia de este Alto Tribunal que se alega, inadmisibilidad que debe declararse aún de oficio por ser de orden público, por lo que, según el Abogado del Estado, no es obstáculo a esta declaración el que no se hubiese alegado por las partes demandadas ante el Tribunal de Primera Instancia.

Considerando: Que en el presente caso, en la interposición del recurso ante la Audiencia, se manifestó por la entonces recurrente que el importe de la liquidación más un 10 por 100 había sido afianzado por aval bancario, por acuerdo del Tribunal económico-administrativo provincial de Oviedo, con suspensión del ingreso de la cantidad garantizada, por lo que daba por cumplido el requisito del artículo 57, 2, e), de la Ley Jurisdiccional, según reiterada jurisprudencia de este Alto Tribunal, así como de auto de la Sala, a la que se dirigía en anterior recurso, y que acordado por la Sala la presentación del resguardo del pago en término de diez días, se llevó a efecto el pago por la recurrente, sin que ninguna de las partes demandadas alegase nada en su contra.

Considerando: Que si bien la garantía del aval bancario, acordada por el Tribunal económico-administrativo provincial, tiene eficacia «mientras dure la total sustanciación del procedimiento económico-administrativo», según dispone el artículo 83, 1, del Reglamento de aquella garantía a la vía jurisdiccional, no es menos cierto que invocado por la recurrente en su escrito inicial de 2 de julio de 1969, el criterio contrario mantenido por la Sala a la que se dirigía, según auto de 26 de octubre de 1969, y concedido por dicha Sala plazo de diez días para acreditar el previo pago, lo que se efectuó dentro del mismo, hay que estimar que en el presente caso debe entenderse cumplido, en términos equivalentes, el requisito del previo pago, ya que desde la interposición del recurso por la alegación del aval bancario, y dentro del plazo que se le concedió por el efectivo pago, siempre ha estado la Administración garantizada de la ejecución del acto administrativo, razones que junto a las circunstancias concurrentes ya expuestas permiten tener por cumplido el requisito del artículo citado de la Ley Jurisdiccional, rechazando así la inadmisibilidad, no alegada por ninguna de las partes demandadas en primera instancia y sólo en apelación por una de ellas.»

III. CRÍTICA

1. Esta sentencia tiene un significado trascendental en la evolución de la doctrina jurisprudencial, en cuanto supone el abandono de una acusada tendencia formalista de la Sala tercera a la hora de interpretar el requisito del previo pago. En efecto, es un hecho constatado por la doctrina la muy diferente actitud de las Salas de lo contencioso-administrativo al interpretar la norma contenida en el artículo 57, párrafo 2, apartado e), de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Como he señalado en otra ocasión (1):

a) El precepto legal se aplica a cualquier tipo de «recursos contencioso-administrativos», abstracción hecha de la materia que constituye su objeto y del órgano de que emane el acto impugnado.

b) Sin embargo, al interpretar este precepto legal único, las Salas tercera y cuarta de nuestro Tribunal Supremo han llegado a resultados harto distintos. Es cierto que ambas Salas, al señalar el criterio que

(1) *La experiencia española de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956*, en esta Revista, 1970, págs. 1036-1037.

debe presidir la interpretación del precepto, no dudan en proclamar el criterio restrictivo, como la sentencia de la Sala tercera de 7 de abril de 1962 (de que fue ponente Jiménez Asenjo), que proclamó que, «en todo caso, la duda debe ser resuelta a favor de los recurrentes, puesto que, en definitiva, dicha condición constituye un obstáculo al libre acceso a los particulares a la vía jurisdiccional contenciosa expresa en la fórmula *solve et repete*, de la cual aquel requisito es su manifestación más expresiva y debe por ello ser interpretada restrictivamente».

Pero a pesar de partir una y otra Sala del mismo principio de interpretación, al enfrentarse con aquel precepto el distinto criterio de las Salas repercute en la aplicación. Y así como la Sala cuarta considera cumplido el requisito con la simple consignación o depósito de la cantidad litigiosa, la Sala tercera sigue con el criterio formalista tradicional de entender que únicamente se cumple con el requisito cuando se efectúa el pago en firme. El hecho se destaca por un Magistrado, Mendizábal Allende, al enfrentarse, en un estudio exhaustivo, con la jurisprudencia de ambas Salas (2).

Y añadía: «Para enjuiciar debidamente aquella actitud jurisprudencial de apego al principio de su concepción tradicional, confróntese con la jurisprudencia italiana, que ha llegado a calificar el principio de *solve et repete* como anticonstitucional, en una memorable sentencia, que la doctrina ha destacado como se merece. Pues no puede ser más contrario al principio de igualdad ante la Ley precepto como el de *solve et repete*; para ciertas fortunas no supondría la menor molestia el tener que pagar antes de recurrir; para otras supondrá una grave carga, y para otras, la imposibilidad de acudir a los Tribunales para defenderse de las arbitrariedades de la Administración» (3).

También se ha eliminado en otros Ordenamientos, como el uruguayo, habiéndose afirmado: «Esta solución liberal es acorde con las recomendaciones de varias reuniones internacionales de juristas, en que tuvo participación el Uruguay, y se ajusta a la jurisprudencia de nuestra Suprema Corte, que a partir del *leading case* número 75, de 25 de mayo de 1959, Consejo Nacional de Subsistencias c Ravizza Luis H. Multa. Inconstitucionalidad, declaró inconstitucional el privilegio fiscal del pago previo» (4).

(2) *Significado actual del principio "solve et repete"*. "Revista de Administración pública" número 43. No sólo en este aspecto, sino en otros muchos se observa un muy diferente criterio jurisprudencial entre las Salas, como revelan las estadísticas judiciales. Concretamente, en las publicadas al comenzar el año judicial de 1970 se daban las cifras siguientes:

Sala Tercera. De un total de 728 recursos en única instancia tramitados en el año judicial 1969-70: Estimó totalmente, 58, estimó parcialmente, 40

Sala Cuarta. De un total de 1.382 recursos en única instancia tramitados. Estimó totalmente 150, estimó parcialmente, 65

Sala Quinta. De un total de 1.471 recursos en única instancia. Estimó totalmente, 330 estimó parcialmente, 191

Así, en estadísticas publicadas en el *Discurso de apertura de Tribunales*, Madrid, 1970. Estadísticas números 5, 6 y 7.

Podría explicarse esta diferente proporción de asuntos estimados por la diferencia existente entre los Departamentos ministeriales de que conocen las Salas, dado el reparto de competencias por Ministerios de que se parte en el sistema español.

Pues la Sala Tercera conoce, fundamentalmente, de los "recursos contencioso-administrativos" deducidos en relación con actos de los Ministerios de Obras Públicas y Hacienda que, por su solera y tradición, no incurren en tantas arbitrariedades como otros Departamentos administrativos. Además, los asuntos procedentes del Ministerio de Hacienda llegan al Tribunal Supremo después de pasar por el tamiz de los Tribunales económico-administrativos, que remedian buen número de legalidades.

Pero, además de esta circunstancia, hay que destacar la especial idiosincrasia de las distintas Salas.

(3) Cfr. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milán, 1966, páginas 60-92; VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milán, 1966, páginas 101-102.

(4) Así, A. RAMÓN REAL, *Estudios sobre Derecho administrativo*, Montevideo 1968, III, página 67.

En análogo sentido, FIX ZAMUDIO, en *Introducción al estudio del proceso tributario en el De-*

«No puede ser más elogiable esta tendencia a suprimir requisito procesal que tan abiertamente pugna con el principio de igualdad, conduciendo a inicuas denegaciones de justicia» (5).

2. Precisamente por contravenir el requisito de *solve et repete*, principio tan elemental como el de igualdad ante las cargas públicas, es elogiable toda tendencia dirigida a reducir su ámbito de aplicación y a atenuar las consecuencias de su incumplimiento.

La jurisprudencia tradicional de la Sala tercera había venido siendo la formalista. Por ejemplo, una sentencia de 30 de junio de 1970, resumiendo esta doctrina, había dicho: «Que el Abogado del Estado formula, con carácter preferente, la causa de inadmisibilidad del artículo 82, apartado f), en relación con lo preceptuado en el artículo 57-2, apartado e), ambos de la Ley Jurisdiccional, por estimar que el recurso interpuesto es, a su juicio, inadmisibile, al no existir en autos la acreditación documental del previo ingreso en el Tesoro público de la liquidación recurrida. Que, efectivamente, no aparece en ningún lugar de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales que la liquidación impugnada haya sido satisfecha, por lo que de conformidad con los artículos citados en el precedente considerando, en la interpretación que los viene dando la jurisprudencia de esta Sala, expresiva de que el mencionado ingreso tiene esencialmente el carácter de condición habilitante para el factible acceso del recurrente a la Jurisdicción, se hace necesario declarar, como la representación del Estado solicita, que el recurso que nos ocupa es procesalmente inadmisibile, sin que puedan obstar a esta conclusión las alegaciones hechas *in voce*, en el acto de la vista, por la defensa de la parte actora, relativas a la subsanación del defecto, ya que tal subsanación no ha sido llevada a cabo en modo alguno en tiempo y forma por dicha parte.»

Ya en esta sentencia de 30 de junio de 1970 se alude a una subsanación, que no había llegado a realizarse. Y la sentencia ahora comentada, de 6 de abril de 1972, en su 4.º considerando, no duda en admitir la subsanación del defecto después de interpuesto el recurso contencioso-administrativo.

El argumento que utiliza la sentencia (cfr. 4.º considerando) no es otro que el estimar que en todo momento había estado garantizado el pago de la liquidación, en cuanto durante el procedimiento económico-administrativo respondía el aval bancario, y antes de cancelar éste, el recurrente, ya en el proceso administrativo, efectuó el pago.

3. La importancia de la doctrina de la sentencia, en relación con los precedentes jurisprudenciales de la Sala, radica en el hecho de que se admite la subsanación de la falta de pago y no sólo de la falta de la presentación del documento acreditativo del pago hecho antes de iniciarse el proceso administrativo. El 4.º considerando de la sentencia comentada admite expresamente la subsanación por el hecho de que la recurrente verificó el pago dentro del plazo de diez días que le concedió la Sala al efecto, en aplicación del principio formalista que consagra el artículo 129 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

4. Por último, una referencia al problema procesal, que plantea—y resuelve con acierto—el 2.º considerando de la sentencia: las potestades de Tribunal en segunda instancia. Es incuestionable, en aplicación del prin-

recho mexicano, en "Perspectivas del Derecho público en la segunda mitad del siglo XX", Madrid 1969, págs 1100-1101

(5) En análogo sentido, CORDERO TORRES, *Los primeros diez años de la Ley de lo contencioso administrativo*, publicado en "Revista de Legislación y Jurisprudencia", núm. julio-agosto 1967 separata, pág. 19, al decir: "No ocultaremos nuestra oposición al vetusto *solve et repete*; pero el problema sale de lo jurisdiccional y entra en lo hacendístico, campo plétórico de tabúes para el jurista, aunque quizá puedan encontrarse fórmulas de caución, escalonamiento u otro medio atenuador del abono."

cipio de doble grado, que la sentencia dictada al resolver un recurso de apelación sólo puede referirse a las cuestiones planteadas en primera instancia. Ahora bien, este principio procesal general se atenúa en el proceso administrativo por aplicación del artículo 43, párrafo 2, de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que no sólo se aplica en primera instancia (6).

Pero, además, es que, en todo caso, el Juez que conoce del recurso de apelación tiene jurisdicción para conocer y decidir si en primera instancia se cumplieron los requisitos procesales, incluso de oficio, por ser cuestión de orden público. Y así lo interpreta, aplicando correctamente estos principios, la sentencia comentada.

5. Como conclusión final sólo queda destacar las nuevas corrientes que desde hace algún tiempo se observan en la Sala tercera del Tribunal Supremo. Debemos congratularnos todos los juristas de este abandono de viejas concepciones formalistas, para adoptar una línea de interpretación de los preceptos procesales congruentes con los principios informantes de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta sentencia, de que ha sido ponente Diego Espín, es una expresiva muestra de esta tendencia.

J. G. P.

(6) GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1967 tomo III, pág. 391

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

SECCION QUINTA: IMPUESTOS DE SUCESIONES, TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS

POR FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS

1. *ORGANIZACION SINDICAL: La exención subjetiva reconocida a su favor no es aplicable a los Sindicatos y demás entidades sindicales, que aun formando estructuralmente parte de aquélla, gozan de personalidad jurídica independiente y patrimonio propio* (RESOLUCIÓN DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 1970).

A) *Hechos*.—Los constituye un contrato de compraventa de una finca celebrado entre la Delegación Nacional de Sindicatos, como vendedor, y el Sindicato Nacional de Frutos y Productos Hortícolas, como comprador, acto que originó una liquidación al 7,40 por 100, considerada impropcedente por el Sindicato citado, al no haberse tenido en cuenta, según expuso en trámite de alegaciones, la exención prevista en el artículo 65, letra o), del texto refundido de 1967, a favor de la Organización Sindical, de la que forma parte integrante el Sindicato comprador, todo ello unido al destino (instalación de un servicio propio) que iba a darse a la finca.

El Tribunal Provincial centró el tema sobre la existencia en el Sindicato de una personalidad jurídica independiente de la Organización Sindical, citando a estos efectos los Decretos de 1941 y 1943 y el de 28 de junio de 1965, que distinguió perfectamente la personalidad de la Delegación Nacional de Sindicatos y la de los Sindicatos nacionales, para concluir que al tratarse de entes jurídicos distintos, con patrimonios separados y fines diferentes, no podía aplicarse a los segundos la exención tributaria concedida a la primera.

En la alzada, el recurrente insistió y amplió la argumentación ya expuesta, a la que responde el Central en la forma siguiente:

B) *Doctrina*.—Que el vigente texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales—aplicable al caso en virtud de lo prevenido en su disposición transitoria 1.ª—declara exentas las transmisiones patrimoniales *inter vivos* en las que la obligación de satisfacer el

Impuesto recaiga sobre la Organización Sindical, excepto en lo que respecta a adquisiciones de bienes raíces, en cuyo caso la exención se entenderá limitada a las que efectúe para instalar sus propios servicios u oficinas (1).

Que la Organización Sindical Española nace como uno de los servicios de F.E.T. y de las J.O.N.S., carente, en principio, de personalidad jurídica propia y distinta de la del Movimiento, del que formaba parte integrante, ya que este último constituía una sola persona jurídica, con un solo patrimonio (2), sin perjuicio de la personalidad jurídica propia e independiente de los Sindicatos nacionales y Hermandades Sindicales como Corporaciones de Derecho Público, por lo que resultaba perfectamente distinguible, dentro de la Comunidad Nacional sindicalista, y Organización Sindical en su más amplio sentido, por una parte, la personalidad jurídica de la Delegación Nacional de Sindicatos y sus órganos delegados (que era, en definitiva, la misma personalidad jurídica y patrimonial unitaria del Movimiento), y, por otra, la personalidad propia e independiente de los Sindicatos Nacionales y Hermandades Sindicales.

Que esa distinción fundamental entre los órganos de la Organización Sindical propiamente dicha, integrantes de la personalidad jurídica del Movimiento y los Sindicatos nacionales, personas jurídicas independientes y distintas de aquél, trascendió al campo jurídico-fiscal, y así, la Ley de 21 de marzo de 1958 declaró exentos del Impuesto de Derechos Reales los actos y contratos en que interviniera, como persona obligada al pago, la Delegación Nacional de Sindicatos, bien por sí o por medio de sus organismos delegados, siempre que tuvieran por objeto directo el cumplimiento o realización de fines atribuidos a la Organización Sindical por la misma Ley, y, por su parte, el Decreto de 27 de abril de 1951 declaró incluidas en la equiparación que a efectos tributarios estableció la Ley de 6 de noviembre de 1941, entre el Movimiento y el Estado, a la Delegación Nacional de Sindicatos y a las Centrales Nacionalesindicalistas dependientes de la misma, exceptuando expresamente de tal inclusión a los Sindicatos, Gremios, Hermandades y demás entidades sindicales con personalidad jurídica y patrimonio distinto de los del Movimiento.

Que la Ley de 11 de junio de 1964 y, posteriormente, el texto refundido de la del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales hoy en vigor no pueden ser interpretados en sentido diferente, siendo forzoso entender que la exención que conceden a la Organización Sindical no alcanza a los Sindicatos nacionales y demás entidades sindicales dotados de personalidad jurídica propia, porque aun cuando estas entidades se encuentren más o menos sometidas a aquéllas, no son, en rigor, la Organización misma, sino sujetos de derecho diferentes con personalidad separada e inconfundible.

Como pone de manifiesto la propia Resolución en uno de sus considerandos, con posterioridad a la publicación de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964, se han producido modificaciones muy importantes en la concepción y régimen jurídico de la Organización Sindical, tales como: 1) El Decreto de 28 de junio de 1965, que atribuyó a la Delegación Nacional de Sindicatos personalidad jurídica y patrimonio propio para el cumplimiento de sus fines generales. Con ello dejó de ser un mero órgano del Movimiento integrado en la perso-

(1) Artículo 65-1-1.º-o), que reproduce el artículo 146-1.º-o) de la Ley de 11 de junio de 1964, siendo de notar que el inmediato precedente de la norma de referencia se encuentra en el número 3.º del apartado C) del artículo 3.º de la Ley del impuesto de Derechos reales de 21 de marzo de 1958, redactada en términos sustancialmente idénticos, aunque en esta última la exención se otorgaba a "la Delegación Nacional de Sindicatos", mientras que en la norma legal vigente se hace en favor de "la Organización Sindical".

(2) Véanse artículos 22 y 23 de los Estatutos de Falange Española, artículo 1.º de la Ley de Unidad Sindical de 26 de enero de 1940 y Ley de Bases de la Organización Sindical del mismo año.

nalidad unitaria del mismo, y pasó a ser una persona jurídica diferente con separación también en el aspecto patrimonial, pero sin que por ello se confundiera o unificara con los Sindicatos y entidades sindicales, que conservaron su personalidad y patrimonio propio para el cumplimiento de sus fines específicos. 2) El Decreto de 20 de diciembre de 1968, que derogó el Estatuto del Movimiento de 1939, y el Decreto de 20 de agosto de 1957, con lo que la Organización Sindical dejó de ser un servicio perteneciente a la estructura del Movimiento y una Delegación Nacional del mismo. 3) El Decreto-Ley de 29 de octubre de 1969, conforme al cual el Delegado Nacional de Sindicatos tiene la condición de Ministro sin cartera y asume las funciones que en orden a la Organización Sindical correspondían al Ministro Secretario General del Movimiento, con lo que se consuma la separación entre aquélla y éste, quedando dotados ambos de personalidad jurídica y patrimonio propio y sometidos a jefaturas distintas de igual rango político.

Pero la modificación de mayor trascendencia y ámbito surge con la publicación en el año 1971 de la Ley Sindical. Según ella, la Organización Sindical está integrada por los Sindicatos, y en orden a su naturaleza, se estructura en Organizaciones Profesionales (Asociaciones; Uniones; Colegios profesionales sindicales; Consejos de trabajadores, técnicos y empresarios) y en órganos de composición y coordinación (definidos en la propia Ley como entidades que asumen funciones de armonización de los intereses de las organizaciones profesionales y representan los de carácter común; así, las entidades intersindicales y federaciones, que tienen, según la Ley, naturaleza de Corporaciones de Derecho Público. Son órganos territoriales de la Organización, sus delegaciones a escala provincial, comarcal y local (3).

En distintos artículos de la Ley se reconoce expresamente la personalidad jurídica de algunos de estos órganos y entidades. Así, en el 15 y 19, la de las Asociaciones y Uniones, respectivamente; en el 20 se dice que podrán tenerla las Agrupaciones, y en el 24 se reconoce personalidad y categoría de Corporaciones de Derecho Público a los Sindicatos.

Estas puntualizaciones no dejan de tener interés, pues según la jurisprudencia fiscal, de la que es ejemplo esta Resolución, la existencia o no de personalidad jurídica es el elemento determinante de la existencia o no de exención. El criterio es idéntico al que se sigue para el Estado en el artículo 65, 1, 1.º, apartado a), del texto refundido del Impuesto.

Como dice la propia Resolución, las sustanciales modificaciones introducidas en el ámbito sindical por las normas antes citadas no alteran, al menos por ahora, el status fiscal de la Organización Sindical, entre otras razones porque la propia Ley Sindical, en lo que a exenciones y beneficios fiscales se refiere, remite a los «establecidos o que se establezcan a su favor en las disposiciones legales» y, por tanto, la aplicación de aquel status a los Sindicatos y demás entidades sindicales que gozan de personalidad jurídica y no tengan expresamente reconocida exención a su favor, exigirá una modificación de los preceptos fiscales vigentes.

2. **POLIGONOS INDUSTRIALES EN POLOS DE DESARROLLO:** No recogida por la Ley del Impuesto de 1958 la exención prevista en el artículo 193, apartado d), de la Ley del Suelo, para la primera enajenación de los solares resultantes de una nueva urbanización, en sectores de reforma interior, sólo es procedente su aplicación a los

(3) Véase artículo 2.º en relación con el 3, 13, 31, 41 y 42 de la Ley Sindical de 1971

Polígonos Industriales creados en los Polos de Desarrollo, en la forma y extensión que la legislación de dichos Polos determina (RESOLUCIÓN DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1970).

A) *Hechos*.—El documento que dio lugar a la liquidación impugnada era una escritura de compraventa, por la que la sociedad recurrente compró a la Gerencia de Urbanización del Ministerio de la Vivienda una parcela situada, según se acreditó, en el polígono industrial de Cogullada (Zaragoza). Se pedía la exención prevista en el apartado 1.º *d)*, del artículo 193, de la Ley del Suelo, y en el artículo 146, número 39, de la Ley de Reforma Tributaria de 1964.

El Tribunal Central estableció la doctrina siguiente:

B) *Doctrina*.—Que el artículo 5.º del Decreto de 30 de enero de 1964, complementando lo dispuesto en la Ley de 28 de diciembre de 1963, aprobatoria del Plan de Desarrollo, establece que a los Polígonos Industriales que se establezcan en los Polos de Desarrollo Industrial, entre los que se cuenta el de Zaragoza, les son aplicables los beneficios fiscales consignados en el título V, capítulo IV, de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, que en el apartado *d)* de su artículo 193 declara exentas de pago del Impuesto de Derechos Reales y Timbre la primera enajenación de los solares que resultasen de una nueva urbanización en sectores de extensión o de reforma interior, características todas concurrentes en la parcela adquirida por medio de la escritura generadora de la presente reclamación.

Que dicha exención estuvo vigente hasta la publicación de la Ley del Impuesto de Derechos Reales de 21 de marzo de 1958, que solamente recogió algunas de las exenciones de la Ley del Suelo, siendo precisamente la exención debatida una de las no recogidas por la mencionada Ley, quedando tal exención, por consiguiente, derogada, sin que la Ley de Reforma Tributaria suponga cambio alguno al respecto.

Que, no obstante lo anterior, a los Polígonos Industriales ubicados dentro del ámbito territorial de los Polos de Promoción y Desarrollo, creados por aplicación de la Ley del Plan de Desarrollo de 1963, les serán de aplicación todas las exenciones y bonificaciones del artículo 193 de la Ley del Suelo, incluso las que la Ley de 21 de marzo de 1958 había derogado, con lo que esas exenciones reviven excepcionalmente en la forma y con la extensión que la legislación de los Polos determine, esto es, que la vigencia de dicha exención será sólo parcial; se aplicará únicamente a los Polígonos Industriales creados en los Polos.

Que a tenor de lo expuesto para que la compra de parcelas en un Polígono Industrial goce de exención, es requisito *sine qua non* que la empresa adquirente esté acogida a los beneficios del Polo de Desarrollo y haya obtenido la calificación de empresa beneficiaria, sin que tal exención pueda extenderse a cualquier comprador por el solo hecho de tratarse de terrenos situados en un Polígono Industrial, como pretende la sociedad reclamante.

3. RENUNCIA DE GANANCIALES Y HERENCIA: *Implica una doble liquidación, a cargo de los herederos renunciantes, por el concepto de herencia, y a cargo del cónyuge viudo, beneficiario de la renuncia, por el concepto de donación (RESOLUCIÓN DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1970).*

A) *Hechos*.—Doña Romualda falleció bajo testamento, en el que instituyó herederos, en distinta proporción, a su esposo y a los tres hijos del matrimonio. Estos renunciaron, en acto posterior, a todos los dere-

chos que pudieran corresponderles en la disuelta sociedad de gananciales de sus padres y en la herencia de su madre, invocando expresamente a estos efectos el artículo 981 y siguientes del Código Civil y la Resolución de la Dirección General de Registros de 2 de febrero de 1960.

El viudo, con base en la renuncia referida y en la declaración de que todos los bienes relictos eran gananciales, otorgó escritura pública de manifestación y adjudicación por este concepto, y en su vista, la Abogacía del Estado declaró exenta la mitad de la base comprobada, aplicando al resto el número 1, h), de la Tarifa, al 12 por 100.

El reclamante alegó, pretendiendo la exención total, que «por la renuncia de los herederos del cónyuge premuriere a sus derechos en la sociedad conyugal disuelta pasaron todos los bienes de ésta a constituir el acervo patrimonial o haber ganancial, correspondiente por este único concepto al sobreviviente y dando lugar a la adjudicación de los mismos a su favor a la exención fiscal contenida en el artículo 146, número 16, de la Ley de 11 de junio de 1964».

En la alzada, el Tribunal Central estimó que existía una cuestión nueva no planteada, cual era la posible aplicación al caso del artículo 22, número 8, del Reglamento de 1959, y con revocación del fallo de primera instancia, devolvió el expediente. Consecuencia de esta resolución fue otra del Tribunal Provincial, por la que se anuló la liquidación girada y se sustituyó por otras dos: una a cargo de los hijos de la causante (núm. 1 de la Tarifa) y la segunda a cargo del viudo (núm. 2), por estimar que existió transmisión hereditaria a favor de los primeros, y donación de éstos a su padre, de la mitad del haber ganancial.

Veamos la postura del Tribunal Central ante el recurso a que dio lugar este nuevo tratamiento fiscal:

B) *Doctrina*.—Que al margen de los problemas, tan debatidos en Derecho Civil, de si la sociedad de gananciales es una comunidad romana de cuotas, o germánica en mano común, y de si la renuncia a sus efectos y consecuencias es o no abdicativa y el haber del renunciante es adquirido por acrecimiento o por el tránsito que la renuncia produce, la cuestión ha de enmarcarse en la interpretación del artículo 22, número 8, del Reglamento de 15 de enero de 1959, en vigor al fallecer doña Romualda (1).

Que la regla general (contenida en el núm. 8 del art. 22 citado) según la cual se entenderá realizada la adjudicación de gananciales, aunque no se haga expresamente, por el solo hecho del fallecimiento de uno de los cónyuges, carece de excepción o presunción en contrario para el supuesto de renuncia por los herederos del premuerto no sólo porque la contemplada norma fiscal no la enuncia, sino también porque no puede deducirse de su texto, ya que al pronunciarse sobre los efectos de la renuncia gratuita sólo cita como beneficiarios de ella a los herederos, que son, lógicamente, los del consorte fallecido, todo lo cual conduce a la conclusión de que tales herederos se adjudican los gananciales correspondientes a su causante por el solo hecho del óbito de éste y pasan a formar parte de su herencia, conforme al artículo 659 del Código Civil, pues la tesis del recurso, que, en definitiva, consiste en sostener que los gananciales, en caso de renuncia, representan un patrimonio separado, que no debe ser confundido por la herencia propiamente dicha, es en Derecho Tributario, cualesquiera sean las tendencias de la doctrina civil o hipotecaria, inadmisibles, según el criterio sentado por la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1968.

Que, como razona tal sentencia, el artículo 22 del Reglamento del

(1) Y actualmente a tenor de la Sexta Disposición Transitoria del texto refundido de 6 de abril de 1967.

Impuesto confirma el carácter de herencia de la parte de gananciales que corresponda a los herederos, «al entender que realizada la adjudicación de gananciales por el solo hecho de la disolución de la sociedad conyugal, por fallecimiento de uno de los cónyuges, al referirse a la posibilidad de la renuncia alude solamente al cónyuge superviviente, y por ello ha de entenderse que aquélla, en relación de tercera persona (como referida necesariamente a bienes del cónyuge premuerto), no puede merecer otra calificación, en este aspecto, que el de herencia», calificación que basta para desestimar la tesis de los recurrentes de que la adquisición operada a favor del viudo debe estar, como la de los gananciales que a él le correspondan, exenta del impuesto sucesorio.

Que sentado lo anterior, la cuestión queda reducida a decidir si procede girar una sola liquidación a cargo del viudo o, por el contrario, deben practicarse dos liquidaciones, una a cargo de los herederos y otra a nombre de aquél, por el concepto de donación, para lo que deben tenerse muy en cuenta los términos literales de la renuncia.

Que la renuncia a la herencia tenía en la legislación anterior y en el siguiente texto refundido un tratamiento, en el que se establecen dos supuestos: uno cuando el heredero o legatario, antes de la prescripción del impuesto, repudie o renuncie pura, simple y gratuitamente la herencia o legado, conforme al número 3 del artículo 1.000 del Código Civil, a favor de quienes debe acrecer la porción repudiada o renunciada y en el que tan sólo se gira el impuesto al beneficiario, y el segundo, que comprende todos los demás casos de renuncia, exigiéndose el impuesto al renunciante por herencia o legado, sin perjuicio de lo que deba liquidarse, además, por la cesión o donación de la parte renunciada.

Que el caso del recurso no puede incluirse en el primer supuesto, ya que no se renuncia a la herencia pura y simplemente, sin discriminación de partes, del modo que exige el número 3 del artículo 1.000 del Código Civil, sino que claramente se hace una distinción entre lo que se denomina herencia y los bienes gananciales, para que los primeros sigan la suerte del derecho de acrecer, según los artículos 981 y siguientes del Código Civil, y los segundos, conforme a la orientación doctrinal de la Resolución de la Dirección General de los Registros de 2 de octubre de 1960, acrezcan a los gananciales del superviviente, con lo cual, al decidir así el destino de uno y otro grupo de bienes, se incide en el segundo supuesto del citado artículo 133-6 de la Ley de 11 de junio de 1964, procediendo exigir el impuesto a los renunciantes por herencia y el beneficiario por donación.

4. *DOBLE IMPOSICION: Como consecuencia lógica de la argumentación que sirvió de base a la resolución precedente se rechaza la existencia de una doble imposición, como pretendían los recurrentes (RESOLUCIÓN DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1970).*

A) *Hechos.*—El supuesto es, en cierto modo, continuación del que dio lugar a la resolución que precede, y surge con el fallecimiento del viudo bajo testamento, en el que instituye herederos a sus tres hijos, quienes al solicitar la liquidación del impuesto hicieron constar textualmente en la instancia lo siguiente: «Entendemos que es de tener en cuenta en la presente liquidación el hecho de que al ser practicada la de nuestra madre, con la renuncia por nosotros de la parte que nos corresponde en la sociedad de gananciales disuelta, se le aplicó a nuestro padre el concepto y tipo de herencia en cuanto a esa parte renunciada, como si efectivamente la hubiésemos heredado nosotros, por lo que el

tributar de nuevo en cuanto a esa cantidad habría de implicar una evidente duplicidad de pago.»

En la alzada se reiteró la argumentación transcrita y, en definitiva, la procedencia, por aplicación del principio *non bis in idem*, de rebajar en la cuota a que dio lugar la liquidación objeto de este recurso lo satisfecho por las liquidaciones giradas a cargo de los recurrentes en la herencia de su madre.

El Tribunal Central resuelve del modo siguiente:

B) *Doctrina*.—Que el recurso incide en error calificando de doble imposición lo que ha sido en la realidad fáctica una doble transmisión y fiscalmente tres transmisiones diferentes, por lo que no es dable apreciar la duplicidad de tributar por un solo hecho impositivo ni, por tanto, la infracción del invocado principio *non bis in idem*, ya que, por aplicación del artículo 22-8 del Reglamento de 15 de enero de 1959, existía, por el solo hecho del fallecimiento de doña Romualda, una adjudicación de su haber en la disuelta sociedad de gananciales a favor de sus tres hijos y herederos, lo que daba lugar a la correspondiente liquidación del impuesto sucesorio por el número 1 de su tarifa; al mismo tiempo que la renuncia de dichos herederos de aquella parte de gananciales no a favor de quienes, según el artículo 1.000-3 del Código Civil, tuvieran derecho de acrecer y sí, concretamente, a favor del viudo, se halla en el supuesto del último inciso del párrafo 1.º del artículo 133-6 de la Ley de 11 de junio de 1964, dando lugar a una segunda transmisión, liquidable como donación, y ya esos bienes en el patrimonio del cónyuge viudo, el óbito de éste genera la tercera transmisión, ya que por herencia adquieren los ahora recurrentes.

Que según lo anteriormente razonado no existe la acusada e imprecendente doble imposición, con el consiguiente perjuicio económico para los recurrentes, pues es obvio que si ellos no hubiesen renunciado a sus derechos, ni se había exigido el impuesto por la donación a que dio lugar la renuncia ni ahora podía girarse por bienes que no estarían en el patrimonio del cónyuge viudo, hoy causante, sino en el suyo propio, siendo, pues, estos dos últimos devengos del impuesto la consecuencia de sus actos.

Que la legislación del impuesto tan sólo establece, ante el caso de varias transmisiones *mortis causa* de los mismos bienes en un breve espacio de tiempo (diez años), la posibilidad de deducir de las bases imponibles en la segunda y posteriores lo satisfecho por el impuesto sucesorio en las precedentes, pero nunca rebajar la cuota satisfecha de la liquidada después, que es lo que se pretende; mas tampoco aquella desgravación fiscal sería de aplicación al caso de este recurso, porque existe en medio una transmisión *inter vivos*, la donación de los hijos al padre, que rompe el ininterrumpido tracto exigido por el precepto fiscal.

F. M. C.

LIBROS

BÉRGAMO, ALEJANDRO: *Sociedades anónimas (Las acciones)*. Tres tomos. 2.400 págs.

Calificación

La obra *Sociedades anónimas*, que acaba de publicar el Notario de Madrid ALEJANDRO BÉRGAMO LLABRÉS, es un verdadero monumento de la literatura jurídico-mercantil de nuestra época.

La forma de titular la obra requiere una observación preliminar. El hecho de que al epígrafe *Sociedades anónimas* se añada como subtítulo *Las acciones* quiere decir, a nuestro juicio, dos cosas: en primer lugar, que no es un tratado rígido, formal ni presuntivamente exhaustivo de la compañía anónima, y, en segundo lugar, que el concepto de acción es el que ilumina todo el trabajo. Pero hay que añadir acto seguido que no nos encontramos tan sólo ante un estudio de la acción y de los numerosos problemas que plantea, sino que en los tres tomos de BÉRGAMO se estudia toda la sociedad anónima precisamente a través del prisma de la acción. Y así, la posición jurídica del accionista y, por consiguiente, su rica gama de derechos y obligaciones, son ampliamente analizados por BÉRGAMO, quien de este modo ofrece a los estudiosos del Derecho mercantil un verdadero tratado de las sociedades anónimas contemplado desde el punto de vista del accionista.

Plan general de la obra

Por ello empieza el autor por enfrentarse con los tres aspectos clásicos del *concepto de acción* (parte del capital, título, derecho) para seguir examinando el nacimiento de la misma, su modo de circular, los derechos que de ella nacen y los derechos especiales que pueden tener como objeto la acción.

En la introducción investiga BÉRGAMO el carácter fundamental de la acción dentro de la sociedad anónima, recorre su ciclo evolutivo y recoge a legislación vigente en materia de sociedades anónimas en todos los países del mundo, deteniéndose de manera especial en el ordenamiento español, para lo cual toma como base la Ley de 17 de julio de 1951, detalla los preceptos que quedaron vigentes a su publicación y sistematiza todas las normas posteriores a dicha Ley. Termina la introducción con una amplia bibliografía universal de los tratados generales sobre sociedades anónimas.

El aspecto de la acción, como *parte alicuota del capital*, comienza con la exposición de este concepto y de su función, que, a juicio de BÉRGAMO, es cuádruple: cifra de expresión de las aportaciones, cifra de responsabilidad, cifra de garantía para los accionistas actuales y futuros y cifra de moderación. Muy clara es la distinción entre capital y patrimonio social, ya que aquél es una cifra legal, una partida del balance, un valor nominal, mientras que el patrimonio es una suma de valores reales, una

masa de bienes con significación acusadamente económica. Deriva de ello la intangibilidad de la cifra capital, cuya defensa determina los subprincipios de unidad, determinación, realidad, estabilidad e intervención del capital.

Después de un detallado estudio sobre el concepto y la función del capital en la forma que hemos indicado, pasa el autor a analizar la acción como parte alicuota del capital y los diversos matices que tiene su valor económico (nominal, real, contable, bursátil). Ahora bien, no cabe confundir los conceptos de acción y de porción de interés del socio. La disparidad radica en una serie de datos, cada uno de los cuales reviste características peculiares, y a los que los mercantilistas han atribuido trascendencia diversa (limitación de responsabilidad, paridad de valor, representación por títulos, transmisibilidad). Especial consideración merece el estudio de las acciones sin valor nominal, conocidas en los Estados Unidos y expresamente prohibidas por la legislación española.

El segundo aspecto fundamental de la acción es el de ser un título: el *título-acción*, que debe contener los requisitos que señala el artículo 43 de la Ley.

El título-acción se examina a través de las siguientes características: es un documento «certificante», porque la firma de uno o varios administradores en el mismo obliga a la compañía; tiene carácter «dispositivo», porque la cualidad de socio no exige la titularidad de la acción como elemento constitutivo, y, además, representa una «participación» social.

Especial atención se dedica al interesantísimo problema de si la acción es o no un título de crédito, examinándose la evolución histórica del tema, la posibilidad de aplicar a la acción los principios que rigen los títulos de crédito (unilateralidad, literalidad, necesidad) y las características de la acción como título de crédito (impropio, no rigurosamente formal, causal, de ejercicio continuado, de serie y ambulante).

Después de afrontar los variados problemas doctrinales que plantea el título-acción, examina el autor con detenimiento el formato material de la misma (matriz, cuerpo central, cupones) y los requisitos que debe contener, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes.

Sigue el capítulo con atinadas consideraciones acerca de los resguardos provisionales, los extractos de inscripción y los títulos múltiples, materia esta última que, teniendo tan vivo interés práctico, carece de construcción doctrinal en nuestra literatura jurídica.

Termina la primera parte de la obra con el examen del tercer aspecto de la acción: como *derecho*, es decir, la acción como unidad de medida de los derechos que derivan del estado de socio. El derecho de socio tiene tres características esenciales: es un derecho complejo, porque agrupa distintos poderes jurídicos y de muy diverso alcance; es un derecho impersonal, porque se adquiere *intuitu pecuniae*, y es un derecho indivisible, puesto que una sola persona puede y debe ejercitar los derechos que de la acción derivan.

La suscripción de acciones y el tipo de emisión

La acción se adquiere originariamente mediante el *negocio jurídico de suscripción*, que se integra de un acto unilateral dirigido a adquirir la cualidad de socio y de la asunción frente a la compañía de la obligación de integrar el capital social. Es imposible en el estrecho margen de este trabajo exponer, siquiera sea someramente, la variedad de cuestiones examinadas por BÉRGAMO al tratar de la suscripción de acciones. Citemos, como más importantes, la capacidad jurídica para suscribir, la irrevocabilidad de la suscripción, el principio de la suscripción total, la suscripción de acciones en la fundación sucesiva y las acciones en

cartera. Es de destacar la opinión de BÉRGAMO, según la cual, pese al texto rotundo del artículo 8 de la Ley de Sociedades Anónimas, existen las acciones en cartera durante el período que media entre el acuerdo de aumento de capital inscrito en el Registro Mercantil y la suscripción de todas o parte de las acciones representativas de dicho aumento.

En lo que se refiere a la *prima de emisión*, BÉRGAMO aborda cuestiones tan interesantes como las siguientes: prima de emisión y plusvalía de negociación, órganos competentes para acordar su exigibilidad, el problema de si debe afectar a la prima el desembolso mínimo del 25 por 100 del valor nominal de cada acción, la responsabilidad por abono de dividendos pasivos y la prima de emisión, el cálculo de la prima y el destino de la misma.

La liberación de las acciones

Íntimamente ligado a los negocios de emisión y suscripción se encuentra el de la liberación de las acciones suscritas, lo que tiene lugar mediante la *aportación*. La aportación tiene, a su vez, dos modalidades, cuya distinción es rica en consecuencias jurídicas: la aportación dineraria y la aportación *in natura*.

El estudio de la *aportación dineraria* comienza con el de las aportaciones en moneda extranjera, en el que se distinguen cuatro facetas: contravalor de divisas, pesetas transferibles, pesetas convertibles y moneda española propiedad de extranjeros residentes en España o de españoles residentes en el extranjero. Continúa BÉRGAMO con un análisis, verdaderamente inédito en la doctrina española, del desembolso dinerario en la fundación sucesiva. El principio de desembolso mínimo de la cuarta parte del valor nominal de la acción es abordado seguidamente, cerrándose el capítulo con la cuestión del abono de dividendos pasivos, en la que BÉRGAMO se enfrenta con problemática tan viva como la del órgano legitimado para reclamarlos, el tiempo en que puede exigirse el desembolso, los derechos de la sociedad en caso de impago y la responsabilidad por el desembolso de dividendos pasivos.

El capítulo dedicado a la *aportación «in natura»* del suscriptor es uno de los más densos de la obra. Después de contemplar las llamadas acciones «gratuitas», «industriales» y de «trabajo», BÉRGAMO examina el problema de la naturaleza jurídica de la aportación a sociedad, con sus corolarios de entrega del bien aportado, obligación de saneamiento, el riesgo en la aportación y la revisión (por los administradores o judicial) de las aportaciones *in natura*, para entrar seguidamente en el examen a fondo de los diferentes tipos de aportación: de empresa, con las dificultades que suscita el consentimiento de la mujer casada; de derechos de propiedad industrial; de «equipo capital» de origen extranjero; de asistencia técnica extranjera; de créditos; de créditos garantizados con hipoteca, y de créditos por prestación de servicios, terminando con atinadas consideraciones acerca de la aportación a título de goce y de cosa futura.

Las aportaciones suplementarias del accionista

Es concepto fundamental de la sociedad anónima el de la «responsabilidad limitada» del accionista a la prestación patrimonial prometida en virtud del contrato de suscripción. Pero esta denominación es inexacta: de la prestación prometida responde el socio ilimitadamente. Por ello, la técnica moderna prefiere sustituir la expresión «responsabilidad limitada» por la de «participación limitada». Son merecedoras de interés

las *aportaciones suplementarias del accionista*. Nos encontramos ante las figuras de los nuevos *engagements*, las llamadas «obligaciones sociales accesorias», las primas de emisión, los desembolsos suplementarios «a fondo perdido», las prestaciones suplementarias «determinadas» y los desembolsos suplementarios exigidos «por vía indirecta».

Dinámica de la acción. Las cláusulas de «aprobación» y de «tanteo»

La parte tercera de la obra trata de la *circulación de las acciones*, partiendo de la distinción entre acciones nominativas y al portador, ya que el concepto de acciones «a la orden» es extraño a nuestro sistema. Se detiene especialmente el autor en el tratamiento jurídico de las dos citadas clases de acciones, desde el doble punto de vista de la constatación formal de los títulos y la legitimación de la cualidad de socio. El capítulo termina con el estudio de la transmisión de acciones según su naturaleza, profundizándose sobre temas tan trascendentales como la comunicación de la transmisión, el valor jurídico de la anotación en el libro registro, la tradición y la posesión de acciones.

La norma general de libre transmisibilidad de las acciones tiene una importante excepción en los *pactos limitativos* de la misma, sean establecidos en los estatutos o en virtud de pactos posteriores. Distingue BÉRGAMO dos cláusulas restrictivas importantes: la cláusula de «aprobación», respecto de la cual examina las transmisiones a que es aplicable, el órgano que dictamina la aprobación, el plazo para emitir el fallo, la motivación o inmotivación del fallo negativo y las consecuencias de la resolución adversa, y la cláusula de «tanteo», cuyo caballo de batalla estriba en la fijación del precio, para lo que pueden seguirse dos sistemas: el de la «fijación discrecional» (el experto, la Junta general, el Consejo de Administración) y el de la «fijación reglada» (cotización bursátil, adquisición por subasta pública, capitalización de dividendos anteriores, valor nominal de la acción, referencia al último balance, valor liquidativo y valor superior). Después de estudiar la prohibición de transmitir las acciones antes de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, BÉRGAMO entra en el examen de las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones nacidas no de la voluntad individual, sino del ordenamiento vigente, con especial referencia a la cuantía de la participación extranjera en las sociedades españolas y de los numerosos problemas que plantea.

Termina esta parte de la obra con dos capítulos muy sugestivos: uno, dedicado a la *adquisición por la sociedad de sus propias acciones*, y otro, en el que por primera vez se presenta sistematizado el arduo problema de la *amortización de acciones*. La amortización de acciones de sociedades con «activo percedero»; las diferencias entre la amortización de acciones y de obligaciones; las teorías del «dividendo extraordinario» y del «reembolso», que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la amortización de acciones; los métodos de amortización (por sorteo o por compra directa), etc., representan una pequeña muestra del amplio temario tratado, que se cierra con un análisis exhaustivo de las acciones de goce.

El beneficio. Su distribución. Los dividendos activos

Una vez finalizado el estudio de la acción en sí entra BÉRGAMO en el análisis de la acción como generadora de derechos, con sendos capítulos dedicados al derecho de dividendo, derecho a voto, derecho de suscrip-

ción preferente, derecho de impugnación, derecho de información, derecho de intervenir en la gestión social, derecho de separación, derechos privilegiados y derecho a la cuota liquidativa.

El *derecho de dividendo* empieza con el estudio del *beneficio*, como base de aquél. Las notas distintivas del beneficio, las normas de contabilidad relativas a la determinación del beneficio, el balance, la regularización del balance, la cuenta de pérdidas y ganancias o cuenta de resultados y las amortizaciones del activo (concepto, naturaleza jurídica cálculo, fijación de la cuota de amortización, la amortización según los diferentes bienes a que afecta, las amortizaciones extraordinarias, la especialidad de las amortizaciones, el empleo de los fondos de amortización y la amortización desde el punto de vista del Derecho fiscal español) constituyen el entramado de esta sección, cuyo epílogo es el examen del beneficio repartible y la fiscalización de los documentos contables en los sistemas alemán, francés, italiano y español.

Una vez determinado el beneficio surge el problema de su *distribución* y la escala de prioridades en su reparto: fondos de regularización de partidas del activo, reservas, participación asignada a los fundadores y promotores, participación de los accionistas y de los administradores, reservas voluntarias y remanente a cuenta nueva.

Viene a continuación el estudio de los *dividendos activos*, en el que a través de numerosas páginas se acometen problemas tan importantes como los siguientes: el pacto fundacional de renuncia al dividendo; naturaleza jurídica del derecho de dividendo; titulares del derecho de dividendo; órgano legitimado para fijar el dividendo; ámbito de la soberanía de la Junta en orden a la fijación y reparto del dividendo; limitaciones legales a la fijación del dividendo (principio del dividendo «real», principio de «recta distribución» del dividendo, principio de «aleatoriedad» del dividendo, dividendo garantizado por tercero, dividendo garantizado por la sociedad); limitaciones estatutarias a la fijación del dividendo; la «cristalización» del dividendo; la irrevocabilidad del dividendo; el derecho de dividendo, la declaración de quiebra y la compensación; pago del dividendo; relación entre el dividendo y el valor nominal de la acción; pago de dividendos preferentes; anticipos a cuenta del dividendo y distribución de dividendos ficticios.

El voto

El capítulo dedicado al *derecho de voto* aborda numerosas cuestiones, que son tratadas a fondo y con claridad. Citemos, entre ellas: la naturaleza jurídica del derecho de voto, sus caracteres, su titularidad, el ejercicio del voto por el propio accionista, la emisión de distintos votos por el mismo titular, la representación voluntaria y legal en el ejercicio del voto, la relación entre voto y capital, la limitación del número de votos, las acciones de voto limitado, las acciones de voto privilegiado (voto plural), el voto de calidad en caso de empate, la cesión del derecho de voto, la «cesión legitimadora» del voto, la suspensión y la interdicción del voto y las responsabilidades derivadas del ejercicio del voto.

El capítulo termina con un sugestivo estudio de la *sindicación de acciones*, en la que BÉRGAMO distingue entre el sindicato «obligacional» o sin depósito de títulos (con su doble vertiente del compromiso directo de los sindicados de votar en determinado sentido y el apoderamiento al síndico) y el sindicato «real», con las diversas fórmulas que pueden adoptarse. El tema, por su trascendencia práctica, es de relevante interés.

El derecho de suscripción preferente

En el capítulo dedicado al *derecho de suscripción preferente* se trata la naturaleza jurídica del mismo y sus caracteres, el titular del derecho, el plazo y lugar para su ejercicio, el *modus operandi*, la proporcionalidad del derecho de suscripción preferente, el derecho de suscripción preferente y la emisión de acciones con prima, el destino de los excedentes y la disponibilidad del derecho de suscripción preferente, así como los supuestos que no funcionen (aportaciones *in natura*, conversión de obligaciones en acciones, emisión de nuevas acciones con cargo a reservas disponibles, emisión de acciones con cargo a plusvalías del patrimonio social y aumento de capital en caso de fusión por absorción).

Impugnación. Información. Intervención en la gestión social

El capítulo consagrado al *derecho de impugnación* empieza con el análisis de la naturaleza jurídica del poder impugnatorio, la distinción entre acuerdos nulos y acuerdos impugnables y una enumeración casi exhaustiva de las causas de nulidad y de impugnación. La legitimación activa del accionista (con los numerosos problemas que suscita), de los administradores y de los terceros va seguida de la prueba de la legitimación y del plazo para el ejercicio de la acción impugnatoria, deteniéndose BÉRGAMO especialmente en el examen de la difícil cuestión del derecho de impugnación y la transmisión de acciones. El estudio del proceso de impugnación cierra este capítulo.

El *derecho de información* del accionista es objeto de una investigación general, complementada con cuestiones tan importantes como las de la esfera de reserva, el secreto absoluto, el secreto de Estado, el secreto profesional, el secreto bancario y el secreto relativo.

El capítulo dedicado al *derecho de intervenir en la gestión social* comprende tres secciones: la primera se dedica a los administradores en general; la segunda, al Consejo de Administración; la tercera, a la responsabilidad de los administradores, y la cuarta, a la administración social en la Ley alemana de 1965 y en la Ley francesa de 1966. Es imposible, en el corto espacio de unas páginas, hacer una breve reseña de los importantes problemas que en este capítulo se tratan. Destaquemos, sin embargo, por su singularidad, los siguientes: los administradores de hecho y su actuación en el tráfico; el conflicto de intereses entre los administradores y la sociedad; el sistema de la representación proporcional en el seno del Consejo de Administración; la «cogestión»; el ámbito de la representación legal del Consejo de Administración (en el que BÉRGAMO adopta una postura valiente y práctica); las cláusulas estatutarias, que excluyen o limitan la responsabilidad de los administradores, y la acción social de responsabilidad.

Otros temas. Final

La transformación de la sociedad, la fusión de la sociedad y el cambio de objeto social, presupuestos para el ejercicio del *derecho de separación* del accionista, son objeto de los tres capítulos siguientes.

Sigue BÉRGAMO con un análisis, original, por cierto, de las *acciones privilegiadas*, entre las que distingue las de privilegio sobre los dividendos activos (acciones de dividendo fijo, acciones de dividendo mínimo, acciones diferidas, acciones de dividendo mixto, acciones de dividendo

acumulativo y acciones con derecho a intereses intercalarios) y las de privilegio sobre el reembolso del capital (prioridad sobre el reembolso y reembolso anticipado). Numerosas y profundas páginas dedica a la asamblea especial de accionistas afectados.

El derecho a la *cuota liquidativa* es tratado al modo clásico, tocándose en él cuestiones tan importantes como el de la «sociedad reducida a su cuadro», la reactivación de la vida social y, con facetas muy originales, el proceso liquidativo.

El *usufructo de acciones* constituye uno de los capítulos más profundos de la obra. Después de analizar si corresponden al usufructo o al nudo propietario el derecho de dividendo, el abono de dividendos pasivos, el derecho de poseer el título-acción y el derecho de voto, BÉRGAMO se enfrenta con el grave problema de las modificaciones del usufructo, respecto del cual adopta una inequívoca y fundamentada postura en favor del nudo propietario. Admite, sin embargo, determinadas desviaciones del principio general, que atribuye al derecho de suscripción de las nuevas acciones al nudo propietario: la entrega de acciones a título de dividendo y el aumento de capital por transformación de reservas disponibles. El usufructo de acciones en sus relaciones con la reducción del capital social y con la liquidación de la sociedad cierran el tema, no sin antes dedicar varias páginas a la comunidad del usufructo de acciones.

El último capítulo está destinado a la *pignoración de acciones*, en el que las cuestiones doctrinales y prácticas se tratan con indudable acierto.

Cierra la obra un índice de autores, que comprende más de 300 páginas.

Para terminar, repitamos que la obra de ALEJANDRO BÉRGAMO es una obra sin par. Al tratar BÉRGAMO, extensa y detalladamente, el poder jurídico del accionista, presenta a la vez, con madurez, sistemática y eficacia, todo el Derecho vigente en materia de sociedades anónimas.

JOSÉ SERRANO TERRADES
Registrador de la Propiedad

GOLDMAN, BERTHOLD: *Droit Commercial Europeen*. Edition Dalloz. París, 1970.

Tres son las posturas que en la posibilidad de cualquier juego pueden adoptarse: la del jugador que le interesa jugar y juega; la de aquel que podría jugar, pero que analiza si le interesa y decide libremente si juega o no, y la de aquel cuyo problema se simplifica un tanto, porque lo que se discute es «el derecho de admisión» o su capacidad para jugar.

En la historia de la humanidad hay una serie de acontecimientos que pudiéramos calificar de «momentos estelares», que por su trascendencia están llamados a producir unas consecuencias de importancia capital, pues sus efectos evitan la muerte de comunidades o bien producen una luz que alumbrará durante siglos el futuro de los pueblos que han tenido la oportunidad o la fuerza de participar en los mismos. Lo más curioso del caso es que dichos acontecimientos, como el Renacimiento, la creación de las «clases medias», la revolución industrial, el descubrimiento de la energía atómica, etc., no exigen un razonamiento científico para convencer a las masas de su trascendencia; es como si por sí solos irradiasen un halo de luz que impresionara. La necesidad de participar en

estos acontecimientos es requisito de supervivencia y ello aunque no implicase un aumento de felicidad o bienestar para los hombres.

La creación del Mercado Común Europeo es, en mi opinión, un acontecimiento de estas características para los países integrantes de Europa. Ante un fenómeno como el que aborda BERTHOLD GOLDMAN, el temor de que los españoles no tengamos capacidad para jugar me produce inquietud y desazón.

Parte GOLDMAN de un análisis de las Comunidades Europeas: la del Carbón y el Acero (C.E.C.A.), la Comunidad Económica Europea (C.E.E.) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom), que en su funcionamiento constituyen la primera fuente del Derecho mercantil europeo. Centra, por tanto, el problema de las fuentes como requisito necesario para fundamentar la obligatoriedad de las normas comunitarias en los países miembros o, como dice MAURICE LAGRANGE, «la supremacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional». En principio, pues, cabe distinguir para el Derecho mercantil, dentro del Derecho comunitario, los Tratados Constitutivos, que crean los órganos de las Comunidades y definen sus competencias, completados y modificados por la Convención de 1957, relativa a ciertas instituciones, y por el Tratado de Bruselas de 1965, considerando el Derecho mercantil, como las demás ramas del Derecho europeo, susceptible de desarrollo por vía de elaboración y aplicación de actos normativos comunitarios. La Alta Autoridad, instituida por la C.E.C.A., y el Consejo y la Comisión, instituidos por la C.E.E., y la Euratom son los únicos órganos que pueden dictar actos normativos. Las otras Convenciones internacionales deben realizar los fines y objetivos para los que han sido creadas.

La aplicación de estas normas generales de origen convencional o comunitario está asegurada por el Consejo y por la Comisión, bajo el control del Tribunal de Justicia, al cual, por otra parte, la C.E.E. y la Euratom le imponen velar por la unidad de interpretación del Derecho comunitario, que las jurisdicciones de los Estados miembros están llamadas a aplicar. Se forma, pues, progresivamente, una práctica administrativa y una jurisprudencia, que por la repetición y publicidad de sus resoluciones jurídicas o de hechos contribuyen a precisar el desarrollo del Derecho comunitario, constituyendo estas dos últimas la categoría de fuentes indirectas.

Después de un capítulo preliminar, consagrado a las fuentes del Derecho mercantil europeo, divide el autor su compendio en tres partes:

1.ª El Derecho mercantil del Mercado Común general, la libertad de asentamiento y de prestación de servicios y el Derecho de la competencia siguen las disposiciones del Tratado del Mercado Común.

2.ª El Derecho mercantil de los mercados comunes especiales (carbón y acero, energía nuclear, transportes y agricultura).

3.ª La formación del Derecho mercantil europeo y sus consecuencias en los Derechos nacionales.

En la primera parte señala GOLDMAN el fin del Derecho mercantil del Mercado Común general en hacer desaparecer las fronteras económicas de los Estados miembros a través de un doble objetivo: 1.º Asegurando sobre el territorio de cada uno de estos Estados la igualdad de todos los súbditos de los Estados miembros en cuanto al acceso de las actividades lucrativas independientes y en cuanto a las condiciones de ejercicio de estas actividades. 2.º Procurando que la oferta de bienes y servicios sea en condiciones de igualdad jurídica, asegurando la libre competencia.

En la segunda parte, llama Derecho mercantil del Mercado Común especial a los que afectan a categorías determinadas de productos o ser-

vicios (carbón y acero, energía atómica, transportes y agricultura), y que, como en el primer caso, concierne al asentamiento y prestación de servicios y a la competencia.

Pero sin perjuicio de las normas de fondo que regulan el acceso a los mercados comunes y a la competencia, es, fundamentalmente, en la reglamentación de sociedades donde se asiste en los momentos actuales al nacimiento de un Derecho mercantil europeo y que GOLDMAN estudia minuciosamente en la parte tercera.

Se alude, en primer lugar, a las disposiciones generales constituidas por el artículo 67 del Tratado de la C.E.C.A. y disposiciones transitorias y a los artículos 2, 100 y 102 del Tratado de la C.E.E. En segundo lugar, este último contiene numerosas disposiciones, que se aplican a objetivos determinados o constituyen medidas de conciliación, de armonización o coordinación de los Estados miembros y que constituyen reglas especiales.

Por lo que se refiere a la formación del Derecho europeo, los Estados miembros del Mercado Común han firmado en Bruselas, el 29 de febrero de 1968, la Convención sobre el reconocimiento mutuo de sociedades y personas morales. Asimismo, el Consejo ha adoptado, el 9 de marzo de 1968, una primera línea de coordinación de las legislaciones de sociedades.

La primera regula, a lo largo de tres capítulos, las condiciones de reconocimiento, siéndolo de pleno derecho las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluidas las cooperativas, y las personas morales de Derecho público o privado y cualesquiera otras que a título principal o accesorio tengan por objeto una actividad mercantil con fin de lucro y que, sin contravenir la Ley conforme a la cual fueron constituidas, ejerzan habitualmente tal actividad. Las normas relativas a los efectos del reconocimiento y de orden público concluyen con un protocolo conteniendo las disposiciones finales y comunes.

La norma de coordinación del 6 de marzo de 1968 tiene por objeto coordinar las garantías que se exigen a las sociedades en los Estados miembros para proteger los intereses de las asociadas y de los terceros.

Se aplica a las sociedades que limitan la responsabilidad, la anónima, la comanditaria por acciones y la de responsabilidad limitada. Se concreta a las reglas relativas a la publicidad, a la validez de los acuerdos sociales y a la nulidad de las mismas.

La publicidad se efectúa generalmente mediante la inscripción en el Registro y se exige para el acto de constitución, para los estatutos y sus modificaciones y para el nombramiento y cese de los administradores y representantes. Reglamenta los efectos mediante la inoponibilidad respecto de terceros de los actos no registrados, quedando especialmente facultados los Estados miembros para mantener la inscripción constitutiva, en que la inscripción de la sociedad determina el nacimiento de su personalidad jurídica.

Finalmente, la obra examina las relaciones del Derecho mercantil europeo y los derechos nacionales a través de dos capítulos: uno representa a los derechos nacionales de los Estados miembros, y el segundo, relativo a los derechos nacionales de los Estados terceros.

El *Derecho Mercantil Europeo*, del ilustre profesor de la Universidad de París, es un libro de patente utilidad no sólo por su contenido, puesto que examina una serie de nuevos problemas que están dentro de la más acusada actualidad, sino también porque el conjunto de movimientos que intentan la integración económica de Europa tienen por sí mismos un gran interés para nosotros no sólo por su carisma, sino porque señalan un camino que posiblemente estemos obligados a recorrer.

ESCOBAR FORNOS, IVÁN: *Consultas de la Corte Suprema de Justicia sobre Derecho Hipotecario*. Masaya, Nicaragua, C. A., 1970.

En alguna otra ocasión he dicho que las recensiones de libros jurídicos tienen u ofrecen al que las hace una gran tentación para el lucimiento a través de la cita oportuna, de la erudición complementaria o de la crítica personal frente a opiniones del autor. El saber superar esas tentaciones es ya harina de otro costal. Pero lo que no he dicho es que las recensiones también tienen el gran peligro de que el libro que a uno le toca recensionar trate de materias que el recensionista no domina, y en ese caso, o confiesa explícitamente su desconocimiento o está bordeando la posibilidad de un mal paso.

Pues bien, el caso de este libro que llega a mis manos debe encuadrarse en el segundo supuesto y con toda la sinceridad que me caracteriza debo anticipar que del Derecho Hipotecario de Nicaragua sólo conozco las veintitantas páginas que JOSÉ LUIS PÉREZ LASALA dedica en su *Derecho Inmobiliario Registral* (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1965) dedica al mismo. Me hubiera gustado documentarme para hacer esta recensión, pero creo que confesando mi defecto esto tiene que sonar a más verdad.

Debo anticipar, antes de entrar en el examen de la publicación, que me causa una gran alegría ver cómo de un país latinoamericano viene una publicación de la especialidad hipotecaria. Creo que con la divulgación y el intercambio de estas publicaciones lograremos un más completo conocimiento y una mayor profusión de coincidencias.

Dice el Presidente de la Corte Suprema de Justicia (FELIPE RODRÍGUEZ SERRANO) que el autor de la publicación que comentamos es un joven profesional, doctor, que tiene en su haber dos cargos: ser Catedrático de Derecho de la Universidad Centroamericana y Registrador Público de Masaya. En ambos se ha destacado por su capacidad, estudio y eficiencia. En una primera mirada que eché al libro cuestionado tropecé en su página 121 con una consulta reseñada, en la que el Tribunal dice que «el Registrador Público no puede ser Catedrático de Universidad». Espero que en las sucesivas ediciones de este libro se suprima esa consulta, si es que el autor simultanea ambos cargos.

La publicación es un anticipo de otra de más densidad que piensa publicar el autor. A mí, particularmente, me ha gustado, pues creo que la capacidad de síntesis del autor es lo suficientemente expresiva para dar al lector una gran orientación del contenido de las consultas recogidas. Yo no sé si para la práctica en el país de origen el manejo de la consulta completa en su literalidad será necesario o no. El intento es muy semejante a otro que hace va muchos años hiciera en nuestra patria ODÓN LORAQUE E IBÁÑEZ, que titulaba *Repertorio alfabético de la jurisprudencia hipotecaria dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado durante los años 1901 al 1933*, y que utilizaba el mismo sistema que ahora hace el autor citado, esto es, un orden alfabético de materias, que facilita el manejo y la localización del concepto que se intenta buscar. Luego sintetizaba excelentemente el contenido de la resolución cuestionada.

A veces en las recensiones me obliga la forma de exponer el autor respetar sus distintos apartados, pero otras veces, en atención al lector de la recensión y para que en breves momentos pueda darse cuenta del contenido de la obra, me obligo yo mismo a intentar una repartición de materias, clasificándolas o agrupándolas conforme a criterios especiales. Esta última forma es la que voy a adoptar en este caso, ya que el

orden alfabético no aportaría claridades para el que no tenga en la mano el libro que recensiono.

Por ello me voy a permitir distinguir los siguientes apartados en esta nota:

A) *Principios hipotecarios*.—De la publicación sólo indirectamente se deducen ciertos matices de los principios que informan el sistema, que; como debemos saber, se basa en la distinción de tres Registros: el de la Propiedad, el de Hipotecas y el de Personas. Su sistema es real, se lleva por fincas y el contrato es el que produce la transmisión, siendo la inscripción el requisito para que el acto pueda perjudicar a tercero. Funcionan los principios de rogación, prioridad, tracto sucesivo y la fe pública registral. A ellos es preciso añadir el de la función calificadora de los Registradores, a los que se dedican trece consultas y de las que se deduce la independencia de que el Registrador goza, el principio de calificación bajo su exclusiva responsabilidad, estando equiparados a los jueces ordinarios.

Contra la calificación registral cabe lo que en aquel país se llama ocurso (especie de recurso judicial), en el que el Registrador puede gestionar y apelar de la resolución que se dicte, además de emitir el informe correspondiente.

B) *Forma de llevar el Registro*.—Hemos dicho que el Registro se lleva por fincas. Encuadramos en este punto las consultas que rozan el tema. Así se destina una serie de ellas al libro diario (en lo que se refiere a la hora de presentación); a la reconstrucción de los libros del Registro, que aquí recibe el nombre de transcripción; a los títulos inscribibles y los títulos supletorios, añadiéndose otro capítulo destinado al documento privado, que pueden ser inscritos (incluso las epístolas particulares) a los efectos de que tengan fecha fehaciente frente a terceros.

En materia de fincas debemos destacar las consultas sobre «cavalieris de tierra», o sea, la cabida de esta medida de tierra; las desmembraciones que pueden generar fincas independientes; la fusión de propiedades o reunión de varias fincas para formar una con número especial, siempre que sobre ellas no pese gravamen y pertenezcan a una sola persona; medidas de identificación de finca (número de Registro y linderos); medidas de fincas que sólo son válidas si constan en certificaciones expedidas por funcionarios competentes, y medidas de terrenos ejidales; mejoras y su forma de hacerlas constar, etc.

También debemos incluir aquí la forma de subsanar la falta de firma de la inscripción y una curiosa presunción, en cuya virtud se presume que las fincas inscritas en un determinado departamento se presumen que están dentro del territorio del mismo, cosa que en nuestro Derecho Hipotecario se suple por el principio de calificación, que impide al Registrador inscribir una finca que no pertenezca a su jurisdicción territorial.

C) *Asientos y supuestos especiales*.—Se trata, por razones alfabéticas, de algunos supuestos de anotaciones preventivas; los embargos y secuestros, para los que puede llevarse un libro especial y luego anotarse al margen de la finca que afectan, y las promesas de venta, que también son notables. En cancelaciones se recogen diversos supuestos referidos no sólo a inscripciones, sino a hipotecas y anotaciones.

Como supuestos especiales de inscripciones se incluyen una serie de consultas sobre arrendamiento, cesión de derechos hereditarios, compra-venta, dación en pago, donación de terrenos municipales, hijuela (cuya copia de carbón no sirve para ellas), interdicción civil (y su capacidad

para disponer por testamento), pacto comisorio, pacto de retroventa, partición, testamentos, usufructo, venta de terreno ejidal y venta forzada.

D) *Publicidad formal y otros supuestos*.—Se recogen consultas referentes a las certificaciones y la parte orgánica del Derecho Hipotecario viene representada por varios puntos, que recogen una serie de consultas sobre los honorarios del Registrador, horas de oficina, aspectos diversos del cargo de Registrador Público, archivo y unas referencias al cuerpo notarial en sus obligaciones y conservación de protocolos.

El aspecto fiscal de los documentos, como requisito para verificar las inscripciones está abordado en lo que el autor llama planes de arbitrio y solvencias.

E) *Registros especiales*.—Aunque propiamente algunos no lo son, agrupo aquí la serie de consultas que el autor recoge referidas específicamente a los siguientes puntos: hipotecas, libro de personas, Registro de Minas, Registro de Prenda Agraria e Industrial y Registro Mercantil.

Las sentencias y consultas que el autor recoge van desde el año 1913 hasta el 1968 y lógicamente no pueden ser un tratado íntegro de Derecho Hipotecario, pues no todos los problemas que el Registro pueda plantear llegan a la Corte Suprema de Justicia, de ahí que falten o se echen de menos para el pleno estudio de la legislación nicaragüense las referencias a los actos inscribibles, a las circunstancias genéricas y específicas de algunas inscripciones y a la falta u omisión de las mismas, así como al problema de la inmatriculación, a las llamadas inscripciones provisionales y ciertos aspectos de la extinción de inscripciones y conversión de anotaciones.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

MARTÍN BLANCO, JOSÉ: *Estudios de Derecho Urbanístico*. Un volumen de 356 págs. Madrid, 1970. Ed. Montecorvo.

En las líneas finales del prólogo a su libro *Dictámenes y estudios en Derecho Urbanístico*, nos indica MARTÍN BLANCO la finalidad genérica de su publicación: «Quiere ser una contribución a la elaboración y perfeccionamiento del Derecho Urbanístico». Previamente el autor ha fijado su opinión sobre la relación «Derecho-Urbanismo»: «El Derecho es más que una técnica en el Urbanismo; el Derecho es esencial al Urbanismo. Debe hablarse de la inevitabilidad de lo jurídico en el Urbanismo, porque solamente la presencia legitimadora y la fuerza o voluntad autárquica del Derecho es lo que determina el nacimiento a la vida social de un plan de Urbanismo o de una política urbanística en general»

«La sistemática de la exposición agrupa los trabajos en cuatro grandes temas del Derecho Urbanístico: el planeamiento urbanístico, el régimen de la edificación forzosa, la intervención en el uso del suelo y la edificación y los beneficios fiscales a la obra urbanizadora.»

1. El primero contempla el supuesto plan parcial de una urbanización de carácter totalmente privado, cumpliendo los requisitos legales. Aprobadas provisionalmente por el Ayuntamiento pleno las bases propuestas por la entidad promotora, las aprobó luego, por Orden ministerial, el Ministerio de la Vivienda de modo definitivo. Años después, el propio Ayuntamiento pleno, mediante acuerdo aprobando inicialmente el Pro-

yecto de Urbanización, estableció unas bases para dicha aprobación abiertamente contrarias a las aprobadas en el Plan.

El autor dictamina sobre la validez o invalidez de este último acuerdo y otros problemas planteados por la planificación particular, centrandó el análisis en los siguientes puntos:

a) La distinción entre planeamiento urbano y ejecución de las obras de urbanización. Esta distinción, que se muestra en la Ley del Suelo a partir del artículo 2, cobra todo su relieve en el 11-1, del que se deduce que los proyectos de urbanización son un momento o fase distinta de los planes de Urbanismo; unos y otros tienen «distinta regulación, se mueven en esferas competenciales y ámbitos de finalidades distintos y producen efectos diferentes».

El Plan, a partir de su aprobación, «se convierte en un ordenamiento normativo, en un conjunto de normas legales, con virtualidad máxima, eficacia vinculante y carácter estable». Así, los artículos 2 y 3 de la Ley del Suelo y, sobre todo, el 61; igualmente, la doctrina y la sentencia de 8 de mayo de 1968, que considera el Plan Parcial de Ordenación Urbana como acto «productor de normas jurídicas objetivas».

A su vez, el Proyecto de Urbanización a que se refiere la Ley del Suelo es un conjunto de documentos de carácter técnico, en los que se concretan las obras de urbanización a realizar para culminar el proceso del planeamiento. Así lo configura el artículo 11 de la Ley del Suelo y la doctrina y la jurisprudencia señalan sin discrepancia ese carácter meramente técnico y de ejecución.

El Proyecto de Urbanización es de jerarquía inferior al Plan, al cual se halla subordinado; se trata simplemente de la «supeditación de un documento técnico a una fuente legal o conjunto de normas».

De donde resulta la nulidad del Proyecto de Urbanización, que modifique o contradiga el Plan de Ordenación, que sea su fuente o base legitimadora.

El Plan es vinculante para los particulares y para la Administración y obligado el acatamiento de su contenido en la ejecución de las obras de urbanización (cfr. art. 45). En especial, respecto de la Administración, el Plan legitima su actuación, señala los límites estrictos para cada actuación y le impone coactivamente obligaciones vinculándola al cumplimiento de su contenido. De ahí—concluye el autor—la ilegalidad del acuerdo municipal, que en fase de aprobación del Proyecto de Urbanización infringe o contradice el contenido normativo del Plan de Ordenación definitivamente aprobado. Se trata de un acto nulo de pleno derecho, que infringe los artículos 44 y 45 de la Ley del Suelo, y también el principio de la inderogabilidad singular de las normas recogido en los artículos 26, 28, 30 y 31 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (aplicable en este caso por la naturaleza normativa del Plan de Ordenación Urbana). Además, el artículo 47 LPA, ya que aun atribuyendo al Ayuntamiento la muy problemática competencia de modificar *per se* el Plan vigente, siempre resultaría que el acuerdo se habría dictado «prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido para ello» en la Ley del Suelo. Finalmente, se ha de tener en cuenta que el acto de aprobación de un Proyecto de Urbanización tiene una finalidad de mero control para que las obras proyectadas se acomoden al Plan de Ordenación que lo legitima; por tanto, el órgano municipal, en su competencia fiscalizadora, podrá denegar la aprobación, pero no revisar o modificar el contenido del Plan, cuya vigencia le obliga a una conducta reglada.

La nulidad del acuerdo municipal mencionado «no debe obstar, sin embargo, para considerar aprobado, pura y simplemente, el Proyecto de Urbanización, de acuerdo con el Plan Parcial de Ordenación aprobado», según se deduce de los artículos 50 y 51 LPA.

b) Las «calles particulares». El autor, partiendo de la posibilidad de establecer pactos, condiciones o limitaciones por la iniciativa o promoción particular en los planes de ordenación de urbanizaciones privadas, de modo que «la aprobación del Plan por la Administración lleva consigo la aprobación, en su caso, de las condiciones, compromisos o bases que señale el promotor y acuerde la Administración y que se reflejan en las normas urbanísticas o en las Ordenanzas, según la naturaleza de la limitación»; se detiene en el estudio de la posibilidad legal de conservar el propietario urbanizador y los adquirentes y subadquirentes la propiedad privada de calles y elementos comunes de la urbanización particular.

Distingue, a este efecto, entre urbanizaciones particulares o de propiedad privada y la ejecución de los planes de urbanismo por los particulares; la primera figura, esencialmente de carácter privado, constituye un «supuesto específico y concreto de un planeamiento particular *ab initio* y de una ejecución privada del Plan, con modalidades y condiciones propuestas por la iniciativa privada»; la segunda, esencialmente de carácter público, es un «supuesto general de ejecución de toda clase de planeamientos, generalmente del planeamiento de iniciativa municipal».

En el primer caso, la posibilidad de «calles particulares» se deduce ya de la falta de una prohibición legal (no la constituye el artículo 344 del Código Civil, rectificado además por los 61 y siguientes de la Ley del Suelo); ya de los preceptos legales que reconocen el carácter privado de las urbanizaciones particulares (así, los artículos 41, 41-2, 2, 168, 61 y 50-2 de la Ley del Suelo); ya de la doctrina jurisprudencial y la científica (en particular, MARTÍN MATEO y SAPENA TOMÁS); ya, finalmente, de las regulaciones de las ordenanzas municipales, que demuestran que la propiedad particular de calles y otros elementos comunes en urbanizaciones privadas «ha llegado a ser, por su frecuencia, un hecho de la vida social». Lo cual no excluye que, conforme a la jurisprudencia, se deba respetar el «equilibrio o coordinación entre propiedad privada de las calles o vías y la potestad municipal de policía urbana».

Como el supuesto del dictamen se adscribe a la primera de las dos figuras o casos señalados al principio de este apartado, en él la propiedad privada de las calles se halla legitimada por la aprobación del Plan.

Si el Ayuntamiento no deseaba la existencia de tales calles pudo abstenerse de aprobarlo, pues ello entra en el juego de la discrecionalidad de la Administración; discrecionalidad derivada del artículo 32 de la Ley del Suelo, en el cual, como ha dicho el Tribunal Supremo, «la competencia del órgano para dictar la aprobación no se proyecta sólo sobre las deficiencias técnicas que presente el proyecto, sino que abarca todos los aspectos». La Administración puede así, por consideraciones de conveniencia, aceptar, denegar o modificar el contenido del Plan presentado por el urbanizador, según resulta, además, de los artículos 41 y 42 de la Ley del Suelo. Pues si bien la Ley del Suelo ofrece «una amplia gama de posibilidades para que la iniciativa privada concorra a la labor urbanizadora, «sin embargo, como es lógico, impone el riguroso control de que aquellas posibilidades tengan efectivo cumplimiento y no deriven hacia finalidades distintas de las contempladas en el planeamiento».

Mas en nuestro caso, el Ayuntamiento juzgó que del planeamiento adoptado, analizadas todas las circunstancias, se derivaban ventajas para el interés general de la comunidad. «Usó, por tanto, de su discrecionalidad y aprobó el Plan» en el momento en que podía, haciendo uso de esa misma discrecionalidad al negar su aprobación. Luego, aprobado el Plan y publicado en el *Boletín Oficial*, se ha convertido en norma obligatoria, que vincula al órgano urbanístico y le impide, por tanto, imponer

condiciones contrarias a las probadas. Y, en definitiva, el ulterior acuerdo municipal sobre el que versa el dictamen «no constituye discrecionalidad de la Administración, sino infracción del ordenamiento legal urbanístico y administrativo».

2. El segundo trabajo de esta colección es un estudio sobre los problemas legales de la iniciativa en el planeamiento urbanístico. Comienza señalando el autor cómo siendo «el planeamiento urbano entendido como función pública, una actividad primaria y fundamentalmente estatal», con todo, «la iniciativa en la promoción del Plan viene a ser facultad genérica e indiscriminadamente atribuida a personas privadas y públicas, aunque siempre al servicio de la función pública que aquél desempeña».

Reconocida la iniciativa privada en el artículo 4 de la Ley del Suelo, se regulan en los artículos 40 a 42 las facultades del particular para iniciar la formación de los planes de urbanismo: incluso de planes parciales afectando al territorio de varios municipios.

«El régimen jurídico legal de los planes de iniciativa privada es el mismo que rige para los demás planes, salvo aquellas excepciones que concretamente dispone la Ley del Suelo» (en particular, la tramitación del Plan se hará «con citación personal para la información pública de los propietarios de los terrenos comprendidos en aquéllos»).

La iniciativa municipal es obligada, pues los planes municipales, según el artículo 24 de la Ley del Suelo, serán formulados por los Ayuntamientos: desde luego, dentro de «una organización unitaria, que abarque con visión general el ámbito nacional del problema».

El autor expone algunas ideas sobre la forma de elaborar los planes y estudia el significado de los plazos para la formulación de los planes municipales y las consecuencias de su incumplimiento.

La iniciativa supramunicipal representa, dice el autor, más que un vaciamiento de las competencias municipales, «una nueva iniciativa, de un nuevo estilo: jurídico administrativo, que se sitúa en buena medida al margen, sobre lo que hace pocos años era la tradicional organización y régimen del urbanismo».

Esta iniciativa se crea bien por atribución directa y expresa a determinados órganos supramunicipales, bien por subrogación de los órganos estatales en la situación jurídica de los municipales, en los supuestos de los artículos 5, 205 y 206 de la Ley del Suelo (cfr. art. 26). La subrogación sobreviene por decisión expresa «acto de la autoridad competente (confrontese art. 26 de la Ley del Suelo), que declara la procedencia de la subrogación y acuerda la sustitución que ésta entraña, y abarca no solamente la confección o redacción técnica del Plan, sino su posterior tramitación».

Otra especie de iniciativa supramunicipal es la avocación por los propios órganos estatales de las facultades de los municipales, conforme al artículo 196-3: naturalmente, ni el Ministerio de la Vivienda ni las Comisiones Provinciales de Urbanismo podrán avocar el conocimiento de asuntos municipales que no tengan el carácter urbanístico y caigan, por tanto, fuera de la esfera de la correspondiente normativa.

El verdadero sentido de la avocación en materia urbanística es «el de ser un instrumento jurídico, que articula la intervención de los órganos superiores urbanísticos en la actuación de los inferiores cuando razones técnicas, de urgencia y complejidad, geográficas o de oportunidad política lo hagan conveniente, incluso sin que exista ningún incumplimiento o negligencia por parte del órgano inferior».

3. El tercer trabajo es un dictamen sobre la tramitación de los Planes de Urbanismo y en especial el artículo 32 de la Ley del Suelo. Tal precepto exige la aprobación inicial del Plan por la corporación y orga-

nismo que lo hubiere redactado, o sea, teniendo en cuenta el juego posible del encargo a otro órgano, la subrogación o la avocación, pueden ser competentes el Ayuntamiento, la Diputación Provincial, la Comisión Provincial de Urbanismo o el Órgano de la Administración Central o Autónoma que lo haya redactado.

La doctrina jurídica discute sobre cuál sea el *quorum* necesario para la validez del acuerdo de aprobación inicial (y tanto vale decir del de aprobación provisional). Hay que distinguir a este respecto las leyes especiales de la Ley del Suelo. Esta, en cuanto ordenamiento urbanístico común o general, solamente exige el *quorum* especial del artículo 303 de la Ley de Régimen Local en los casos—excepcionales—del artículo 39, apartado 2.º, 2 y 3, y artículo 46, 3. Fuera de tales supuestos, basta para la validez del acuerdo de aprobación inicial y provisional el voto favorable de la mayoría absoluta de los asistentes, por aplicación del artículo 302 de la Ley de Régimen Local y del artículo 12, 1, LPA.

Aprobado inicialmente el Plan, y sometido a información pública durante un mes (art. 32), puede formular observaciones al mismo toda persona natural o jurídica, pública o privada, y a consecuencia de ellas puede el Ayuntamiento modificar el Plan. En estos casos, ¿debe repetirse la información pública en lo que respecta a la parte modificada? En principio cree el autor que sí, «por producirse un acto nuevo, una nueva decisión». Sin embargo, para eludir el inconveniente de una excesiva duración de la tramitación del Plan cree «que puede aplicarse por analogía, en aras de la elasticidad y discrecionalidad que la técnica urbanística comporta, el mismo criterio legal de la importancia de las modificaciones utilizado por el artículo 32, 3, de la Ley del Suelo y, por consecuencia, omitir la nueva información cuando las modificaciones introducidas, por consecuencia de las observaciones, sean de escasa importancia y no afecten a los componentes o determinaciones esenciales del Plan» (en este sentido, sentencia de 11 de febrero de 1964). La desestimación de las observaciones deberá ser motivada y notificada al reclamante en legal forma.

Elevado el Plan, tras su aprobación provisional, a la Comisión de Urbanismo, puede éste, conforme al artículo 32, que le asigna una función no sólo crítica, sino directiva y conformadora.

1.º «Rechazarlo en su totalidad, denegando su aprobación, y sin señalar como subsanables los defectos que motiven tal resolución. Supone la no existencia del Plan. Parece indudable esta posibilidad legal, a pesar de no poderse incluir en una interpretación literal del artículo 32 de la Ley del Suelo.»

2.º «Señalar las deficiencias de orden técnico y subsiguientes modificaciones que procediere introducir para que, subsanadas por la Corporación u Organismo redactor, lo eleve de nuevo a la aprobación definitiva del órgano competente.»

Esta resolución «denota claramente el grado de profundidad e incisión que la potestad del órgano tiene sobre el planeamiento».

3.º «Señalar las deficiencias que han de subsanarse por la Corporación u Organismo redactor del Plan, relevando a éstos de elevarlo nuevamente a aprobación definitiva por la escasa importancia de las rectificaciones que han de hacerse en el Plan.»

4.º «Imponer en el acto de aprobación las condiciones, modalidades y plazos que fueren convenientes.»

5.º «Acordar la aprobación definitiva, pura y simplemente, del Plan.»

Además de todas estas resoluciones expresas, cabe también la aprobación definitiva del Plan por silencio administrativo (art. 32, 2, de la Ley del Suelo). Con todo, «una aplicación generosa, amplia, generalizada, del silencio administrativo del artículo 32 de la Ley del Suelo puede producir

el efecto perturbador de que los intereses generales que persigue el planeamiento puedan quedar insuficientemente protegidos, y que los particulares, encontrados y distintos de los generales, no logren la decisión y solución que el órgano competente puede dictar a un nivel superior de enjuiciamiento a aquel en que aquéllos se mueven».

El acto de aprobación definitiva, que tiene valor constitutivo del Plan, concluye el proceso de tramitación, y mediante su publicación en legal forma, abre la fase dinámica o de ejecución. En cuanto a la naturaleza del acto aprobatorio definitivo, piensa el autor que «no es simplemente un acto más en el proceso de formación del Plan, del mismo valor que los actos antecedentes, que son de mera tramitación, ni es un acto de control o fiscalización, ni es acto que condicione la validez de un proceso montado sobre actos anteriores. Es acto constitutivo del Plan, el acto que da nacimiento, *per se* y de forma insustituible, a la existencia y eficacia del ordenamiento normativo del Plan o, más concretamente, da nacimiento a la vida del Derecho a lo que hasta ese momento no existía: el valor y efectos obligacionales del Plan».

Mientras algunos entienden que los acuerdos se deben publicar completos, no así MARTÍN BLANCO, porque «sobre ser difícilmente viable en la práctica, iría en contra del tenor del artículo 35; de la finalidad que éste persigue en relación con el artículo 43, en cuyo precepto se regula concretamente el conocimiento público de los planes, y en contra del criterio jurisprudencial sentado al efecto».

4. El cuarto trabajo discurre, ya en Derecho constituyente o ya sobre las grandes líneas del constituido, sobre problemas actuales del planeamiento urbanístico municipal. Su primera parte se centra en el Plan General de Ordenación Urbana, concebido «como un proceso unitario integrado por la sucesión de actos de diversa naturaleza, que, como resultado de su preparación, aprobación y ejecución tiende al planteamiento y actuación de una política de suelo en un determinado territorio con previsión de las líneas generales de su ejecución, teniendo en cuenta determinadas circunstancias de espacio a ordenar, económicas, sociales y de ambiente, que ha de regular legalmente y desarrollar para el progresivo bienestar del hombre en la comunidad planeada». En la segunda parte pone el autor de relieve la necesaria y cada vez más intensa interpenetración entre el planeamiento económico y el urbanístico y, consiguientemente, la necesaria extensión del Plan a un ámbito mucho más amplio que el de un municipio. Se hallan en crisis el concepto de ciudad y el planeamiento entendido como ordenación ceñida a dicho concepto. Es una necesidad, ya indiscutida, la elaboración de un nuevo concepto de lo urbano sobre el planteamiento de territorios más amplios: la ciudad región, el ámbito regional, la conurbación, la comarcalización de municipios, el área metropolitana, son entidades reales y científicas, que se manejan en el proceso de superación del ámbito estrictamente municipal.»

5. Viene luego un dictamen sobre el procedimiento a seguir para el desalojo de los locatarios de las fincas urbanas incluidas en el Registro de Solares. Tal procedimiento es de carácter administrativo (cfr. art. 41, Decreto de 5 de marzo de 1964), siendo órgano actuante, a efectos de dicho artículo 41, el Ayuntamiento, «a quien corresponde, por tanto, la competencia para hacer efectiva la extinción de los derechos personales sobre un inmueble producida por un acto administrativo». En cuanto al lazo para el desalojo a la vista del artículo 53 REF (al que se remite el art. 41 citado), entiende inaplicable el plazo de cinco meses desde la notificación del artículo 115 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales y obligado el respeto a las normas de la LAU, y concretamente, del artículo 114-9.

En cuanto al lanzamiento, se seguirán los trámites de los artículos 118 y 119 del Reglamento de Bienes, y así, determinada definitivamente la indemnización (si con arreglo al art. 149-3 no procede indemnizar, se prescinde de la fase de fijación de aquélla) y transcurrido el plazo fijado en el requerimiento para el desalojo sin que los ocupantes lo hayan acatado, deberá electuarse el pago o consignar su importe si los ocupantes lo rechazaran, y una vez hecho esto, se requerirá al interesado para que en el plazo de diez días desaloje la vivienda o local.

La cuantía de la indemnización se limita por el artículo 149-3 de la Ley del Suelo a la señalada por la legislación de arrendamientos (art. 81), pero ello «como tope máximo de la posible indemnización, permitiendo la posibilidad de que ésta sea menor». El autor acepta, con GONZÁLEZ PÉREZ, la aplicación analógica de los artículos 115 y 116 del Reglamento de Bienes para los supuestos de extinción de los derechos del arrendamiento y cualesquiera otros derechos personales por causa de expropiación forzosa.

6. Dictamen sobre la supresión o derogación por el artículo 149 de la Ley del Suelo del derecho de retorno de arrendatarios o inquilinos. Interesante comentario a la sentencia de 26 de enero de 1966, cuyo criterio aprueba el autor.

7. Dictamen sobre la procedencia de una denegación de licencia para construir acordada con base en un acuerdo de suspensión previo adoptado al amparo del artículo 22 de la Ley del Suelo.

Si bien no se discute que pueden pedir y acordar suspensión del otorgamiento de licencias «los órganos competentes para la formación del Plan», es discutible cuál haya de ser la intervención del Ayuntamiento cuando el acuerdo de suspensión se adopte por órgano distinto del mismo. En opinión del autor, «la finalidad precautoria y protectora de las medidas del artículo 22 de la Ley del Suelo podría lograrse igualmente residenciando en el propio Ayuntamiento la adopción del acuerdo de suspensión a requerimiento del órgano que redacta el Plan, con la subsidiaria adopción por éste del acuerdo en el caso de negativa u oposición de aquél. O cuando menos, otorgar previamente a la adopción del acuerdo por el órgano, audiencia a la Corporación Local interesada: lo que representaría una aplicación analógica de la regla contenida en el artículo 32, 1, de la Ley del Suelo».

El año de suspensión, según GONZÁLEZ PÉREZ, debe computarse como año natural contado a partir del día siguiente al de la publicación del acuerdo en el *Boletín Oficial de la Provincia* (art. 59 LPA); mas el autor cree, con BOQUERA OLIVER—y desde la entrada en vigor de la Ley de Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional—que cuando se trata de acuerdos municipales de suspensión debe entenderse, con base en los artículos 1 del Código Civil y 7 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que la eficacia del acuerdo comienza a los veinte días de su publicación. Ahora bien: como el artículo 22, 3, de la Ley del Suelo, al establecer que solamente tienen derecho a ser indemnizados los peticionarios de licencias solicitadas con anterioridad a la publicación del acuerdo, priva de significación práctica a la fecha de la entrada en vigor efectiva del acuerdo, y teniendo en cuenta que el órgano no podría denegar arbitrariamente las solicitudes de licencias que se le formulen durante la *vacatio* de los veinte días ni, por tanto, evitar las edificaciones o parcelaciones perturbadoras en el sector determinado, llega a la conclusión de que es preferible la solución de la entrada en vigor del acuerdo al día siguiente de su publicación.

En cuanto a la indemnización de los daños causados a los propietarios por la suspensión de su derecho a parcelar o edificar, pese a la posible configuración del acuerdo de suspensión como disposición administrativa, lo que reconduce al régimen del artículo 70 de la Ley del Suelo;

de los términos del artículo 22 se deduce que la única indemnización que corresponde a los propietarios es el derecho a que les sea abonado el coste oficial de los proyectos.

8. Dictamen en relación con una suspensión y paralización de obras por un Ayuntamiento con base en una previa denegación de licencia municipal de edificación.

En el caso cabía mantener, desde el punto de vista técnico, que la edificación no infringe las ordenanzas, siendo, por tanto, infundada la denegación. También tenía relevancia el conocimiento expreso por el Ayuntamiento de las obras de ejecución: esto, así como la concesión de licencias para obras previas y preparatorias de la definitiva y suspensión no total de las obras, supone «actos propios» de la Corporación, con fuerza jurídica vinculante y obligatoria exigente del reconocimiento a todos los efectos de la validez de las situaciones de hecho que conoció, conoció y sólo tardíamente trató de paralizar.

Por otra parte, el artículo 171 de la Ley del Suelo señala el plazo de dos meses, a contar desde el acuerdo de suspensión para adoptar las demás medidas previstas en el precepto: con arreglo a la interpretación lógica y jurisprudencial, si transcurre dicho plazo sin que se adopte alguna de las medidas indicadas, la suspensión quedará sin efecto (confróntese sentencias de diciembre de 1967). Por otra parte, sería contrario a la finalidad de la Ley el señalamiento de un plazo sin carácter preclusivo, ya que supondría una demora *sine die* de la decisión de utilización de las medidas adoptadas, decisión en la que suelen implicarse cuantiosos intereses económicos.

9. Dictamen sobre la procedencia de la exención del Impuesto General de Transmisiones Patrimoniales a favor de las transmisiones de terrenos que efectúen las Juntas de Compensación.

El Texto Refundido de la Ley y de la Tarifa del Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisión de Bienes de 21 de marzo de 1958 vino a regular las exenciones establecidas en la Ley del Suelo. Se mantuvo la distinción entre la exención correspondiente a la parcelación y reparcelación declaradas obligatorias por los Ayuntamientos y la que se otorga con motivo de la urbanización por el sistema de compensación.

La Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964, en el apartado 37 de su artículo 146, modifica sustancialmente la exención y la redacción de este precepto es mantenida por el Texto Refundido del Impuesto de Sucesiones y Transmisiones de 6 de abril de 1967, en su artículo 65, apartado número 36. Mientras el texto refundido de 1958 alude al acto en virtud del cual las Juntas de Compensación adquieren los terrenos y se convierten en titulares de los mismos, el texto vigente de 1967 traslada la exención a otro momento cronológico y jurídico: al de la transmisión realizada por la Junta. Parte para ello de que ésta tiene unas facultades dispositivas para transmitir el dominio.

Se deduce de la Ley del Suelo, artículos 124, 125 y 128—y más recientemente, el Reglamento de Reparcelaciones de 7 de abril de 1966 lo ha confirmado—, que la Junta de Compensación no requiere para su válida constitución y legal funcionamiento la transmisión a ella de la propiedad de los terrenos incorporados a la gestión por compensación. Tal transmisión es, no obstante, posible.

En el primero de estos supuestos, «las facultades dispositivas de la Junta se mueven dentro del marco jurídico de la fiducia o de la mera gestión». Por tanto, las transmisiones que efectúa la Junta deberán hacerse en favor de adquirentes propietarios. «Y la adjudicación de terrenos a los propietarios de éstos no reviste un carácter o naturaleza jurídica de transmisión, enajenación o venta, sino pura y simple adjudicación de un terreno transformado física o materialmente a través de las operaciones materiales necesarias al efecto realizadas por un órgano

encargado exclusivamente de llevarlas a cabo para acomodar los terrenos al planeamiento. En el segundo supuesto caben las transmisiones a terceros adquirentes y a los antiguos propietarios y se realizan en virtud de facultades dispositivas suyas del derecho de propiedad.»

Para el autor, el precepto fiscal examinado significa simplemente que «las transmisiones que la Junta de Compensación efectúe de terrenos que haya adquirido fuera de los límites y contenido del proyecto de compensación aprobado no gozarán de la exención; tampoco, desde luego, cuando la Junta o Entidad de Compensación, como persona jurídica y con su propia y plena capacidad, se asocia o integra con otras personas, entidades u organismos para constituir un ente o asociación que actúa por sistema distinto del de compensación».

La exención se aplica también a la reparcelación, que conduce a un mismo resultado y tiene el mismo contenido que la compensación. En ninguno de los dos supuestos se dará propiamente transmisión de la propiedad de los terrenos: lo que sí puede darse es una serie de operaciones—de carácter divisorio en el supuesto de Junta propietaria—que constituyan reparcelación en sentido impropio.

En conclusión, las primeras transmisiones o enajenaciones de terrenos que realice la Junta de Compensación, por el sistema de actuación de este mismo nombre, comprendidos dentro del polígono y proyecto aprobados en legal forma, ya las efectúe como titular del dominio de los terrenos del polígono o polígonos, ya como titular fiduciario con poder dispositivo otorgado por los interesados o con autorización del órgano urbanístico, y tanto si se realizan a favor de los propietarios incorporados a la Junta de Compensación como si lo son a favor de terceros adquirentes, están exentas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, sin que la reparcelación de los terrenos efectuada por la Junta de Compensación pueda ser considerada como primera transmisión de aquéllos ni prive, por tanto, del carácter de primeras transmisiones a las que realice la Junta de Compensación.

JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA

UNGARI, PAOLO: *Il Diritto di Famiglia in Italia*. Dalle Costituzioni «giacobine» al Codice Civile del 1942. Società Editrice il Mulino. Bologna, 1970. 371 págs.

El autor de este ensayo, PAOLO UNGARI, nació en Milán el año 1933, siendo laureado en jurisprudencia por la Universidad de Roma, bajo la dirección del insigne profesor ASCARELLI; continuó perfeccionando sus estudios en el Instituto de Estudios Históricos «Benedetto Croce», de Nápoles, y en el Instituto de Sociología Histórica «Luigi Sturzo», de Roma; profesor de Historia de Derecho Italiano y actualmente encargado de esta materia en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Roma.

Esta breve semblanza nos sirve para salir al paso de los que, por el sugestivo título, crean que la obra de UNGARI va a discurrir por los cauces clásicos de una obra de Derecho privado y, en concreto, de la obra que se refiere al Derecho de Familia en su aspecto de Derecho constituido; al contrario, la obra recoge un análisis sociohistórico de la evolución del Derecho de Familia en la Italia de este período, pormenorizándose valorativamente los hechos fácticos y sustratos que configuran la sociedad

italiana y las repercusiones de los hechos puramente históricos y culturales sobre la misma. Efectivamente, es este tema de la familia uno en que las disposiciones codificadas de las leyes no son más que la superestructura de un navío cuya quilla queda sumergida, cortando el tenebroso piélago de la realidad historicosocial.

Por ello en este tipo de análisis hay que tener en cuenta, en primer lugar, el atender no sólo a las manifestaciones normativas, sino también a los actos de cariz o dirección política; hay que bajar de las embrionarias manifestaciones que contienen las constituciones materiales a las reglas menores escritas y a la práctica de aplicaciones administrativas. Hay, en suma, que pasar de las máximas y afirmaciones a la causa y razón de ser de la función histórica de las instituciones. Aparte de lo dicho hay que recurrir a la lectura histórica de estadísticas de tipo judicial o notarial, ya para poder obtener el «rendimiento» de determinadas orientaciones e instituciones, ya para poder realizar una historia crítica de la jurisprudencia.

La obra de UNGARI viene dividida en varios capítulos y un notable e interesante apéndice. El autor, tras trazar su interpretación de la historiografía de la familia italiana, a la par que determina su punto de partida, fija su plan de trabajo comenzando a desarrollar la materia a partir del denominado *Ancien Regime* de la familia italiana para seguir luego analizando otros períodos, como la influencia del Code, las legislaciones preunitarias, el Código de 1865, los años posteriores hasta el final de la primera guerra mundial y, por último, los movimientos hacia la codificación de 1942.

En la época del *Ancien Regime* todavía no se aprecian las inclinaciones efectivas sobre la plurisecular estratificación de las normas que concurren a formar el Derecho de Familia italiano de esta época, final del 1700. El *Corpus Iuris* coexiste con los estatutos locales, así como las normas canónicas del Concilio de Trento y el Decreto Tametsi de 1563. Todo ello con la existencia de una fuerte Ley privada, por la que la nobleza había intentado regular para la posteridad en su familia tanto el hecho de las sucesiones como las relaciones con sus próximos parientes.

Sobre este complejo, las normas regias y principescas actúan localmente, consolidadas en cuerpos de Derecho territorial unitario, como ocurre con la Constitución Piamontesa de 1729-70.

Sobre este cuadro dos son las líneas de ataque que se crean con el fin de obviar los problemas que plantea el Derecho de Familia de esta época: las medidas de prohibición de los fideicomisos familiares y la afirmación, no general sino en ciertos puntos, de la potestad regia en matrimonio.

Respecto a los fideicomisos, este ataque se refería a aquellos estratos superiores de la sociedad, ya que tenían gran repercusión sobre la estructura de la familia, y que junto con la institución del retracto familiar y gentilicio perjudicaban a los acreedores, que no podían satisfacerse en vía ejecutiva sobre estos patrimonios, vinculados especialmente en las familias nobles, y, por otra parte, porque en un plano estrictamente económico y político impedían la libre circulación de los bienes inmuebles; prueba de ello son las normas existentes en Saboya, Lombardía y Toscana, vetando la institución de los fideicomisos para el futuro.

Sin embargo, para la afirmación del nuevo Derecho del Estado y su *potestas regia* en materia de matrimonio hay que justificarlo por la pretendida naturaleza civil que se le da al contrato matrimonial, llegando a constituirse el divorcio, en 1784, en Lombardía, y en la influencia de las doctrinas jansenistas, de las que era centro irradiador la región antes mencionada. Las medidas también contra el matrimonio de conciencia se recogen en esta época, destacando que la competencia estatal obedece a dos motivos: a saber, favorecer la patria potestad, considerada de

interés público, imponiendo el consentimiento paterno para el matrimonio, e impedir la influencia del Derecho Canónico, que aplica el principio de favor *matrimonii* en el de conciencia, que permitía la libre elección matrimonial en contra del consentimiento paterno, reflejado en esa amplia patria potestad.

Prueba de ello son las normas contenidas en la constitución de Francisco III en 1771, prohibitivas del matrimonio de diferencia y del matrimonio morganático. Aun cuando eran posibles las roturas de estas normas, el obtener la oportuna dispensa comportaba un precio elevadísimo. Aparte de todo, estas normas llevaban parejas sanciones civiles y penales, tales como la desheredación del hijo casado sin consentimiento, reclusión en claustro de la mujer, envío al claustro de las muchachas indotadas, conminación de cárcel al párroco celebrante.

La posición de la Iglesia ante estos matrimonios y la potestad del Estado sobre los mismos provocó que las normas eclesiásticas sancionasen el error de las doctrinas que interpretaban, que el matrimonio celebrado sin el consenso paterno era nulo.

Destaca que en Francia, en la misma época de *Ancien Regime*, se afirma la doctrina, con POTHIER, del raptó con seducción y presunción *iuris et de iure* de violencia y artes ilícitas, que llevaban a las anulaciones del matrimonio, cercenando la libertad de elección matrimonial por su subordinación a los intereses patrimoniales de los matrimonios de conveniencia.

No obstante, aun cuando dominaba en Italia el criterio tridentino del favor al matrimonio, no faltaron tentativas para conciliar la ortodoxia teológica canónica y las exigencias político familiares, incluso señalando no faltaron teólogos y canonistas contrarios a los matrimonios morganáticos, aún celebrados en forma religiosa, por entender que atentaban al derecho natural y buen orden familiar.

El cuadro del 1700 italiano se muestra completamente estático. La situación de la familia en espera de un ordenamiento propio en sentido técnico y con los aires de sociedad patriarcal de gran validez y eficacia, como lo demuestra el límite hasta el duodécimo grado en la sucesión intestada y la propia jerarquía y jurisdicción verdaderamente protegida. En el aspecto interno de esta familia o gran familia se recogen numerosas instituciones presididas por la absoluta preeminencia del varón, y para conferir a uno solo la mayor parte del patrimonio y jerarquía, ya dispuesta por los Estatutos locales o la libertad testamentaria o por el juego de instituciones típicas, como ocurre con la cautela dimanante en el Mediodía y Sicilia, recogidas por la práctica notarial, por la que se hacía renunciar de presente y de futuro, tanto para sí como para los posibles herederos del renunciante, a cualquier reclamación sobre la herencia del causante, en cuya contemplación se hacía la renuncia. Y no hablemos de los fideicomisos familiares y mayorazgos.

Aunque es brutal este sistema, prácticamente se salvaguardaba internamente la autorregulación patriarcal de la familia por la renuncia de todo, y aun cuando pudiese invalidarse, para mayor abundamiento, se acudía al juramento y al respeto de la palabra dada ante todos los consanguíneos. Esta total disponibilidad del ordenamiento por pacto o renuncia, junto con la debilidad del Estado y los ordenamientos públicos, tipifican esta fase de la familia italiana.

Frente al proteccionismo y beneficio de los varones, la posición de inferioridad de la mujer no es menos clara en el normal desenvolvimiento de las relaciones familiares (*subdita viri, ac paene famula*), y salvo la excepción de los estados o repúblicas comerciantes que reconocen la capacidad para ejercer el comercio; de otra parte, puede configurarse como supuestos aislados en interés de la propia república, la mujer sigue totalmente sometida al padre y después al marido y sólo se le pro-

tege en dos momentos, a saber: en un primer lugar, en la formación de la nueva familia, dando fuerza legal a los esposales, que podían provocar impedimento de pública honestidad, además de indemnizaciones, en el orden estrictamente civil; en segundo lugar, mediante la conservación de la dote y las expectativas de viudedad. Teniendo en cuenta, de otra parte, que la dote es limitada en la cuantía, en interés de la familia de la mujer, con el fin de que el patrimonio vinculado a los varones no sufriese grandes mermas. La jurisprudencia señalaba que la dote debía ser congrua e incluso en Sicilia, de no ser pareja, motivaba que el matrimonio se considerase morganático. Las expectativas estaban aseguradas con otras instituciones, como la contradote y la viudedad.

Consecuencia del cuadro histórico expuesto: el régimen matrimonial de comunidad de bienes es prácticamente desconocido, pues aun cuando se estableciese según la costumbre del lugar en que el matrimonio se celebrase, se trataba única y exclusivamente de normas de supervivencia reconocidas al otro cónyuge con clara base popular. Sólo el Piamonte reconocía la comunidad como régimen en algunos pactos nobiliarios por influencia de la costumbre francesa, y en Venecia era régimen legal la forma de comunidad universal cuando se daban ciertas hipótesis.

La emancipación debía ser expresa, aunque cabía la tácita, pero ésta presuponía una prolongada aquiescencia del titular de la patria potestad, además del vivir independiente y gozar de autónoma economía. Aun cuando también el voto religioso que provocaba la muerte civil y la pérdida de derechos sucesorios sustraía a la patria protestad, así como el alcanzar ciertas dignidades públicas comportaba de derecho la emancipación.

Sigue analizando UNGARI la influencia del Código de Napoleón en el Derecho de Familia italiano, superando la realidad estática de una sociedad patriarcal. En efecto, en este medio social, anteriormente expresado, va a incidir como revulsivo y por la influencia de las campañas de Napoleón toda la serie de principios que iluminaron la Revolución francesa y que posteriormente, por influencia del mismo, vendrían a plasmarse en el Code de 1804.

La realidad italiana, como consecuencia de las campañas de Napoleón por los años 1790 y siguientes, había motivado la creación de repúblicas, que reflejaban el espíritu de expansión del Directorio francés. Dominada la Lombardía se crea en este territorio la República Cisalpina, que luego, en 1801, Napoleón convertiría en reino de Italia. Roma dominada dio lugar a la República Romana. El reino de Nápoles, unido a la corona borbónica española, se convirtió en República Partenopea, y otras muchas.

Vista esta situación anterior al Code y teniendo en cuenta que Italia estaba ya sometida a la hegemonía revolucionaria francesa y sus principios, quedan como fuentes para observar los principios afirmados respecto al Derecho de Familia en estas repúblicas jacobinas los de las constituciones de sus mismas repúblicas, pudiendo destacar: abolición de los derechos por razón del nacimiento en determinadas familias, suspensión de los retractos gentilicios, supresión del derecho de Aubana, nueva organización de los principios que configuran el estado civil, confiándose, asimismo, a la familia el papel delicado de *seminarium reipublicae*, o sca, en definitiva, la formación patriótica y educación política del Estado.

Casi todas estas constituciones republicanas son un trasunto del modelo francés del año III y muestra corolario del intento de que el gobierno doméstico y familiar habilítase para ejercer con plena madurez el gobierno político; lo demuestra el que quien no fuese casado y supiese de las dificultades de un gobierno doméstico no estaba capacitado para formar parte del consejo de vecinos.

Muestra también de este espíritu igualitario recogido nos lo dan algunos de los criterios que recogen el proyecto de Constitución para Liguria en 1797.

- Abolición del fideicomiso.
- Limitación de la facultad de testar y donar a quienes tienen herederos, ascendientes, descendientes o colaterales al cuarto grado.
- Ausencia de distinción por razón del sexo en la sucesión.
- Revocación del retracto gentilicio.
- Institución de la viudedad.

Mucho más radical todavía es la Constitución del Piamonte, que aun dada con carácter provisional, lleva a sus extremos las ideas jacobinas y recoge la primera afirmación divorcista en forma normativa de Italia. Lógicamente, la consecuencia que podría derivarse de esta situación era la verdadera potenciación de una corriente feminista a través de la igualdad de derechos de los ciudadanos y su correspondiente condición de sucesores.

En esta situación histórica aparece el Code, y antes de pasar al análisis de su influencia, es preciso destacar unos hechos básicos: era nota común y característica de la sociedad italiana en el período mediante entre las repúblicas jacobinas y los reinos napoleónicos la oposición a la comunidad de bienes entre los cónyuges por el sustrato social de la época anterior y, sobre todo, el rechace total al divorcio, sólo defendido en Italia por la nueva clase de gobierno, afecta a las tendencias revolucionarias jacobinas.

Ante este hecho social, el Código Napoleón ofrece un lado severamente criticable para esta sociedad, arraigada a los principios de indisolubilidad del matrimonio, ya que admite el divorcio, si bien podría considerarse desde otro punto de vista: el que era la bandera de la revolución, como medio de conseguir los principios igualitarios de la revolución, sin temor esta minoría de la correspondiente excomunión pontificia.

¿Cómo actúa Napoleón ante esta situación? ¿Era ortodoxa o más bien heterodoxa su posición ante el divorcio? El hecho incuestionable es que ante la situación de introducción del Código en el reino de Italia, nombra la comisión para su traducción, el conde Luosi intentó gestionar ante el mismo Napoleón para que el divorcio se aplicase únicamente a los acatólicos, gestión que fracasó rotundamente, ya que no admitió restricción alguna a su Código.

El suceso se repite de forma aún más clara en el reino de Nápoles y Sicilia, en el que Murat publica el Code el 22 de octubre de 1808, suspendiendo hasta nueva orden el título del divorcio. Tan pronto como Napoleón se entera, el 22 de diciembre del mismo año, o sea, dos meses después, hace que se publique un decreto por el que entra en vigor el título del divorcio desde el 1 de enero de 1809, y que duró todo el tiempo que rigió el Code, hasta que Fernando IV, tras el Congreso de Viena, lo derogó en junio de 1815.

Al margen de la línea histórica que sigue el autor de la obra cabe preguntarse si era jactancia de Napoleón por su obra el decir que antes prefería que volviese Sicilia al rey de España que se dejase de aplicar un solo precepto de su Código. ¿Era lógica esta intransigencia respecto a una medida política que aconsejaba la idiosincrasia de un pueblo, en que la admisión del divorcio comportaba un revulsivo de la realidad social? Son éstas las consideraciones que, modestamente, considero se deben plantear y reconsiderar, ya que como lector de la obra y como persona extraña a la realidad italiana de aquel momento debo enjuiciar bajo un prisma estrictamente personal.

Desde luego, con mentalidad un tanto abierta, hay que comprender que el choque del criterio del Code con la realidad social italiana era inevitable, pero al observar las cosas desde un punto de vista bastante séptico puede apreciarse que ni le sobraban razones a la sociedad italiana ni le faltaban a Napoleón, ya que el divorcio, tal como éste lo interpretaba, era aceptable e incluso conciliable con la fe, puesto que estaba en un plano adyacente y continuo. Es más, creo honestamente que el admitir el divorcio en un plano estrictamente civil no me parece un absoluto absurdo, sino medida de prudencia legislativa. Con ello no quiero defender el divorcio, ya que admitido en sus mayores extremos nos llevaría a consecuencias insatisfactorias, y admitido no en sus grados extremos podría comportar el que algún católico pudiera creerse con derecho a pasar a unas segundas nupcias. El católico, admitido el divorcio civilmente, podrá civilmente casarse y divorciarse cuantas veces quiera corriendo de su conciencia las responsabilidades que pudiese tener. Pero aun admitido el divorcio civilmente, el católico que case civilmente y ratifique, según su conciencia y religión, con la celebración del matrimonio canónico, muestra, comporta y admite la indisolubilidad y sacramentalidad a la que aspira la Iglesia católica. No vamos a extendernos más, ya que se trata de seguir al autor y no de verter en este mismo resumen de la obra opiniones personales.

En todo caso puede decirse que el Code rigió prácticamente en toda la península italiana, así como también en gran parte de la Europa continental, y en materia de Derecho de Familia fue instrumento de una verdadera y propia revolución de duraderos efectos. Ciertamente que en la propia Francia podría verse este Código como un retroceso a los radicales extremismos de la revolución; sin embargo, ese mismo Código en Europa parecía la imagen misma de la revolución, constituyendo un estándar jurídico, que aun en años posteriores se presentará como una meta.

Ello es rigurosamente cierto, ya que la actividad de Napoleón se dedicó, sobre todo, a sobrevalorar el papel de la familia en el Estado. Él se debe, si se quiere, el drástico recurso de la potestad marital sobre los bienes. La familia del Código napoleónico está dotada de una fuerte estructura, en la que se aprecia una clara trama individualista, pues a través de las instituciones, como divorcio y la emancipación, puede cada persona alcanzar plenamente su destino individual. Ello se consigue tribuyendo un carácter laico y estrictamente civil a las instituciones familiares, y, efectivamente, ya PORTALIS, en el discurso preliminar del Código, decía que la Ley civil no debe ver más que a ciudadanos, al igual que la religión no ve más que creyentes. Se reforzaron instituciones familiares, como la tutela, considerada como oficio público y utilizada como medio disgregador de las grandes fortunas, disolviendo los seculares instrumentos de cohesión de las grandes familias burguesas nobles al introducir los principios de igualdad sucesoria, sin distinción de sexo.

Aunque la crítica histórica se resiente de la injerencia de lo extranjero en el quietismo propio de una sociedad como la italiana, tal como se verá posteriormente, si algo hay que reprochar a Napoleón es su gran visión y la honestidad y rectitud de sus principios, que perduraron incluso en la época de la restauración y de la unidad italiana.

El momento histórico del Derecho de familia en Italia, que se analiza en esta continuación, es el de las legislaciones de los estados preunitarios; la característica de esta época italiana la constituye el hecho de que si bien se aceptó de buen grado la herencia de la codificación napoleónica en materia de propiedad, contratos, etc., no ocurrió igual con el derecho de familia y de sucesiones, sobre todo por motivos de reacción político-moral

ante la escisión de la familia y demás directrices, que el Code, quebrando con los principios de prepotencia de los varones y mantenimiento del patrimonio, quería introducir en Italia.

El Code venía a suponer un elemento revolucionario en contra de la familia italiana, petrificada y anclada al mundo agrícola y señorial, presidido por una burguesía patriarcal de grandes familias unidas en torno a un verdadero jerarca, siendo ésta la tipología propia de las legislaciones italianas preunitarias, tanto en los estados sometidos directamente a la influencia del Code como en los que esta influencia no era tan manifiesta.

Sólo existe en la Italia de esta época una excepción, la de la zona lombardo-veneta, que por su ubicación geográfica siempre fue de las que más avatares sufrieron en injerencias extranjeras y que en este momento estaba bajo la hegemonía austrohúngara, rigiendo el Código Universal Austriaco de 1811, Código basado, de otra parte, en un racionalismo kantiano y más próximo al Derecho germánico que del Code; en él se radicaliza las tendencias favorables a la mujer, ya que la sustraía de la licencia marital, purificándola a efectos sucesorios y limitando, asimismo, en el tiempo e intensidad la potestad paterna.

Es preciso resaltar los hechos históricos que dan lugar a esta división italiana, ya en vías de unificación política, sin olvidar tampoco que estamos en pleno siglo XIX, siglo de la codificación, siendo éste uno de los medios de los que se servirá Víctor Manuel II para conseguir la unidad italiana.

Tras el Congreso de Viena, Italia sigue fragmentada en estados, repúblicas y reinos y todas sus legislaciones muestran el hecho regresivo de la vuelta a las costumbres multiseculares y en espíritu de oposición al criterio revolucionario que suponía el Code.

Esta regresión origina el que se tienda nuevamente el puente existente entre la legislación de los estados y la Iglesia, con la exclusión general de divorcio y del matrimonio civil, dándonos ejemplo de ello el Código del reino de las Dos Sicilias, que sólo reconoce como único matrimonio el celebrado ante la Iglesia según las normas del Concilio de Trento, y con la única excepción del Código de Parma y el Albertino, que por la existencia en el norte de Italia de fuertes contingentes hebraicos y protestantes mantenían solamente la indisolubilidad para los católicos.

Sigue siendo también nota dominante en estas legislaciones la inferioridad de la mujer, tanto en las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges como en cuanto a la educación de los hijos y materias sucesorias, aun cuando se reconocía que se debían poner límites a la libre disposición por el marido de los bienes parafernales por el peligro de sus errores o actividad dispendiosa; sin embargo, no se dejaba de reconocer que la preeminencia natural del marido en la dirección familiar debía mantenerse a toda costa.

Se defienden las instituciones de fideicomisos y mayorazgos, pues la igualdad napoleónica tendía a pulverizar los núcleos familiares, mientras que la primogenitura perpetuaba no sólo a la familia, sino el patrimonio familiar. Consecuencia de ello es la gravosa posición de los hijos frente a la patria potestad, que cesaba entre los veinticinco años del Código borbónico y la muerte del padre en Cerdeña, sin olvidar que respecto a las hijas perduraba en muchos estados de por vida.

En este estado de cosas, y como punto final a esta época, se produce en Italia el fenómeno revolucionario del bienio 1848-49, que, como constante histórica, incide en las instituciones de carácter familiar y sucesorio, y aun cuando en casi todos los estatutos se recoge el principio de reforma de los Códigos, la brevedad de estas revoluciones ni permitieron su afirmación ni que las comisiones de juristas completaran su empresa, salvo en Piemonte, donde la minoría revolucionaria, tras varias tentati-

vas, estando ya en el trono Víctor Manuel II, y pese a la oposición fuerte a las corrientes laicas, ya que la mayoría del pueblo opinaba que la introducción del matrimonio civil era una imposición de la minoría dirigente influida por Cavour, se aprobó la Ley Sicardi, que abolió en Piamonte el fuero eclesiástico.

En definitiva, estos movimientos revolucionarios y este intento de quebrar las viejas estructuras de la sociedad italiana no eran más que un *tour de force* para evitar el arraigo perenne de éstas, que todavía se radicalizarían más con los intentos pontificios de restablecer la primogenitura.

El capítulo 5.º de la obra trata y recoge el momento del Código Pisanelli de 1865. El año 1849 es singularmente importante, aparte de que pueda considerarse extinguida la fase revolucionaria del período anterior, porque hay que resaltar que en el mismo se produce en el trono de Piamonte la abdicación de su titular, Carlos Alberto, en su hijo, Víctor Manuel II, autor de la unificación italiana, bajo cuyo período se publicará el Código anteriormente mencionado; de otra parte, el Código de 1865 se ha criticado severamente por seguir el modelo francés y estar privado de originalidad nacional. Que es resultado de una lucha política, en la que se debatían intereses esenciales del ordenamiento de la sociedad italiana, y que se había mostrado como una elección política para solucionar el problema del establecimiento de una plataforma normativa unitaria, en la que se pudiesen recoger las diversas tendencias de los desaparecidos estados italianos.

Sería injusto a todas luces infravalorar el Código Pisanelli no sólo por su interés intelectual, sino por cuanto que no dejó pasar la oportunidad de codificando servir para conseguir o fomentar un hecho de vital importancia: la unificación italiana. Teniendo en cuenta que para quien se haya hecho una breve idea del antiguo régimen de leyes, jurisprudencia y práctica jurídica en los diferentes estados preunitarios de los cuales el Código emerge, el Código de 1865 hay que calificarlo, al menos en materia de familia y sucesiones, como revolucionario, abriendo la puerta a que en el período de su vigencia muchas familias patriarcales y multiseculares se extinguiesen, y pese a que mantuvo el criterio de la Ley Sicardi del matrimonio civil, tampoco hay que olvidar que pese a ello continúa la práctica consuetudinaria italiana antigua de celebrarlo en forma canónica.

Las vicisitudes de la lucha por esta nueva codificación puede resumirse en dos puntos:

Primero.—Revisión más o menos profunda del Código Albertino de 1837.

Segundo.—Elección entre el modelo francés o el napolitano, que se resuelve por un Código nacional italiano, que aproximándose al francés recoja en el mismo principios e instituciones unidos a la tradición de los antiguos estados italianos.

No obstante, el mantenimiento del matrimonio civil, en contra de la competencia de la Iglesia, se oponía a esta tradición italiana y, como es lógico, fue severamente atacado por la Iglesia, produciéndose una situación de escisión entre ambos poderes, que no se solucionó hasta el 1929.

Dejando aparte que la idea fundamental del Códice es la de que la propiedad y todas sus disposiciones giran en torno a los bienes o derecho patrimonial, nos interesa destacar sólo lo referente a la materia del Derecho de Familia, indicando que al igual que ocurre con nuestro Código Civil español, también en el Código de 1865 existía dispersión legislativa, pues recogía la materia tanto en el libro primero como en el tercero. No recoge la necesidad de la aprobación paterna para el matrimonio una vez cumplida la edad, a diferencia del francés, que la exigía en todo tiempo. Tampoco sanciona la dote obligatoria para no

incitar a los seductores y evitar, al mismo tiempo, la evaluación judicial del patrimonio.

Pese a que en el Proyecto del Código de 1865 se había suprimido la necesidad de la autoridad marital, pues se opinaba que si la concordia reinaba en el matrimonio, la autorización sobraba, y no existiendo su consecuencia, sería la separación de los cónyuges, la comisión senatorial no compartió el criterio, opinando que era necesaria la autorización, pues se trataba de una medida de protección a la mujer. De esta decisión, las únicas perjudicadas fueron las mujeres lombardo-vénetas, ya que al estar sometidas anteriormente al Código Universal Austriaco, que desconocía esta institución, originó que en esta región se iniciase el arranque de las corrientes feministas, que culminara posteriormente con su reconocimiento en 1919. Punto éste también sobre el que GABBA había previsto su proximidad por la excesiva independencia que las leyes austriacas concedieron a la mujer.

También prohíbe el Código de 1865 las investigaciones de la paternidad, pero uniendo a la excepción del rapto la del estupro violento, sin olvidar que el Código Albertino había admitido ya la prueba por escrito, o también por los auxilios prestados al hijo a título de padre. En este punto se sigue la trayectoria del Code Napoleón, mucho más restrictiva que la antigua tradición italiana, que se recogerá luego en el Código de 1942.

La investigación de la maternidad, en cambio, estaba admitida siempre y facilitaba por toda vía o clase de reconocimiento y legitimación. Sólo los hijos adulterinos e incestuosos eran ajenos a estas reglas amplias.

La patria potestad atribuida a ambos cónyuges, pero ejercida por el marido, y la tutela organizada con grandes garantías, rendición anual de cuentas y sistemas de registro, pues ninguno de los actos importantes del tutor podría realizarse sin el consentimiento del conserje de familia.

En cuanto al régimen patrimonial de la familia y del matrimonio se rechaza la comunidad universal de bienes, admitiendo sólo unas hipótesis aisladas por el principio de libertad de pacto.

Este complejo importante de principios de organización del Derecho familiar quiebra en materia sucesoria, en donde es notable el abandono del espíritu de fraccionamiento de la propiedad de origen revolucionario; así podemos comprobar que se admite la sucesión a los naturales reconocidos en la mitad de cuota legitimaria y con la posibilidad de que los legítimos la paguen en dinero o bienes hereditarios a justa estimación, con el fin de mantener la individualidad de la hacienda familiar. La mujer sucede en una cuota en usufructo. La legítima se mantiene, pero no variando la cantidad según el número de hijos, sino en cuota fija, y el límite de la sucesión intestada se amplía del séptimo al décimo grado.

Antes de llegar al momento codificador de 1942, que se inicia tras la primera guerra mundial, existe un período de cincuenta años de vigor del Código Pisanelli, que está caracterizado por un absoluto estacionamiento legislativo, mientras la jurisprudencia actúa por la vertiente liberal, muy de acuerdo con la época.

La única reforma que se producirá en este período ayudada por el particularísimo clima de las izquierdas, será la supresión de la autorización marital, por otra parte, de gran importancia para el destino del derecho de familia. Y quizá para mejor comprender lo que presupone este período la frase de ASCOLI, que afirma que el Derecho de Familia ha sido por naturaleza el campo más batido por los buscadores de reforma y paradójicamente, sin embargo, es en el que menos frutos se han recogido, sea la más expresiva.

Hay que sentar como premisa en este largo período de cincuenta años que pese a las violentas discusiones parlamentarias y, sobre todo, por

el alineamiento de fuerzas políticas de ultraizquierda, socialistas y comunistas, que vendrán a mediar en estas discusiones, la realidad hizo que quedasen en mero papel mojado, sin olvidar tampoco la categoría de los juristas que intervinieron: BENSÀ, CHIRONI, GABBA, POLACO, SALVIOLI, SIMONCELLI, VIVANTE y el mismo SCIALOJA, partidario de la reforma en puntos concretos y no en forma general, como se presentaron muchas en el Parlamento.

Tónica general de la historia de estos proyectos de reforma y sus luchas parlamentarias inciden sobre tres aspectos básicos:

Primero.—La remisión a las vicisitudes de la sociedad familiar italiana y a la jurisprudencia, a través de las cuales, permaneciendo inmutable la estructura formal, va modificándose insensiblemente la función concreta de las normas e instituciones.

Segundo.—Que estos mismos principios, que no se arriesga la legislación a introducir por vía general, comienzan a manifestarse como excepciones por las leyes menores debidas a circunstancias extraordinarias

Tercero.—Parte de estas elaboraciones o proyectos reformadores confluirán en el ciclo posterior entre 1923 y 1942, produciendo la generalización de no pocas de las reglas e institutos de las precedentes leyes excepcionales.

De otra parte, estos alineamientos políticos e ideológicos parlamentarios van a recaer sobre cuatro temas centrales:

I. Precedencia del matrimonio civil sobre el rito religioso, que se pretendía convertir en obligatorio, con el fin de obviar los inquietantes fenómenos sociales.

La realidad social era muy otra fuera del nivel parlamentario. La estadística arroja una gran cantidad de matrimonios religiosos proscritos por la legislación estatal, y aun cuando se intentó recurrir, con el fin de armonizar la opinión pública con las normas estatales, a solicitar la ayuda del clero y de los obispos, no cedieron éstos ante las presiones.

La implantación de la preferencia del rito civil del matrimonio por Ley significaba, en todo caso, admitir el dogma separatista en las relaciones Iglesia-Estado; sin embargo, todos los proyectos de esta época, MAZZOLENI, CONFORTI, FINOCHIARO-APRILE, etc., eran destinados a quedar en la vía muerta, y aunque al fin de este período sobreviene la guerra mundial, no se soluciona el problema, pero las normas concordatorias posteriores pronto le privarán de su razón de existir.

II. No mejor fortuna que el tema anterior tiene este referente a los varios proyectos presentados en el período 1873-1920 por el mismo frente laico: el divorcio. Sin embargo, aquí las propuestas nacen y pasan de la izquierda liberal a las posiciones más recientes del partido socialista.

Como en el caso anterior, la realidad social y la doctrina de los civilistas GIANTURCO, SALAMANDRA, GABBA o MATTIROLO eran opuestas a seguir estas tendencias divorcistas, que el modelo de la III República Francesa ofrecía como materia novedosa y aplicable al ámbito italiano. Tampoco hay que olvidar que al lado de estos proyectos sobre el divorcio se alineaban también grandes juristas: BIANCHI, FIORE, BRUGI, FILOMUSI, POLACO, GABBA, pero tampoco es menos ciertos que en esta época, como consecuencia de las corrientes ideológicas, hechos como la emigración: bigamia; divorcio en el extranjero; matrimonio sólo religioso, que seguía a una mera unión de personas; uniones estables, pero sin vínculo, etc., existía un ambiente anárquico; en el que los librepensadores y socialistas se apoyaban, como expresión de una mera moral laica, que servía de base y trasfondo al divorcio.

Las propuestas parlamentarias de los proyectos BERENNI, COMMANDINI,

VILLA, MARANGONI, etc., abocan en su ineffectividad; más allá de las discusiones parlamentarias, en que la posición católica había ofrecido caracteres casi épicos, quedaba, de otra parte, la aprobación del Senado, que en materia de sanción del divorcio su voto favorable era, en el campo de las conjeturas, algo más que hipotético.

III. Otro punto de debate es la condición jurídica de la mujer casada.

En este punto, salvo las leyes de 9 de diciembre de 1877, admitiendo su capacidad para testimoniar en los actos públicos, y la de 17 de julio de 1919, en que se le concede plena capacidad para ciertos oficios públicos y privados, reconociendo los derechos de la mujer, todas las normas menores vienen a temperar la desigualdad mantenida entre los cónyuges en el Código Civil.

Como ejemplo de estas normas menores podemos citar los derechos que se le conceden a las mujeres para depositar y retirar fondos de las Cajas de Ahorro. Su reconocimiento en el Derecho Laboral en materia de pensiones. La Ley de 1893, permitiendo a la mujer separada del marido la disposición de los bienes y a obligarse sin autorización del mismo.

En el trasfondo de estas normas hay razones que las imponían como prudentes y justas; sólo basta pensar en la mujer del emigrante, que forzosamente debía ser la cabeza de familia; también la mujer obrera o profesional, que podía incluso aportar mejor salario a la familia que el marido.

En este punto sí que puede considerarse que las vicisitudes y suerte del proyecto MORELLI, de 1867, y después SCIALOJA, en 1912, sobre la supresión de la autorización marital, se consagraron definitivamente en la Ley de 1919.

IV. Gran discusión provocó también el reconocimiento de mayores derechos a los hijos naturales y la apertura de nuevas vías legales para darles un estado legítimo, ya sea extendiendo el instituto de la adopción, ya sea defendiendo y dando más tutela a las razones de la mujer seducida, favoreciendo la investigación de la paternidad.

Este tema de la investigación de la paternidad es objeto de proyecto, presentado por los representantes católicos, sobre todo MENA, en 1914, 1919 y 1920, pero también estaban destinados a no tener reflejo legal, porque así como la investigación de la paternidad para los católicos era una vía indirecta de persuasión al matrimonio, para las facciones contrarias carecía de importancia, ya que su posición divorcista y ausencia de prejuicios morales la privaba de utilidad práctica. Como resumen de este largo período vemos que el tema de una reforma general del Derecho de Familia no tuvo éxito legislativo, pero la misma guerra mundial será un catalizador, que provocará las reformas legislativas posteriores, que culminan en el Código de 1942.

Entramos, al fin, en el último estadio que analiza el autor y que abarca de 1919 a 1942, caracterizado por una serie de acontecimientos intelectuales históricos y políticos, que culminan con el Código de 1942.

Son fenómenos destacables, por su influencia en la reforma del Derecho de Familia, no solamente la doctrina fascista plenamente existente, pues su origen data de 1915, sino también la influencia de las ideas de GABRIEL D'ANNUNCIO y el nacionalismo de Rocco.

De otra parte, la marcha sobre Roma en el 1922, unida a que el partido fascista había conseguido ya 31 diputados en las elecciones de 1921, provocaron que Víctor Manuel III permitiese la formación de Gobierno a Mussolini, a la par que el Tratado de Letrán de 1929 viniese a cimentar los pilares de las nuevas directrices que iban a iluminar al Derecho de Familia en esta época, teniendo en cuenta que el movimiento político de Mussolini gozaba del mayor predicamento y apoyo incondicional del pueblo italiano.

Punto de arranque, si se quiere, en la plasmación legislativa de las nuevas ideas, lo es la Ley de 17 de julio de 1919, a la que nos hemos referido antes. Esta corriente feminista, unida a los alegatos de Cicu en la anteguerra afirmando el carácter público del Derecho de Familia, junto con la doctrina de Rocco y la política democrática nacional dan origen a la idea de la familia como institución natural extraestatal, célula prima de la nación e instituto social y político.

De otro lado, las propuestas hechas por el partido socialista italiano en la posguerra acerca de la confiscación gradual de los capitales a través de la reforma del Derecho hereditario, quebra ya en 1923, pues por la influencia del ministro Stefani, afiliado al movimiento nacionalista, se llega a la abolición de todo impuesto sucesorio dentro del núcleo de la familia. Esto unido a la tasa impuesta sobre los solteros muestra paladariamente la orientación demográfica del Gobierno, revelándolo, asimismo, las exenciones por familia numerosa, premios de nupcialidad, etc.

Tampoco se perdió la ocasión de sancionar el restablecimiento del ideocomiso rural con el fin de favorecer el patrimonio familiar agrícola. Se proscribió el divorcio, ya que rompía la estabilidad del ordenamiento familiar y no menos del social.

Quizá el punto que más se desvía de la obra del fascismo italiano es la drástica defensa del prestigio de la raza, que si bien arranca en su origen con su aplicación en los territorios de Libia, poco después esta limitación se generalizará en la legislación interior mediante la «declaración sobre la raza», votada en el gran consejo del fascismo de 1938, vetando radicalmente el matrimonio con personas pertenecientes a las razas camitas, emitas y otras arias. Esto, como es lógico, contradecía las normas concordatarias, y pese a las protestas de la Santa Sede, se confirmó la dirección antisemita en el manifiesto de Verona, cesando solamente en el periodo y procedimiento de desfascitización del Código tras la segunda guerra mundial.

Con estas directrices aparece el anteproyecto de Código en 1931, cuando ya el Código Penal Rocco había venido a reforzar la protección familiar. El proyecto definitivo es de 1936, y la publicación definitiva del bro primero, de 1938.

Contiene, además, la obra de UNGARI un interesante apéndice comprensivo de escritos y fórmulas sacadas de la práctica notarial italiana de las diferentes épocas que abarca su estudio. Muy interesantes, por cierto, ya que vienen de recoger a través de la experiencia, *quod plerumque accidit*, pues no hay que olvidar la vigencia de la máxima italiana *attu vinci liggi*, singularmente arraigada en el espíritu de esta sociedad patriarcal y campesina. De aquí que esta agudeza práctica, transmitida adquirida, refleja en sí la imagen de un mundo social, en que la lenta historia de las correcciones y abandonos de fórmulas caducas muestra el actuante movimiento del Derecho.

Como resumen crítico hay que destacar que si bien no constituye una obra enfocada hacia la praxis profesional resulta sumamente interesante para el estudio del derecho comparado, por cuanto nos introduce en las motivaciones de las fluctuaciones del Derecho de familia en Italia a través de la historia de este país, elaborando su estudio no en un sentido de mero discurso cronológico de fechas, que no llevan más que a confusión, no basado en la disociación clara de la estructura social y su praestructura ideológica, que constituyen la historia sociopolítica del Derecho de Familia italiano.

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Julio-septiembre de 1971

La adopción, por Mariano Fernández Martín Granizo, págs. 685 a 788.

El nuevo régimen de la adopción, por Gabriel García Cantero, páginas 789 a 862.

La capacidad adopcional, por Rubén de Marino, págs. 863 a 912.

La capacidad para adoptar y el estatuto religioso del matrimonio, por Luiz Diez Picazo, págs. 913 a 928.

Los efectos sucesorios de la adopción, por Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, págs. 929 a 969.

La reforma de la patria potestad en el Derecho francés, por José María Castán Vázquez, págs. 971 a 992.

REVISTA DE

DERECHO MERCANTIL

Número 119, enero-marzo de 1971

El usufructo de acciones de sociedades anónimas en el anteproyecto argentino de la Ley General de Sociedades, por Manuel de la Cámara Álvarez, págs. 7 a 72.

El leasing: aproximación a los problemas planteados por un nuevo

contrato, por Rafael Illescas Ortiz, págs. 73 a 116.

Número 120, abril-junio de 1971

El usufructo de acciones de sociedades anónimas en el anteproyecto argentino de la Ley General de Sociedades, por Manuel de la Cámara Álvarez, págs. 189 a 220.

El nuevo sistema alemán de concesión de patentes, por Gerhard Schricker, págs. 221 a 240.

Número 121, julio-septiembre de 1971

La Ley modelo para los países en desarrollo sobre dibujos y modelos industriales, por José Manuel Otero Lastres, págs. 329 a 349.

REVISTA DE

DERECHO URBANISTICO

Encro-febrero de 1972

La tecnificación del Derecho de superficie y sus posibilidades urbanísticas, por José Luis de los Mozos, págs. 13 a 38.

Aspectos legales e institucionales de la planificación urbana, por Carlos Mouchet, págs. 39 a 61.

Consideraciones en torno al suelo de reserva urbana, por Angel Ortega García, págs. 63 a 81.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Febrero de 1972

Efectos de la residencia en las inversiones extranjeras, por Francisco Lucas Fernández, págs. 96 a 116.

Los daños civiles causados por la Administración pública y su nuevo tratamiento en la doctrina jurisprudencial, por Emiliano Casado Iglesias, págs. 116 a 122.

Marzo de 1972

El patrimonio personalizado como estímulo para el desarrollo de los negocios de toda clase, por Buena-ventura Camy, págs. 187 a 200.

La falta de provisión de fondos como motivo de oposición en juicio cambiario ejecutivo, por Luis Alonso Prieto, págs. 200 a 207.

REVISTA GENERAL DE LEGISLA- CION Y JURISPRUDENCIA

Febrero de 1972

Sentido del Registro de la Propiedad (para una interpretación del Instituto en Puerto Rico con vistas a su reforma), por Eduardo Vázquez Botc, págs. 165 a 225.

Marzo de 1972

Dante y el Derecho, por José María Nin de Cardona, págs. 295 a 330.
Sentido del Registro de la Propiedad (para una interpretación del Instituto en Puerto Rico con vistas a su reforma), por Eduardo Vázquez Bote, págs. 331 a 376.

La ejecución de sentencias penales extranjeras y el tratado hispano-danés de 3 de febrero de 1972, por José Antonio Tomás Ortiz de la Torre.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 328-329, enero-febrero 1972

Los bienes de las entidades locales y la cuota empresarial de la Seguridad Social Agraria, por Enrique Crespo Gonzálcz, págs. 2 a 10.

Consecuencias de las prácticas restrictivas, por Jesús Agustín Pellicer Valero, págs. 10 a 29.

Número 330, marzo de 1972

La reforma de la Administración Local, por José María Martínez Val, págs. 210 a 215.

Acerca de la integración ejecutiva ordinaria de la letra de cambio perjudicada en contra del aceptante, por Luis Alonso Prieto, páginas 215 a 221.