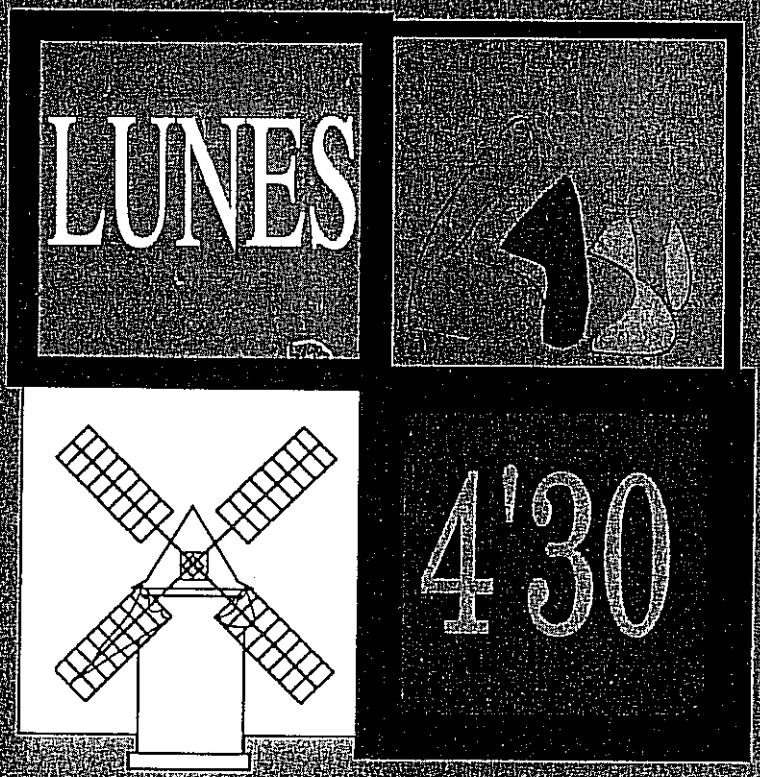
LUNES 4'30



Informativa de derecho privado y REGISTRAL

Año VI - Núm. 132 - 1ª Quincena, septiembre, 1993

sumario

Año VI - Núm. 132 - 1ª Quincena, septiembre, 1993

CASOS PRACTICOS 2
RESOLUCIONES 7
SENTENCIAS 14

LA CARTA DE PAGO, LA AFECCIÓN Y EL ASIENTO DE PRESENTACIÓN, por Santiago R. Lafarga 17
CARTA de Vicente Espert 18
REVOCACIÓN DE PODERES Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD por Vicente Carbonell 19
PERIPECIAS DE UN ADMINISTRADOR QUE QUERÍA DIMITIR por Rafael Gómez-Ferrer 20
NOTA INFORMATIVA ACERCA DEL TEMA DE SI LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA DEBE VERSE SUSPENDIDA O NO ... por Juan M. Rey Portolés 21
LA CAUSA, SU CONSTANCIA EXPRESA O NO EN LOS NEGOCIOS JURIDICOS DE ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD ... por Carlos C. Pascual de la Parte 27

UN RINCÓN PARA LA ESTADÍSTICA por Juan E. Ballester Colomer .. 53

HUMOR CHICO BOLLAÍN

Corral Jr. 52

JM. Chico: "Comentario entre jocoso y preocupante, jurídicamente" ... 46

Iré a Santiago 48

..... 60

LUNES 4'30

EDITADA POR REGISTRADORES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

*

CONSEJO DE REDACCION:

EN VALENCIA:
Rodolfo Bada Mañó
Luis Calduch Alvarez
Vicente Carbonell Serrano
Ana María del Castillo González
Vicente Dominguez Calatayud
María J. Gonzalvo Asensi
Belén Martínez Gutierrez
Rosa M. Navarro Díaz
Carlos Olavarrieta Masdeu
Luis Orts Herranz
Carlos J. Orts Calabuig
Federico Sánchez Asíns
Javier Solá Palerm
Juan M. Rey Portolés

EN ALICANTE:
José Márquez Muñoz
Juan Carlos Rubiales Moreno
Francisco Salvador Capdera

CONSEJERO HONORARIO:
José María Chico Ortiz

FUNDADOR:-DIRECTOR
Enrique Colomer Sancho

SECRETARÍA DE REDACCIÓN:
Dª Rosa Navarro Díaz
Registradora de la Propiedad núm. 11.
Pintor Peyró, 12.
46010-Valencia.
Teléfono: (96) 3629591
FAX (96) 3933446

Depósito legal:
V-1212-1988

Queridos, doctos y pacientes lectores:

Todos los escritos de los autores lunésicos que publicamos hoy fueron recibidos —algunos por correo urgente— a finales de julio, por lo que no pudieron incluirse en el número correspondiente de la 2ª quincena de dicho mes ni en las dos de agosto, dedicadas al insaciable focho de RR.

Durante el mes de agosto fueron llegando otros escritos —largos o cortos— que iremos publicando rápidamente y por el orden de recepción. Escritos salidos de plumas ilustres de escritores nuestros: Rafael Rivas Torralba (Registrador), E.M.-Piñeiro, Rafael Rivas Andrés (Notario) y Vicente Carbonell.

Además, tenemos almacenadas —en la seca y enorme panza del ordenador— muchas interesantes "rapiñas" obtenidas de las revistas y boletines hermanos —de julio y agosto, y aun de junio— para ser reproducidas en la Academia y Kiosco nuestros...

Como veis, en julio y agosto también se atascan las revistillas... De tratarse de un atasco no coyuntural sino debido a que los escritores lunésicos se animan y la Lunes crece y engorda demasiado, algo haríamos... ¿Lunes semanal? ¿Y los dineros? Cualquier cosa antes que una Lunes gorda. Gulosa, sí. Gorda,no.

casos prácticos

Assemblea Territorial dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya
Consell de Cent, 334-336
08009 - BARCELONA

II. SECCIÓN DE CASOS PRÁCTICOS DEL SEMINARIO

Por F.J.G. GÁLLIGO

(Del BOLETÍN del CEH de Cataluña, núm. 47, junio de 1993, pág. 41)

ENAJENACIÓN DE BIENES POR HEREDERO QUE HA ACEPTADO A BENEFICIO DE INVENTARIO EN CATALUÑA.

En un supuesto de herencia aceptada a beneficio de inventario —siendo el causante de vecindad civil catalana—, se discute sobre si puede el heredero proceder a la venta de los bienes inmuebles adquiridos en virtud de la citada herencia, para con su importe pagar las deudas; o si —por el contrario— debe procederse a su venta en pública subasta, en beneficio de los acreedores, de conformidad con el artículo 1030 C.C. y 1031 de la L.E.C. El fallecimiento del causante se ha producido después de la entrada en vigor del Codi de Successions de 30/12/1991, y en el Registro, con posterioridad al asiento de presentación de la escritura de venta consta presentado un mandamiento de embargo sobre dichos bienes por deudas del causante, habiéndose dirigido la demanda contra el heredero.

La opinión mayoritaria es la de que el heredero puede enajenar los inmuebles adquiridos por herencia, aunque conste la aceptación a beneficio de inventario, sin necesidad de acudir a la venta en pública subasta.

En efecto, ello es así porque no son aplicables a Cataluña los preceptos del artículo 1030 del C.C. y 1031 de la L.E.C., mucho menos después de la entrada en vigor del Código de Sucesiones catalán, en cuyo preámbulo expresamente se excluye la aplicación supletoria del Código civil y se afirma que el Codi contiene una normativa autónoma, completa y global del derecho sucesorio catalán.

En este sentido el artículo 36 de dicho Código de sucesiones catalán establece que "*El beneficio de inventario no impedirá al heredero adquirir la herencia, posesionarse de ella y administrarla; pero hasta que queden pagados todos los acreedores conocidos, la llevará en administración especial y procederá, bajo su responsabilidad, antes de entregar o cumplir los legados, a pagar a dichos acreedores a medida que se presenten, y a cobrarse sus créditos con el dinero que se halle en la herencia o que obtenga en la venta de los bienes de la propia herencia, sin perjuicio de los que pueda adjudicar en pago. Si, satisfechos algunos o todos los legatarios, aparecieran acreedores hereditarios*

desconocidos, sin que sea suficiente el resto para pagarles, éstos podrán repetir contra aquéllos. Perderá el beneficio de inventario el heredero que proceda fraudulentamente en estos pagos y en estas realizaciones de bienes".

Podemos sacar las siguientes consecuencias de dicha regulación:

a) El heredero que acepta a beneficio de inventario es verdadero titular de los bienes de la herencia, si bien únicamente responderá con ellos de las deudas del causante —no con los bienes propios—.

Esto es, no es titular fiduciario, sino que es —incluso antes de pagarse las deudas y los legados— verdadero propietario.

b) Tiene, en consecuencia, plenas facultades de disposición. El hecho de que se constituya una administración especial de tales bienes, no debe ser entendida como atribución al heredero de meras facultades ordinarias de administración, sino como configuración como patrimonio separado de los bienes de la herencia aceptada a beneficio de inventario.

Como dicen PUIG-FERRIOL Y ROCA TRIAS "*no nos hallamos propiamente ante un administrador sino ante un heredero que administra como titular un patrimonio separado, pudiendo realizar cualquiera de los actos y negocios inherentes a sus facultades de disposición, con la única limitación de que no puede realizarlos fraudulentamente*" ("*Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*", Tomo III, 2º página 620).

c) En efecto, la única consecuencia de que enajene fraudulentamente los bienes (en perjuicio de acreedores o legatarios) es la pérdida del beneficio de inventario, de manera que entonces responderá personalmente de las deudas de la herencia.

d) Corresponde —en definitiva— a los acreedores que quieran asegurar convenientemente sus derechos (además de la garantía genérica expuesta en el párrafo anterior) el instar la anotación preventiva de sus créditos conforme al criterio general (artículo 166 párrafo 1º inciso 2º, es decir, embargo en procedimientos dirigido contra herederos determinados del deudor por deudas de éste).

No parece que pudiera practicarse la anotación preventiva prevista en el artículo 45 L.H. y 175 del R.H. por no tratarse (al menos en derecho catalán, como se ha visto) de un supuesto de titularidad fiduciaria o adjudicación para pago, sino de verdadera titularidad por parte del heredero —aunque como patrimonio separado—.

CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO EN LA SUSPENSIÓN DE PAGOS.

En caso de cumplimiento del convenio de acreedores por el incurso en suspensión de pagos, se plantea la cuestión de cuál será el título adecuado para provocar la cancelación del asiento practicado en el Registro de la Propiedad, tanto en los libros de inscripciones como en el de incapacitados.

Dado que el asiento se ha practicado en virtud de mandamiento judicial, por imperativo del artículo 83 de la L.H. será preciso que así se acuerde en virtud de providencia, y que se expida al efecto mandamiento por duplicado (artículo 257 L.H.).

El problema es que la Ley de suspensión de pagos de 16/7/1922, después de regular la publicidad del auto aprobatorio del convenio, no prevé expresamente más que el tránsito a la declaración de insolvencia definitiva: es decir, ninguna referencia hay en la ley a un auto específicamente dirigido a declarar cumplido el convenio.

En el caso planteado, la Comisión liquidadora nombrada en el convenio había solicitado expresamente la aprobación de un auto ordenando el alzamiento de la suspensión de pagos por cumplimiento del convenio, con expedición de mandamientos a los Registros de la Propiedad. Sin embargo, por resolución judicial se acordó no haber lugar al auto solicitado por no estar previsto en la ley de suspensión de pagos.

Sin embargo, como hemos visto, sí existe base legal para acordar el auto de alzamiento de la suspensión, no sólo por analogía con el auto de rehabilitación del quebrado recogido en el artículo 922 del Co. Co. (que determina que en su virtud cesarán todas las interdicciones legales), sino por exigencia expresa del artículo 83 L.H.

De la misma manera, la **R.D.G.R.N. 11/11/1975** aun admitiendo esta falta de regulación legal, insiste en la necesidad de mandamiento judicial al efecto, obtenido por el cauce procesal adecuado aunque no expresa cuál.

Parece que lo procedente es que la Comisión de acreedores nombrada en el expediente acuda al juzgado que conoció de la suspensión y solicite que se declare el cumplimiento del convenio y su publicidad registral, en base al citado artículo 83 L.H. y R.D.G.R.N. 11/11/1975, el cual podría sustanciarse por el trámite de los incidentes (cfr. HERNÁNDEZ CRESPO, "*Publicidad registral de la suspensión de pagos*", R.C.D.I. 604 página 913).

ESCRITURA DECLARATIVA DE UNA VENTA ANTERIOR.

Se presenta a inscripción una escritura en la que el titular registral declara haber vendido y transmitido con anterioridad un inmuebles determinado a la otra parte contratante, la cual de la misma manera corrobora haberlo comprado y adquirido con anterioridad al acto del otorgamiento, expresándose en la escritura las fechas en las cuales se fue pagando el precio, que ahora se confiesa totalmente recibido.

Se pretende que la escritura sirva de título para la inscripción, aunque desde un punto de vista fiscal se trata de dejar claro que la transmisión fue efectuada tiempo atrás.

Lo procedente hubiera sido la elevación a público del documento privado de compraventa, previa liquidación del impuesto de Transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados correspondiente, o bien, —caso improbable de que la venta hubiera sido verbal—, debería haberse acudido a un procedimiento declarativo ordinario, único cauce adecuado para probar la existencia de un derecho.

En efecto, dado el sistema causalista de nuestro sistema de transmisión de inmuebles, que ha de ir acompañado además de la tradición para la transmisión de la propiedad, en base al sistema del título y del modo (artículos 609 y 1095 C.C.), surgen importantes obstáculos para la inscripción de un título abstracto como el reseñado anteriormente, por varias razones:

a) Tal escritura declarativa, no hace sino recoger un consentimiento formal para la inscripción, que podría tener sentido en un sistema desligado de la causa como el alemán, pero no en el sistema español.

b) Tal escritura declarativa no contiene la voluntad traslativa que caracteriza al negocio jurídico de compraventa: tan sólo se recoge una declaración de que tal voluntad traslativa existió en su día, sin probarlo.

c) Tal escritura declarativa, en fin, no acredita que se haya producido la entrega o tradición, necesaria para la transmisión de la propiedad y requisito para la inscripción, ya que lo único que recoge es la declaración de los interesados de que tal tradición se produjo en su día, sin acreditarlo (la tradición instrumental no juega en este caso, pues se dice estar ya efectuada la entrega).

No cabe olvidar que la propia Ley hipotecaria sanciona el sistema, y así:

a) Por un lado, exige para practicar una inscripción —máxime si es inmatriculación— en el Registro de la propiedad, que exista un propio título traslativo (confrontar artículos 2º y 205 L.H. y 7º y 9º R.H.).

El título declarativo está circunscrito a supuestos muy excepcionales, siempre que estén expresamente admitidos (títulos declarativos de obras nuevas, excesos de cabida, etc.), siendo el título declarativo por antonomasia el judicial declarativo de derecho en el procedimiento adecuado entablado contra titular registral.

No podemos olvidar que el supuesto de hecho analizado, implica un verdadero caso de inexactitud registral, que debe rectificarse de conformidad con el artículo 40 L.H., el cual expresamente prevé que si la inexactitud del Registro proviniera de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria (como ocurre en el caso planteado), la rectificación tendrá lugar por la toma de razón del título correspondiente (lo que en nuestro caso no es posible por ser verbal), por la reanudación del tracto sucesivo (lo cual tampoco es viable, pues no existe propiamente tracto interrumpido, ya que no hay dos "*eslabones*" omitidos sino tan sólo uno) o por resolución judicial (único cauce, en definitiva, adecuado).

b) Por otro lado, la causa justificativa de la transmisión operada (onerosa o gratuita) debe no sólo existir, de conformidad con el sistema causal antes expresado, sino que debe estar expresamente reflejada en el título (cfr. R.D.G.R.N. 30/6/1987 no bastando la mera voluntad de transmitir y adquirir).

c) Finalmente existe un argumento de derecho positivo que impide la inscripción de un título notarial declarativo de una transmisión anterior, como es el artículo 7º R.H. que literalmente considera inscribible "*cualquier otro acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales*".

Es decir, se exige un acto o contrato que modifique "*desde luego o en lo futuro*" alguna facultad inherente a un derecho real. Ni siquiera concibe que pueda plantearse la inscripción de un título que modifique con efectos retroactivos los pronunciamientos registrales.

No se confunda este caso, con la elevación a público de documento privado con fecha fehaciente anterior por concurrir cualquiera de las causas del artículo 1227 CC., en el cual la transmisión anterior de la propiedad está acreditada, lo cual no ocurre

con la escritura declarativa de una compraventa verbal anterior, en la que la tradición no está acreditada (sin que pueda ser suplida por la tradición instrumental por la razón expuesta de que se parte de la base de que la propiedad ya no corresponde al titular, luego nada puede entregar).

RECONOCIMIENTO DE DEUDA Y CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA EN GARANTÍA DE LETRAS DE CAMBIO.

Una sociedad de responsabilidad limitada, titular registral de varias fincas, reconoce adeudar una cantidad de dinero a una determinada persona, especificándose con claridad el origen de la deuda (en concreto, una cantidad de dinero que la sociedad titular registral había recibido de ella, mediante cheque que se identifica por serie y número).

Dicha deuda se representa en treinta letras de cambio, también perfectamente identificadas en cuanto a su importe nominal, vencimiento, clase, serie y número. En la escritura, la sociedad deudora, después de reconocer la deuda y la aceptación de las letras, constituye hipoteca sobre las fincas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 154 de la L.H., en garantía del cobro a su vencimiento de todas y cada una de las cambiales reseñadas, en favor del tenedor actual de las letras (el actual acreedor) y los sucesivos tenedores de las letras de cambio.

El importe total garantizado representado en las letras, así como los intereses estipulados en caso de demora y las costas y gastos devengados en caso de ejecución (cuyo límite máximo se estipula), se distribuye entre las distintas fincas.

El problema que se plantea es el de si es necesario no sólo la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas, sino también entre las distintas letras, así como si es o no necesario acompañar las letras para hacer constar en ellas los datos de inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad.

Ninguna duda cabe que la voluntad de los otorgantes es la de constituir una hipoteca cambiaria, no una hipoteca ordinaria en garantía de una deuda representada en letras de cambio.

La diferencia es importante, en la medida que si no estuvieramos ante lo primero (hipoteca cambiaria) sino ante lo segundo (hipoteca ordinaria en garantía de una deuda representada por letras), no sería necesario el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 154 L.H.

Así lo entendió la **R.D.G.R.N. 14/10/1986** para la cual, la diferencia radica en si se ha querido garantizar la relación jurídica subyacente o si por el contrario la hipoteca se constituye en garantía de las obligaciones cambiarias —como ocurre en el caso planteado—.

Por cierto que la citada resolución, consideró perfectamente válido y lícito en nuestro Derecho el reconocimiento de deuda, como negocio de expresión abstracta admitido por el artículo 1277 C.C. (cfr. **S.T.S. 3/11/1981**).

Admitido que lo que se constituye es una hipoteca cambiaria (expresamente se dice que la hipoteca garantiza las obligaciones cambiarias y que se constituye en favor de los tenedores presentes y futuros de las letras), deben cumplirse los requisitos exigidos por el artículo 154 de la L.H. y en este sentido en la escritura quedan perfectamente identificadas las cambiales.

Recuérdese cómo la **R.D.G.R.N. 22/3/1988** expresamente estableció que el principio de especialidad, aplicado a la hipoteca cambiaria, impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que se inscriba (por imperativo del artículo 9º L.H. y 51-6 R.H.), lo que tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio del crédito garantizado, exige que, como regla general, se exprese circunstanciadamente las obligaciones garantizadas (acreedor, causa, cantidad, intereses, plazo de vencimiento), lo cual no se cumple en la hipoteca en garantía de letras en blanco (sin identificación de sujeto, cantidad y vencimiento). Ello —además— implicaría una verdadera hipoteca de propietario no admitida en nuestro Derecho.

El único problema que plantea la escritura analizada (que reúne todos los requisitos de identificación antes expresados), es que son varias las fincas hipotecadas, limitándose a distribuir entre ellas la responsabilidad hipotecaria, pero no entre las letras. Es decir, no se especifican cuáles son las letras correspondientes a la responsabilidad hipotecaria atribuida a cada finca, De la misma manera se establece una cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria por intereses de demora y por costas, que también se distribuye entre las fincas, pero sin determinar qué cantidad corresponde dentro de dicha responsabilidad hipotecaria distribuida, a cada letra garantizada.

Por exigencias del principio de especialidad, dicha distribución debe verificarse.

Es decir, debe existir una distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas (artículo

119 L.H.), tanto del principal como de los intereses, costas y gastos (cfr. R.D.G.R.N. 23/10/1981, que precisamente entendió que era perfectamente válida y cumplidora del principio de especialidad la escritura de hipoteca cambiaria que distribuyó la responsabilidad entre las dos fincas y además previó para el caso de ejecución parcial de la hipoteca, una distribución proporcional del importe de cada letra que vaya a la ejecución).

Pero no sólo es necesaria la distribución de la responsabilidad entre cada finca en los términos antes expresados, sino también entre cada letra, pues de lo contrario, también en caso de ejecución parcial o pago parcial de alguna letra, no se conocería en qué términos ha quedado liberada cada finca (¿parcialmente, proporcionalmente cada una de las fincas, o totalmente si la cantidad pagada cubre la totalidad de la responsabilidad hipotecaria asignada?).

Piensese que no podría existir cancelación parcial respecto de una finca, a pesar de que así lo desee el tercer poseedor, aunque se paguen letras por importe equivalente al de la responsabilidad hipotecaria de cada finca, en contra del principio del artículo 221 R.H.

Lo mismo ocurriría si vendidas varias fincas con precio aplazado, y representado el precio en varias letras de cambio, se pactase la resolución expresa de la compraventa por falta de alguna de las letras: debería distribuirse entre cada letra de cambio la parte correspondiente a cada finca, para que al tercer poseedor no le afectase sino por la parte asignada a su finca.

Finalmente, más discutido es el tema de si es o no necesario acompañar las letras para hacer constar en ellas los datos de inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad.

Conforme al tenor literal del artículo 154-3 de la L.H. parece que así debería ser, si bien excepcionalmente (caso de imposibilidad de aportar los títulos por estar ya en circulación) podría ser reemplazado este requisito por la manifestación del notario autorizante en la escritura de hipoteca de que hace constar los datos de la escritura de hipoteca en los títulos.

Lo que no sería admisible es que no concurriera ni uno ni otro requisito, como ocurre en la escritura calificada.

LEGADO DE UNA CASA SITA EN UNA DETERMINADA CALLE CON UN NÚMERO DE ORDEN EQUIVOCO QUE PRETENDE ACLARAR EL HEREDERO SIN INTERVENCIÓN DEL LEGATARIO.

El supuesto de hecho discutido es el siguiente: El causante lega a una determinada institución benéfica una casa sita en la calle X número 1 del término municipal. Registralmente figura inscrita a nombre del causante, entre otros bienes, una casa sita en la calle (X, números) 1-3 del citado término municipal. Es decir, aunque en la realidad pueden ser inmuebles distintos los número 1 y 3, registralmente aparecen (incluso en el momento de otorgamiento del testamento) como una sóla finca.

En la escritura de manifestación de herencia calificada, el heredero, sin intervención del legatario, segrega de la finca registral antes expresada, la casa en la calle X número 3, que solicita se inscriba a su nombre, y procede a describir la finca resultante, que queda reducida a la casa en la citada calle X número 1, que pone a disposición del legatario.

Ninguna duda cabe que es válida la aceptación por el heredero de los bienes de la herencia, aunque no comparezca el legatario. Precisamente el legado grava al llamado a la herencia una vez que acepta, o —caso de no aceptar— a quien llegue a ser heredero (cfr. artículo 260 Codi successions).

Pero ello no significa que el heredero pueda sin intervención del legatario (que es verdadero propietario de la cosa legada desde que fallece el causante, según el artículo 265 y 267 del Codi, coincidente en esto con el artículo 881 C.C.) proceder a determinar unilateralmente el objeto del legado.

Es decir, para la segregación de la casa que el heredero pretende adjudicarse para sí, y para la descripción del resto que pretende dejar como objeto del legado, se precisa la intervención del legatario, máxime cuando del tenor del testamento existen dudas fundadas de que la voluntad del causante fuera la de legar la totalidad de la casa, y no sólo la parte de ella correspondiente al número de orden utilizado (porque si no ¿qué sentido tiene no aclarar que el número 3 quedaba para el heredero?).

■

RESOLUCIONES

Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por Ana M. del CASTILLO GONZÁLEZ (A.C.G), M. Dolores Payá y Roca de T. (MDP.y R. de T.) y otro.

Dos advertencias:
1.ª Como ya se anunció en el Sumario del último tocho de RR, las de 17, 18 y 22 de junio —incluidas en dicho tocho sin haber sido extractadas por falta de tiempo— las extractamos hoy sin acompañarlas de las ya innecesarias hojas sueltas.
2.ª Como era de esperar, tras el cierre del expresado último tocho —12 de agosto—, se han publicado en el BOE RR del mes de junio que serán incluidas en el próximo tocho correspondiente al segundo semestre de 1993.

R 17 DE JUNIO 1993 (B.O.E. 30 JULIO)

OBRA NUEVA: EDIFICACIÓN PREEXISTENTE A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 8/90: BASTA JUSTIFICAR QUE LA EJECUCIÓN FUE REALIZADA DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA ENTONCES APLICABLE O BIEN QUE NO SON PROCEDENTES MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.

SUPUESTO DE HECHO: mediante escritura otorgada el 5 de septiembre de 1990 se declara la OBRA NUEVA sobre una finca, consistente en una planta baja construida en el año 1963 y un piso alto construido en 1989. Se acompaña un acta complementaria por la que se manifiestan las fechas de construcción así como que respecto del piso alto no existen antecedentes de que se haya ejecutado con licencia, habiéndose incoado un expediente de disciplina urbanística, lo cual se acredita con un Decreto de Alcaldía.

Presentadas en el Registro se deniega la inscripción en cuanto a la planta baja por no mencionarse en el certificado estar construida conforme a la legalidad vigente en su día y en cuanto a la planta alta por no acreditarse su

construcción con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y por la denegación de su legalización por el Ayuntamiento.

Interpuesto recurso gubernativo por el Notario autorizante, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia confirmó la nota del Registrador así como la Dirección General en base a la disposición transitoria sexta de la Ley 8/90, es decir, una vez acreditado suficientemente que a la entrada en vigor de la Ley preexistía la edificación, debe justificarse alternativamente a) que fue realizada conforme a la legislación urbanística entonces aplicable o b) que ya no son procedentes medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística y en este supuesto ninguna de dichas posibilidades se cumplen. (A.C.G.)

R 18 DE JUNIO 1993 (B.O.E. 3 AGOSTO)

ASIENTO DE PRESENTACIÓN. DESISTIMIENTO: EL RECURSO GUBERNATIVO NO ES CAUCE APROPIADO PARA DECLARAR LA NULIDAD DEL DESISTIMIENTO DEL ASIENTO DE PRESENTACIÓN.

SUPUESTO DE HECHO: Presentada una escritura de constitución unilateral de hipoteca, se desiste del asiento únicamente por el constituyente. Presentadas posteriormente dicha escritura de constitución de hipoteca y otra escritura de aceptación de la misma por el Banco que había de quedar garantizado con ella, se deniega la inscripción entre otros defectos por "*aparecer las fincas inscritas a favor de tercero*".

Interpuesto recurso gubernativo se alega por el recurrente que en la misma fecha del desistimiento se vendieron las fincas hipotecadas a una S.A. que poco después fue declarada en suspensión de pagos. Que si no se hubiera aceptado por el Registrador tal desistimiento, por no haberse cumplido el requisito exigido por el art. 433 del Reglamento Hipotecario de no perjuicio a terceros, la hipoteca hubiera podido inscribirse y las transmisiones realizadas por los hipotecantes no habrían obstaculizado la inscripción. Al no haber requerido el Registrador a los terceros para manifestar si les perjudica o no el desistimiento, éste es nulo de pleno derecho por lo que procede inscribir la hipoteca anteponiéndola a las transmisiones.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia confirmó la nota del Registrador, siendo confirmado el Auto por la Dirección General manifestando que las peticiones del recurrente no tienen cabida en el recurso gubernativo, y sólo podrá rectificarse el Registro por sentencia judicial obtenida en juicio entablado contra el titular registral. (A.C.G.)

R 22 DE JUNIO 1993 (B.O.E. 3 AGOSTO)

MERCANTIL. SRL.

CAPITAL SOCIAL. Es válida la constitución de una sociedad limitada si su capital alcanza la cifra mínima de 500.000 pesetas, aunque dicha cifra sea insignificante para atender al desarrollo del objeto social.

En el recurso se debate sobre la inscripción en el RM de una sociedad limitada cuyo capital asciende a 500.000 pesetas, inscripción que es negada por el Registrador al entender que existe una desproporción absoluta entre esa cifra de capital y las actividades integrantes de su objeto social (actividades de construcción, promoción inmobiliaria, instalación de tratamiento de aguas, explotación de centros comerciales, residencias geriátricas, explotaciones mineras, etc.), que hace imposible la consecución del mismo.

La DG estima el recurso porque aunque, en el caso debatido, es manifiestamente desproporcionada e insignificante la cifra de capital social inicial para atender al desarrollo del objeto social, en el estado actual de nuestra legislación se establece la válida constitución de una sociedad limitada si su capital alcanza la cifra mínima de 500.000 pesetas (artículo 3 LSRL), sin que pueda invocarse en contra el contenido normativo de los artículos 260/3ª LSA, 30 LSRL y 29 CC., los cuales contemplan una entidad ya existente cuyo desenvolvimiento deviene imposible y cuya disolución presupone una decisión de los órganos soberanos de la propia entidad o la pertinente resolución judicial.

R 29 DE JUNIO 1993 (B.O.E 4 AGOSTO)

MERCANTIL. SA.

AUMENTO DE CAPITAL. Realidad de las aportaciones dinerarias. El ingreso en entidad bancaria de las aportaciones dinerarias a la Sociedad no deberá efectuarse directamente por los propios socios, pudiendo hacer el ingreso la sociedad.

En el recurso se debate sobre la inscripción de un aumento de capital, que es suspendida al estimar el Registrador que no se ha acreditado la realidad de las aportaciones dinerarias correspondientes, tal y como exige el artículo 40 LSA y el 132 RRM, ya que el ingreso de las correspondientes cantidades es efectuado por la propia Sociedad beneficiaria, según los certificados bancarios que se adjuntan.

Considera la DG —que estima el recurso revocando acuerdo y nota del Registrador— que se trata de una cuestión de significación puramente teórica y desde luego sin entidad suficiente para entorpecer la inscripción pretendida, ya que si ciertamente los artículos 22, 24, 40 y 160 LSA parecen dar a entender que las aportaciones dinerarias a la Sociedad deberán efectuarse directamente por los propios socios en una Entidad bancaria, no puede descartarse la interpretación de esos preceptos en el sentido de posibilitar el desembolso directo en la caja social, imponiendo únicamente su posterior ingreso en Entidad bancaria, para de esta forma acreditar la tenencia por la Sociedad de las cantidades correspondientes. (Añade la DG que la cumplimentación de los impresos en que se hacen constar los ingresos bancarios en efectivo, se realiza por el propio cliente sin que el banco compruebe —por no tener interés en ello— la identidad y correspondencia entre quien figura en aquéllos como depositante y el que efectúa materialmente el ingreso).

R 30 DE JUNIO 1993 (B.O.E. 4 AGOSTO)

MERCANTIL. SA.

FUSIÓN POR ABSORCIÓN. Depósito del proyecto de fusión en el RM.

Versa el recurso sobre la inscripción en el RM de una escritura pública de fusión por absorción, que es denegada por el Registrador porque el depósito de proyecto de fusión no se efectúo en el plazo marcado por el art. 193 RRM. (El depósito se efectuó en el Registro Mercantil de Madrid el 20 de noviembre de 1991 y las Juntas respectivas se celebraron con carácter de extraordinarias y universales, el 30 de octubre anterior. Resulta del título calificado, por manifestación del otorgante, que la Sociedad absorbente es dueña de la totalidad del capital de la Sociedad absorbida, y que no hay obligacionistas ni titulares de derechos especiales distintos de las acciones respecto de ninguna de las Sociedades interesadas en el proceso de fusión).

La DG estima el recurso, de acuerdo con los siguientes FFDD que transcribimos:"

"2. *Ciertamente la Ley de Sociedades Anónimas exige que el proyecto de fusión de las Sociedades ha de estar a disposición de socios, obligacionistas, empleados y titulares de derechos especiales distintos, de las acciones con una antelación de, al menos, un mes respecto a la fecha fijada para la celebración de las Juntas respectivas (vid artículos 238 y 240 de la Ley de Sociedades Anónimas); y el Reglamento del Registro Mercantil exige el depósito previo en el Registro Mercantil de dicho proyecto con anterioridad a la convocatoria de la Junta (artículo 193 del Reglamento del Registro Mercantil).*

3. Centrándonos por ahora al interés de los socios, es obvio que tal garantía no puede llevarse al extremo de entorpecer el derecho de aquéllos a tratar en cualquier momento cualquier asunto si estando presente todo el capital social así lo acuerda. Se trata de una medida encaminada a facilitar a los socios un conocimiento completo, veraz y oportuno de los presupuestos y repercusiones de la decisión a adoptar, que garantice un ejercicio del derecho de voto verdaderamente libre y consciente, pero que ha de ceder ante la propia decisión del socio de aceptar la celebración de la Junta universal en cualquier momento, máxime si se tiene en cuenta que: a) que la no efectuación de ese depósito no excluye la efectiva existencia del proyecto de fusión, incluso con la antelación mínima de un mes respecto al momento de celebración de la Junta; b) que ni siquiera la inexistencia del proyecto de fusión implica un desconocimiento por los socios de los presupuestos y alcance de la fusión pretendida (piénsese en Sociedades con escaso número de socios y patrimonio social reducido); y c) que un precepto reglamentario -el artículo 193,4- no puede interpretarse en contradicción con una norma de

rango superior, el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas.

4. Si a lo anterior se añade la inexistencia, en la hipótesis debatida, de obligacionistas y titulares de los derechos especiales distintos de las acciones, y si se tiene en cuenta que los representantes de los trabajadores no participan en la adopción de la pertinente decisión, ni pueden predeterminar, vetar o modificar su contenido, habrá de considerarse que en el supuesto de este recurso la exigencia cuestionada se satisface cumplidamente si dicho depósito se efectúa con un mes de antelación a la realización de la fusión y sin perjuicio reconocido en el artículo 242 de la Ley de Sociedades Anónimas."

R 6 DE JULIO 1993 (B.O.E. 3 AGOSTO)

INMATRICULACIÓN DE FINCAS: ES NECESARIO INDICAR EN EL TÍTULO INMATRICULADOR LOS DATOS ESENCIALES DE LA PREVIA ADQUISICIÓN Y NO ACREDITADO EL CARÁCTER PRIVATIVO DEL BIEN VENDIDO RIGE EL PRINCIPIO DE GANANCIALIDAD.

SUPUESTO DE HECHO: En ejecución de sentencia se otorga por el Juez, en rebeldía del demandado, escritura de venta, en la que se consigna que el transferente es de estado civil casado, desconociéndose su título de adquisición así como si existen cargas o no, su situación registral y su estado posesorio.

Presentada en el Registro de la Propiedad se suspende por los siguientes defectos: 1) si bien es un título público anterior en más de un año a la fecha en que se solicita la inscripción no se cumple la exigencia del párrafo 2º del art. 205 de la Ley Hipotecaria; 2) se desconoce si el bien pertenece al transmitente con carácter privativo o ganancial y por tanto si se han cumplido todos los requisitos exigidos para que la enajenación sea válida.

Interpuesto recurso gubernativo el Presidente del Tribunal Superior de Justicia estimó el recurso manifestando que cuando el Juez otorga de oficio una escritura no actúa en representación del deudor o dueño de la finca, sino en ejercicio de su potestad jurisdiccional cuyos resultados se imponen a los dueños con, sin o contra su voluntad y negar eficacia a la escritura es una extralimitación de lo establecido en el art. 100 del Reglamento Hipotecario.

La Dirección General revoca el Auto presidencial al estimar los dos defectos de la nota de calificación: en cuanto al primero, por la conjunción de los arts. 205 de la Ley Hipotecaria y 298-1º del Reglamento Hipotecario sin que quepa invocar un exceso en la labor calificadora; y en cuanto al segundo, dada la presunción de ganancialidad y que el proceso se ha entablado solo contra uno de los cónyuges: ni la sola conducta de éste ni la decisión judicial que la suple basta para entender que es plenamente válida la enajenación, produciéndose además una indefensión del cónyuge no demandado. (A.C.G.)

R 7 DE JULIO 1993 (BOE 3 DE AGOSTO)

PODER. REVOCACIÓN ANOTADA EN EL RP.

SUPUESTO DE HECHO. Se concede a una sociedad por otra una opción de compra sobre determinadas fincas. En el momento de concederse la opción la concedente actuó representada por mandatario con poder general revocado pero no inscrito en el Registro Mercantil Cuando la optante ejercita su derecho ya constaba la revocación inscrita y publicada en el BORME.

El Registrador suspende por constarle en el Registro por medio de una nota marginal la revocación del poder del representante de la compañía concedente de la opción, habiéndose cumplido todos los requisitos (inscripción en el Registro Mercantil y publicación en el BORME) y sin que pueda entrar en la buena o mala fe del contratante.

El Notario autorizante alegó que el compareciente le exhibió su poder y manifestó su subsistencia, y que cualquiera que sea la fuerza y ámbito de los Registros Públicos y en su caso del BORME, ningún otro mecanismo de publicidad puede sustituir a la notificación real, personal y directa del revocante al apoderado cuyo poder se le revoca basado en la confianza que el mandato tiene en nuestra legislación y en el que en definitiva se subsume el tratamiento del poder.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirma la nota del Registrador

FUNDAMENTOS DE DERECHO: La DGR y N confirma la nota del Registrador basándose:

1. El inexcusable deber del Registrador de calificar la validez de los títulos presentados de lo que resulte de ellos y de los asientos extendidos en los libros a su cargo (art. 18 LH).

2. La oponibilidad frente a todo tercero de los actos inscribibles en el RM como es el caso de la revocación del poder general que nos ocupa, cuando además habían transcurrido más de quince días de su publicación en el BORME.

3 Y además no consta siquiera, como es preceptivo, que la declaración de ejercicio de la opción haya sido notificada al concedente durante la vigencia del plazo opcional, ya que la revocación del poder de quien actúa como apoderado del concedente había producido efectos respecto de terceros desde mucho antes del otorgamiento de las escrituras de compraventa. (MDP y R de T)

R 8 DE JULIO 1993 (B.O.E. 23 AGOSTO)

MERCANTIL. SRL.

1) ADMINISTRADORES: estructura del órgano. 2) OBJETO SOCIAL: constitución de todo tipo de sociedades.

La cláusula estatutaria cuya inscripción se suspende según el primero de los defectos de la nota de calificación establece que la administración y representación de determinada Sociedad de responsabilidad limitada *<<corresponderá a un número de Administradores que no podrá exceder de tres y que actuarán individual o indistintamente>>*.

A juicio del Registrador, dicha estipulación permite una pluralidad de estructuras para el órgano de administración (Administrador único, y dos o tres Administradores solidarios) no admitida por los artículos 174.8º y 124 del RRM, al no establecerse el número mínimo de Administradores y referirse el artículo 12 de los Estatutos a la duración del cargo, nombramiento y separación <<de Administrador>>, lo que permite que la Sociedad esté regida por un Administrador único.

Entiende la DG que de la interpretación de unas cláusulas estatutarias por las otras resulta claramente que la administración se confía a varios Administradores que actúen individualmente (el mismo artículo 12 de los estatutos así como los arts. 13 y 10 se refieren a <<los Administradores>>).

Por otra parte —añade la DG—, tampoco el hecho de que se indique en los Estatutos el número máximo de tres Administradores y no el mínimo debe impedir el acceso al Registro de la cláusula cuestionada, pues al atribuirse la gestión y representación social a varios Administradores es indudable que éstos serán al menos dos.

La segunda de las cuestiones debatidas en el recurso versa sobre la inscripción de la cláusula estatutaria por la que se atribuye a los Administradores la facultad de constituir todo tipo de Sociedades.

El Registrador suspende la inscripción por estimar que *<<la participación en otras Sociedades sólo es competencia del órgano de administración cuando las participadas tengan un objeto idéntico o análogo al de la principal, y no con carácter general>>*, y en su decisión añade que los Estatutos permiten *<<a la sociedad constituir toda clase de Sociedades, sin limitación en atención a su objeto social>>*, por lo que *<<nos encontraríamos, bien con una ampliación indirecta del objeto social, haciéndolo omnicomprensivo, en contra de lo exigido por los artículos 174.3 y 117 del Reglamento del Registro Mercantil, o bien ante una atribución de facultades a los Administradores que exceden del objeto social, en contra de lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas>>*.

Taampoco la DG admite este defecto por considerar que la generalidad de la cláusula no puede valorarse como reveladora de una indubitada voluntad social de conceder al órgano de administración la facultad de participar en la constitución de Sociedades con objeto distinto de la constituyente, sino todo lo contrario, pues la significación jurídica del objeto social —definidor del ámbito de actividad del nuevo ente y delimitador de la extensión del poder de representación que corresponde al órgano gestor— impone su consideración como centro de referencia inexcusable para la determinación del concreto alcance de las facultades singulares que se atribuyen estatutariamente al órgano gestor.

(Por lo demás —concluye la DG—, ha de reconocerse que la suscripción o posterior adquisición por una Sociedad de responsabilidad limitada de acciones o participaciones sociales de una Entidad que tenga un objeto social diferente no implica, necesariamente, para aquélla una actuación ajena a su objeto social; habrá de estarse, por tanto, al caso concreto para apreciar si existe o no extralimitación del objeto social y aplicar las soluciones jurídicas que resulten pertinentes).

R 12 DE JULIO 1993 (B.O.E. 23 AGOSTO)

MERCANTIL. SA.

ADMINISTRADORES: no es inscribible la cláusula estatutaria que exige para el ejercicio de ciertas facultades del órgano de administracion la autorización de la Junta, a menos que se exprese el alcance meramente interno de la limitación.

La cuestión versa sobre la posibilidad de acceso al Registro de determinada cláusula estatutaria que, respecto del órgano de administración y representación de una SA integrado por un Administrador o dos Administradores solidarios, exige para el ejercicio de determinadas facultades (los actos de enajenación y gravamen de inmuebles) el acuerdo de la Junta general.

La DG confirma acuerdo y nota del Registrador —que deniega la inscripción de la cláusula— por entender que deberá rechazarse el acceso registral de la cláusula debatida, en tanto en ella no se precise debidamente el alcance meramente interno de esta necesidad de autorización de la Junta para los actos cuestionados.

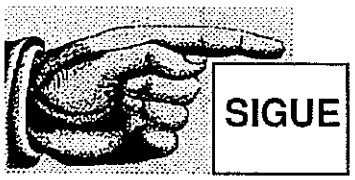
R 13 DE JULIO 1993 (B.O.E 24 AGOSTO)

MERCANTIL. SA.

JUNTA GENERAL: Orden del día: contenido de los anuncios de la convocatoria.

Transcribimos los FFDD: "*1. La única cuestión que se plantea en el presente recurso consiste en decidir si se ha satisfecho debidamente la exigencia contenida en el artículo 144,b), en relación con el 97,2º, ambos de la Ley de Sociedades Anónimas, toda vez que en los anuncios de convocatoria de la Junta figuraban como puntos del orden del día los dos siguientes: <<3º Adaptación de los Estatutos sociales al Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. 4º La aprobación, en su caso, de un nuevo texto de los Estatutos Sociales, en sustitución del hasta ahora vigente, con incorporación a los mismos de sendos títulos relativos a la nueva regulación de las cuentas anuales y de la auditoría; de la transformación, fusión y escisión de la Sociedad y de su disolución y liquidación>>, y entre las modificaciones adoptadas figuran, entre otras, la concesión a la Sociedad de un derecho de preferente adquisición en caso de transmisión de acciones; la supresión de toda limitación en las transmisiones <<mortis causa>>; variación del número de Consejeros; concesión de retribución al Consejo, etcétera.*

2. No cabe desconocer, ciertamente, las dificultades de fijación del orden del día en la convocatoria de la Junta cuestionada, dada la multitud de aspectos que se reforman y la vaguedad de los perfiles entre lo que es adaptación <<estricto sensu>> y lo que es innovación estatutaria no impuesta por la nueva normativa. No obstante, en el caso considerado, es manifiesta -como se ha señalado- la adopción de previsiones que no sólo no vienen exigidas para la necesaria adaptación de los Estatutos sociales a la nueva normativa rectora del tipo social de la anónima, sino que, además, llegan a alcanzar, en algunos casos, una Entidad y relevancia indiscutible, tanto en relación con la posición individual de los socios, como respecto de la propia estructura organizativa y funcional de la Sociedad. En consecuencia, resulta evidente el incumplimiento de la exigencia del artículo 144, letra b), del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, encaminada a garantizar a los socios un adecuado y oportuno conocimiento de la trascendencia de las modificaciones propuestas, que posibilite un ejercicio consciente y reflexivo del derecho de voto, evitando decisiones precipitadas que harían ilusoria, en definitiva, la potestad soberana de la Junta general. Y no cabe estimar la invocación de los recurrentes en el sentido de que la constancia en el anuncio de la convocatoria del derecho a que se refiere la letra c) del artículo 144 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, asegura al socio diligente la posibilidad de informarse de las modificaciones pretendidas, por cuanto la misma previsión legal de esta exigencia, a continuación de la recogida en la letra b) del mismo artículo, viene a confirmar que se trata de una garantía añadida a esta última, que en modo alguno puede menoscabaria o desvirtuaria."



R 14 DE JULIO 1993 (B.O.E. 25 AGOSTO)

MERCANTIL. SA.

JUNTA GENERAL: cómputo del plazo de quince días entre la fecha de la publicación del anuncio y la fecha fijada para la reunión en primera convocatoria de la JG.

El único de los defectos de la nota de calificación que es objeto de impugnación en el recurso, hace referencia al modo de computar el plazo de quince días a que alude el artículo 97-1 de la LSA; en concreto ha de decidirse ahora si puede entenderse satisfecha esta exigencia legal cuando entre la fecha de la publicación del anuncio y la fecha fijada para la reunión en primera convocatoria de la JG —y excluyendo una y otra del cómputo— no media sino un plazo de catorce días.

Se trata pues, de una cuestión idéntica a la resuelta por el Centro Directivo en su Resolución de 7 de julio de 1992, a la que nos remitimos.

R 30 DE JULIO 1993 (BOE DE 25 AGOSTO)

EXPEDIENTE DE LIBERACIÓN DE CARGAS Y GRAVÁMENES.

SUPUESTO DE HECHO: En expediente de liberación de cargas y gravámenes instado por el titular de una finca se decretó la cancelación de una hipoteca constituida en favor de un titular y futuros tenedores en garantía de unas letras de cambio.

El Registrador deniega la inscripción porque el expediente de liberación de cargas solo es aplicable para la cancelación de derechos prescritos conforme a la legislación civil según la fecha que conste en el Registro y la sentencia presentada ni aprecia prescripción ni ordena la cancelación por este motivo. Y si se admite como adecuado dicho procedimiento:

a) No se acreditan las citaciones del art. 210 LH

b) Debería haberse ordenado la cancelación en favor del actual titular y "*de los futuros tenedores de la letra de cambio*", y no se hace referencia a éstos últimos.

El Juez de Primera Instancia en su informe sale en defensa de la calificación Registral, señalando que el Registrador no ha hecho mas que atenerse a el Principio de Legalidad, pero que no comparte su opinión puesto que la sentencia habrá sido congruente con el procedimiento y que la nulidad de oficio no se puede declarar por vicios procesales detectados después de la firmeza de la sentencia.

El Presidente del TSJ de Cataluña, destacó que a pesar de la frustración del recurrente ante la denegación de una cancelación de hipoteca en garantía de unas letras ya pagadas, no por ello está autorizado para descalificar la labor registral, y confirmó la nota del Registrador.

DGR y N: FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1. En ocasiones las resoluciones judiciales están sujetas a calificación registral, especialmente con el fin de que el titular registral no sufra, en el mismo registro, las consecuencias de una indefensión procesal.

2. Considera la DG que la sentencia es congruente con el procedimiento en que se ha dictado, esto es, el contemplado en los arts. 209 y 210 LH.

3. La Sentencia cita el art. 210 y afirma que *<<se han seguido todos los trámites establecidos legalmente para la liberación de cargas y gravámenes>>*, y que no se ha presentado *<<oposición a la misma>>* de lo que resulta que la tramitación ha sido seguida con los que aparecen como titulares registrales.

4. A salvo el caso en que sobre la misma finca hubiera más de una hipoteca en favor de la persona nombrada en el título judicial, basta para la identificación de la hipoteca que se ha de cancelar que haya descripción precisa y circunstanciada de la finca sobre la que la hipoteca recae y que el gravamen esté identificado por la persona en favor de la cual la hipoteca aparezca registralmente constituida. (MDP y R de T).

SENTENCIAS

Por *Mª Emilia ADÁN GARCÍA*

STS 19 NOVIEMBRE 1992

SUBARRIENDO. CAUSAS DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO URBANO.

HECHOS.- Se sigue procedimiento incidental de la LAU por los arrendadores de un local de negocios contra el arrendatario sobre resolución del contrato por subarriendo o traspaso inconsentido e ilegal.

Los hermanos X son dueños de un local que arrendaron a D. BBB estableciendo en la cláusula séptima del contrato la prohibición de cesión de arrendamiento, subarriendo, o traspaso de todo o parte del local arrendado.

A partir de 1980 se procedió a subarrendar parte del local a algunos médicos que pasan allí sus consultas diarias, reciben a sus pacientes, se anuncian poniendo el local como domicilio...

El 19 Abril de 1986 por acta notarial se levantó diligencia en relación con los demandados, afirmando el portero que los médicos pasaban allí consulta; el 23 Abril de 1986 D. BBB se personó en la Notaria manifestando que dichos doctores no tenían allí consulta privada.

El JPI dió por resuelto el contrato de arrendamiento, confirmando esta decisión la AP.

D. BBB interpuso recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- La primera alegación que hace el recurrente es entender que la prohibición de la cláusula 7ª tiene su excepción en las cláusulas 6ª y 21ª que a grandes rasgos vienen a predeterminar el destino del local únicamente a Clínica. El recurrente sostiene que cumplió el contrato en cuanto se destinó a Clínica el local, y los médicos que en ella pasaban consulta trabajaban para él, manteniendo domicilios fiscales a efectos de la licencia de actividad profesional en lugar distinto.

El TS lo desestima porque entiende que el asunto a debatir no es si el local se dedicaba o no a Clínica, sino la cesión de parte del local a terceras personas, sin que puedan alegarse ni la confesión de los médicos, ni el diferente domicilio fiscal, pues pueden mantener diversas consultas o que el domicilio fiscal sea diferente al lugar de trabajo.

La segunda alegación se centra en el art. 114.2 LAU señalándose su infracción. El recurrente aduce la jurisprudencia que califica el subarriendo como causa de resolución cuando la sustitución del arrendatario por un tercero en el goce o uso de la cosa arrendada se hace sin dar cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, sin que sea necesario calificar la sustitución como cesión, traspaso o subarriendo; en este caso, según D. BBB, no se da la sustitución del titular arrendaticio, pues éste continúa en el uso del local, y, además, la STS 17 Abril 1959 entiende que no hay subarriendo cuando se produce una relación profesional entre el médico y el ortopédico, no desprendiéndose el primero de la posesión de la cosa arrendada, ni el segundo la usa en nombre propio.

El TS entiende que la misma alegación conduce a lo contrario, pues hay cesión parcial del local a otros médicos, que no pueden calificarse de colaboradores del titular, ya que cobran sus honorarios profesionales de los pacientes que atienden. Hay pues una introducción de un tercero en el vínculo arrendaticio sin autorización del arrendador, por lo que se da el presupuesto de resolución del contrato, pues el precepto legal no exige que la sustitución sea de la totalidad del local. Concluye el TS afirmando que hay subarriendo cuando en el local arrendado se introduce una tercera persona, física o jurídica, en coparticipación con el arrendatario y por lo tanto hay causa de resolución si se hace sin consentimiento del propietario o arrendador.

Por último, el recurrente alega infracción del art. 1281.1 CC en relación con el 1285 CC por entender que el contrato si bien prohibe el subarriendo genéricamente, permite el supuesto de que se destine a Clínica.

El TS entiende que no es de aplicación el 1285 CC pues por muy amplia significación que se de a la relación laboral de los médicos, no podría considerarse que estos médicos colaboraban con D. BBB, y

además la Cláusula 21 no puede considerarse como subarriendo atípico.

STS 5 DICIEMBRE 1992

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

HECHOS.- D. AAA desempeñó su actividad profesional en la inmobiliaria X desde 1960, produciéndose su interrupción por accidente el 11 de Octubre de 1979, por lo que para paliar su situación económica llevaron a cabo un convenio privado de fecha 3 Noviembre de 1980, en el que contemplaba las siguientes situaciones:

1.- Hasta el 1 Febrero de 1981, D. AAA disfrutaría licencia retribuida con abono de sus haberes.

2.- Desde el 1 Febrero de 1981, la sociedad X le entregaría carta de despido, reconociéndose como improcedente, y de este modo D. AAA tendría la condición de beneficiario del Subsidio de Desempleo, debiendo solicitar en dicha fecha la jubilación anticipada.

3.- La empresa X se comprometió a completar las percepciones hasta el 100% del salario del recurrido.

D. AAA interpuso demanda contra la empresa X reclamando 4.894.306 ptas más los intereses y además el 16% de lo que anualmente perciba por jubilación con carácter indefinido.

El JPI estima parcialmente la demanda condenando a la inmobiliaria X al pago de 4.894.306 ptas más intereses.

La empresa X recurrió en apelación que se desestimó interponiendo el recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- Los motivos alegados son los siguientes:

a) Infracción del art. 1281 y violación del 1282 y 1285 del CC en relación al convenio. El convenio contempla que la empresa debía otorgar carta de despido del 1 de Febrero de 1981 y D. AAA debía entonces solicitar la jubilación anticipada, teniendo ambas conductas carácter simultáneo. Por ello no cabe desconectar ambas situaciones:así la empresa X no dió carta de despido hasta el 11 de Octubre de 1983, y lo hace por causas objetivas (inasistencia al trabajo) dejando de abonarle las cantidades prometidas, lo que ocasionó que D. AAA acudiera a Magistratura de Trabajo, declarando el TS incompetencia de jurisdicción. La empresa X creó y consintió la situación de licencia retribuida, lo que le vincula como acto propio, no pudiendo denunciar a la otra parte por no pedir la jubilación anticipada el 1 Febrero, pues la misma estaba relacionada a la carta de despido y D. AAA la solicitó una vez firme la resolución judicial debida al despido.

La empresa X persiguió que D. AAA percibiera su retribución salarial íntegra hasta los 65 años, como resulta del convenio, por lo que el motivo ha de decaer, al ser necesario tener en cuenta el principio de buena fe en la interpretación contractual.

b) Infracción del art. 10.9.3 CC, aduciendo enriquecimiento injusto al haberse abonado a D. AAA 5.679.821 ptas y ahora la sentencia condenarle al pago de 4.894.306 ptas. El artículo invocado, al ser de Derecho Internacional Privado, no es de aplicación en este caso.

Respecto al enriquecimiento injusto no cabe estimarse porque la cantidad indemnizatoria que le concede la sentencia es consecuencia de la relación contractual con la empresa X y obligatoria para la misma.

c) Violación del art. 1256 CC. No es posible estimarla , pues la petición de Jubilación estaba ligada a la carta de despido que no se dió hasta 11 Oct. 1983 manteniendo hasta entonces en forma voluntaria a D. AAA en la percepción de sus emolumentos.

D. AAA, según el TS, se encuentra encuadrado entre los altos directivos, y por lo tanto dentro del art. 7 LCT que no ha sido desarrollado por el art. 2.1. a) del ET, y sin perjuicio de la regulación contenida en el RD 1 Agosto de 1985, así como las previsiones comunitarias (Directivas de 20 Octubre de 1980 (nº 80/1987) y de 20 Marzo 1987 (nº 87/164)) de no exclusión de los cargos directivos de la protección salarial, aunque siempre referida a las situaciones de insolvencia,;por todo ello el TS lo ha encuadrado en los arrendamientos de servicios, con sujeción a las leyes civiles y mercantiles.

STS 23 DICIEMBRE 1992

ACCIÓN DE DIVISIÓN DE LOS ARTS. 400 Y 404 CC SIMULACIÓN ABSOLUTA Y RELATIVA ARRENDAMIENTO DEL C.C.:RETRACTO

HECHOS.- Un edificio situado en la calle San Vicente pertenece por mitad a D. AAA y D. BBB, si bien es ocupado en su totalidad por D. BBB, la mitad a título dominical y la otra mitad como arrendatario, destinando el edificio en su totalidad a local de negocio.

El 2 de julio de 1974 D. BBB traspasó a D. CCC el local comercial consintiendo en ello D. AAA, por documento privado de fecha 30 de Agosto de 1974, en el que se estipuló el alquiler debido.

En escritura de 16 de Octubre de 1974 D. BBB vendió su mitad de la finca a D. CCC que pasó a poseer la finca, en cuanto a una mitad a título dominical y la otra mitad por arrendamiento.

En escritura de fecha 23 de Abril de 1982 D. AAA vendió la mitad que le corresponde a D. DDD, haciendo constar que la finca está ocupada por D. CCC, pagando una renta de 4.000 ptas. El 12 de Marzo de 1986 D. DDD demanda a D. CCC para que se proceda a la división de la finca a fin de que D. CCC ocupe sólo el 50%; también pide que el juzgado declare la divisibilidad o indivisibilidad del bien. En el acto de conciliación D. CCC se opuso.

Posteriormente, D. DDD interpone demanda solicitando la división a los efectos del artículo 404 CC. D. CCC en el acto de conciliación solicita que se cumplan las notificaciones de la LAU, y se modifique el precio de 14.000.000 que D. DDD solicita por considerarlo excesivo.

Con estos antecedentes D. DDD, en el ejercicio de las acciones privadas de los artículos 400 y 404 CC, señala que no siendo posible la adjudicación de la finca a una de las partes por falta de acuerdo, solicita se venda en subasta pública, repartiéndose entre las partes el importe obtenido.

En la reconvención D. CCC reitera su derecho a ser notificado conforme al art. 48.2 LAU, que se declare la nulidad de la escritura de fecha 23 Abril 1982, por carecer de

causa, o ser ilícita, y que en caso de simulación relativa se declare la existencia del negocio disimulado.

El JPI estima la demanda y la AP la confirma declarando:

- La finca pertenece al 50% a las sociedades gananciales de D. CCC y D. DDD.
- La finca es indivisible.
- No hay convenio en cuanto a la adjudicación, por lo que debe procederse a su venta en pública subasta, con intervención de licitadores extraños.

Se interpone recurso de casación por D. CCC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- Tres asuntos merecen ser diferenciados: 1. La simulación absoluta y relativa. 2. Las notificaciones de la LAU. 3. La acción de división.

1.- Los recurrentes, solicitaron la nulidad de la escritura de fecha 23 de Abril de 1982 por la que se vende a D. DDD la mitad indivisa de la finca litigiosa, alegando simulación absoluta ya que no resulta normal en el tráfico el precio de doce millones por la mitad indivisa de un inmueble arrendado, de modo que se infringen los artículos 1274, 1275 y 1276 CC. Además recalcan que D. DDD compraba la finca para obtener el dominio de toda la manzana y no para ocuparla.

El TS entiende que debe desestimarse ya que la simulación absoluta se caracteriza por la carencia absoluta de causa (art. 1275 y 1276) que en relación a la compraventa se refiere a la ausencia de precio; esta situación no se ha producido al resultar probada la existencia del precio y ello aunque en la escritura se consignara un precio superior al efectivamente pagado, cuestión no probada. Además, D. DDD ofreció 14 millones —dos más de el consignado en la escritura—, a D. CCC para comprarle su mitad. Lo que podían haber ejercitado D. CCC y su esposa es el retracto de comuneros, y si en el procedimiento retractual hubieran probado que el precio real de la compraventa era inferior al escriturado, habrían podido subrogarse en la misma por el precio real, pero ello no comporta la declaración de nulidad de la compraventa en ningún caso.

Tampoco puede declararse la simulación relativa por falsedad en la causa; en primer lugar, no señalan cual es el contrato realmente celebrado, y, en segundo lugar, porque la simulación relativa se caracteriza por la aparente celebración de un contrato con causa falsa y con la intención real y efectiva de celebrar otro distinto (contrato disimulado) con causa verdadera y válida (art. 1276 CC), es decir "*por encubrir un convenio con inexistencia real, otro con realidad causal*" (STS 22 Diciembre de 1987), o lo que es lo mismo, por la existencia de doble contrato: el simulado o inexistente, con causa falsa, y el real y efectivamente querido por las partes (contrato disimulado) con causa verdadera y válida; y esa dualidad negocial no se da en este caso al haber un único contrato real: la compraventa, sin que el hecho (no probado) de que el precio real fuera inferior transforme la compraventa en otro negocio.

2.- El recurrente alega que se le debió notificar la venta conforme al art. 48 LAU para ejercitar el retracto arrendaticio que dice corresponderle sobre la mitad indivisa.

La AP lo desestimó por entender que el arrendamiento en cuestión no está sujeto a la LAU sino al CC, y lo mismo entiende el TS considerando que "*en toda situación de condominio ordinario, el arrendamiento que cualquier condueño pueda hacer a otro de ellos (o a un extraño) de su ideal cuota indivisa, no supone cesión arrendaticia de un espacio real y físicamente delimitado, que es el concepto básico del arrendamiento de inmuebles sino solamente de un derecho (representado por la referida cuota ideal y abstracta)*".

No obstante, el TS recalca que aunque se considerara, a efectos meramente dialécticos e hipotéticos, que este arrendamiento está sometido a la LAU, la falta de notificación a los arrendatarios de la venta, no comportaría la nulidad de aquélla, como pretenden los recurrentes, ni habría, tampoco, impedido el ejercicio del retracto a partir del momento en que tuvieron conocimiento de las condiciones de la venta.

Además, debe entenderse que el arrendamiento lo era por meses, al pagar la renta mensualmente, y que las prórrogas lo eran por la tácita reconducción del art. 1566 CC, habiendo puesto fin al arrendamiento mediante el acto de conciliación de 8 de Abril de 1986.

3.- Respecto a la actio communi dividundo, los recurrentes alegan infracción del art. 400 y 404 del CC por aplicación indebida. Entienden que la finca, si bien es físicamente indivisible, desde un punto de vista jurídico lo sería, al estar la división integrada por los frutos y rentas que produce. Además, alegan que no hay una verdadera comunidad de bienes entre D. CCC y D. DDD sino una concurrencia de titularidades o simple incidencia.

El TS lo desestima, y recordando el art. 392 CC reconoce el derecho a los comuneros a ejercitar la acción del art. 400.1 CC, y dado que no hubo acuerdo entre los copropietarios en cuanto a la adjudicación, no hay duda de que procede la pública subasta con admisión de licitadores extraños.

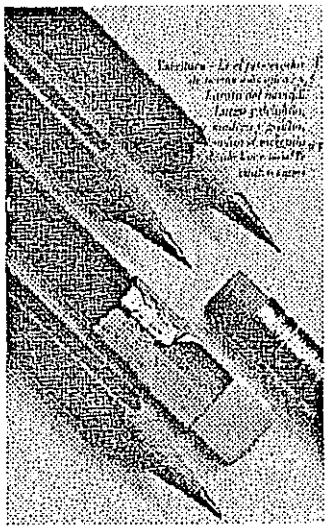
Por todo lo expuesto se desestima el recurso de casación.

■

Un organismo busca una secretaria que sea rubia

El Registro de la Propiedad de la localidad almeriense de Roquetas de Mar solicitó a través de un anuncio insertado en las páginas del diario *La Voz de Almería*, una secretaria cuya edad oscilara entre los veinte y treinta años, pidiendo *«buena presencia»* y que fuera *«preferiblemente rubia»*. Este anuncio, que se publicó el pasado fin de semana, supone, según explicó un portavoz de la Secretaría de la Mujer de Comisiones Obreras, que *«el subconsciente de quien ha redactado el anuncio quiere utilizar la imagen de la mujer»*.

Querido Enrique: Creo que el adjunto suelto merece ser reproducido en la Lunes y glosado por J.M.CHICO. Un abrazo. (Vicente Carbonell).



LA CARTA DE PAGO, LA AFECCIÓN Y EL ASIENTO DE PRESENTACIÓN

Sabemos, por el art. 254 de la LH, que en el Registro de la Propiedad no puede practicarse ningún asiento, salvo el de presentación, sin que se acredite previamente el pago de los impuestos..., y que incluso debe suspenderse la calificación (art. 255 LH).

Unido a este requisito, y, sin entrar en la discusión, pues no es el objeto de estas líneas, de si el nuevo Impuesto de Sucesiones ha modificado, o no, el art. 254 de la LH al permitir, o no, el despacho de los documentos con la Nota de Presentación ante la Oficina Liquidadora (v. art. 33 de la L 29/87 en relación con el art. 100 de su Rgto, y muy especialmente el punto 3); establece el art. 256 de la LH: "*Las cartas de pago de los impuestos satisfechos por actos o contratos sujetos a inscripción se presentarán y quedarán archivadas en el Registro. El Registrador que no las conservare será responsable directamente de las cantidades que hayan dejado de satisfacerse a la Hacienda*".

Frente a este precepto se me plantea la siguiente cuestión: ¿Deben presentarse las Cartas de Pago en el Diario?

- Si entendemos que **Presentar** es igual a **aportar**, lógicamente no hay ningún problema, es un requisito necesario para poder despachar el documento, y no participa de más preferencia que la que recibe del documento que la motiva.

- Si, por el contrario, entendemos que **presentar** es equivalente a practicar el correspondiente **asiento** en el Libro Diario, la cuestión es distinta.

Particularmente, me inclino por la segunda interpretación por las siguientes razones:

1) Por una interpretación literal, y hasta diría legal. Me parece, en caso contrario, un error grave del Legislador.

2) Su presentación, entiendo, tiene perfecta cabida en el art. 420 n. 1 y 3 del Rgto. Hip.; y frente a la posible oposición del art. 3 de la LH, los problemas desaparecen si en lugar de la Carta de Pago se nos justifica el mismo con un certificado expedido por el Liquidador. (art. 107 del Rgto. Hip.).

3) Porque provoca una nota marginal, en algunos casos de afección y en otros de su cancelación.

Aceptando estos argumentos surgen otras cuestiones, como: ¿No le estaremos dando a la Afección Fiscal una igualdad o una preferencia frente a otros derechos que en ocasiones no se habrá ganado? ¿Por qué cuando se presenta algún documento y, posteriormente se retira para el pago de impuestos, cuando se aporta de nuevo junto con la Carta de Pago, le damos a la Afección Fiscal la misma preferencia que al Derecho incorporado al Documento? ¿Y los Títulos intermedios?

Observando lo que nos dicen las Leyes que regulan los Impuestos de Sucesiones y Donaciones, o de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, vemos que tanto en el art. 5 de la Ley de T.P. y A.J.D., como en el art. 9 del Rgto. del I.S. y D., se afectan los bienes y derechos a la responsabilidad del pago de los impuestos... **salvo que resulte ser un Tercero protegido por la Fe Pública Registral.** Añadiendo el art. 5 del I.T.P. y A.J.D. "*No se considerará protegido por la fe pública registral el tercero cuando en el Registro conste expresamente la afección*".

Centrándonos únicamente en las Notas de Afección al pago de los impuestos y dejando de lado las motivadas por la concesión de beneficios fiscales o por la desmembración del dominio, que merecen la misma respuesta; podemos decir lo siguiente:

- Son Notas Marginales que surgen una vez. ¿Presentados? los Títulos o pagados Provisionalmente los Impuestos ante la Oficina Liquidadora, pero no antes.

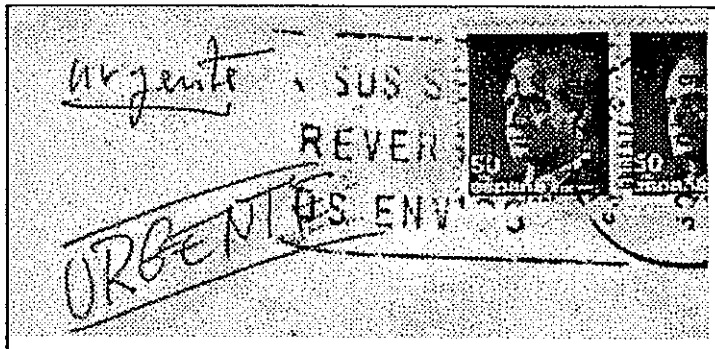
- Son Notas Marginales que destruyen la Buena Fe del Tercero. Son Afecciones Fiscales -como nos dice Menéndez Hernández en relación al I.T.P. y A.J.D.- que están embebidas de la mas amplia afección consagrada en el art. 5, con la básica diferencia de que según este último la afección es extrahipotecaria, no visible en los libros del Registro y, en cambio, según el art. 88 del Rgto, la parcial afección ha de ser registrada.

- Son Notas Marginales de Afectación que reciben el tratamiento de cargas, a modo de Hipotecas Legales, Expresas, y de Oficio, como reconoce Camy.

Consecuentemente, creo, las Cartas de Pago deben Presentarse en el Libro Diario; su Presentación no creo que nos genere ningún problema que no podamos resolver con una correcta aplicación de los Principios Hipotecarios, principalmente el de Calificación, el de Prioridad y el de Tracto Sucesivo. Las soluciones a las interrogantes que nos ocasione su presentación, vendrán relacionadas con el concepto y alcance que entendamos deban darse a estas Notas Marginales. Si entendemos que deben producir los mismos efectos que **una Inscripción**, en ocasiones y, frente a Títulos presentados en el período intermedio entre el Título todavía no liquidado y su Carta de Pago, o entre la Carta de Pago y el Título que la motiva pero nuevamente presentado, se podrán producir casos de Cierre Registral o de Prioridad en el Rango. Si por el contrario, entendemos, como también lo han entendido autores de la talla de Roca Sastre o de La Rica Maritorena, que **es difícil aplicar a las Notas Marginales el art. 17, y 20** de la L.H. sin perjuicio de su carácter Legitimador y de Fe Pública, la solución, en principio, se nos plantea más sencilla, pues la presentación de las Cartas de Pago no debe alterar el despacho de los Títulos, aunque en estos casos, creo que sería conveniente expresar bien en la Nota Marginal, bien en el cuerpo del Asiento principal, la Fecha de Presentación, "*Por si Acaso*".

No puedo estar de acuerdo, en principio, con la respuesta dada por la D.G.R.N. de fecha 17 de Marzo de 1993, de atribuir a las afecciones fiscales el mismo rango que el asiento principal en base al art. 227 del Rgto. Hip.

Santiago R. LAFARGA MORELL



29 de julio de 1993

Estimado amigo:

Si lo consideras oportuno puedes publicar las siguientes líneas, también basadas en mi modestia y menesterosidad; con la reforma del derecho mercantil de 1989 llegué a la conclusión de que habíamos entrado en un derecho de requisitos, olvidando los conceptos.

Con los tres informes que he recibido del Colegio Notarial respecto de la aplicación del R.D. 1558/92, su norma complementaria y el ansiado proyecto de orden ministerial, creo que aun hemos progresado más: Hemos entrado en un Derecho de conjeturas. Solo se supone, hoy día 29 de Julio, lo que procederá hacer a partir del próximo 2 de Agosto. Hay opiniones ciertas o próximas a la certeza, otras se alejan de la certeza y se aproximan ilusionadamente a la fantasía. Se desea que algunos trabajos se desarrollen de una manera, pero no es muy cierto que esto vaya a ocurrir así. Se teme que la Superioridad se incline por ciertas soluciones menos apetecibles o prácticas.

Los medios audiovisuales han desterrado la lectura como un placer habitual de los intelectuales, pero creo que debo afirmar que quienes no hayan leído a Franz Kafka, no ha vivido en el siglo XX y no tiene esperanza de vivir en el s. XXI.

Por cierto, que la anécdota del ojo de cristal de apariencia más humana que el de carne la escribió originalmente Curzio Malaparte en su obra "*Kaput*". Sus protagonistas eran un oficial de las Waffen SS y un niño inscrito en una partida de partisanos yugoslavos, (1).

Tu sincero amigo

Fdo. Vicente Espert Sanz

NOTA:

(1) "*Partida*" no es igual que "*banda*" o "*grupo*".

REVOCACIÓN DE PODERES Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD:

RR de 5 de diciembre de 1988 y de 7 de julio de 1993.

En nuestro sistema no existe un registro general de poderes, de manera que sólo los mercantiles de carácter general tienen un órgano de publicidad, pero, incluso en este último caso, cuando comparece el presunto apoderado ante notario, lo único que éste puede hacer, y hace, es recoger la manifestación del compareciente de que el poder que invoca no ha sido objeto de revocación. Tampoco puede el registrador pedir otra justificación de dicha vigencia.

Es posible que un poderdante revoque el poder y no consiga la devolución de la copia de la escritura de poder. Tal copia funciona como un título legitimador, de manera que el ex apoderado desaprensivo puede, fácilmente, enajenar o gravar los bienes utilizando el poder dando lugar a la aparición de terceros hipotecarios. De poco le servirá, después, al poderdante querellarse contra el desalmado: los bienes han volado.

Ante tal situación es razonable que el poderdante que ha revocado quiera bloquear el registro a los actos que el ex apoderado pudiera realizar y, para ello, solicita la constancia registral de dicha revocación. En bastantes ocasiones el registrador accede y practica una nota marginal expresiva de tal hecho, de suerte que, cuando accedan tales títulos otorgados por el ex apoderado, resultará del registro la revocación y denegará su inscripción.

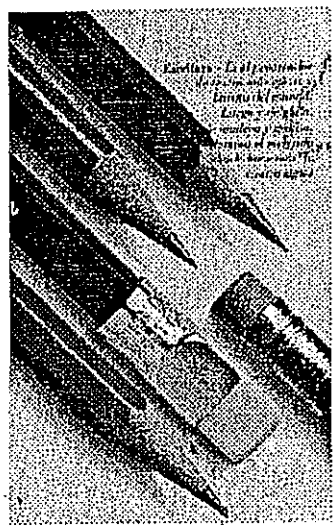
En los supuestos de las R.R. de 5 de diciembre de 1988 y 7 de julio de 1993 se partía de la constancia registral, por nota marginal, de tal revocación y en base a ello se bloqueaba el registro. Ni los recurrentes ni la Dirección General en ninguna de las ocasiones cuestionaron la regularidad de tal nota de revocación ni su eficacia. *Valero Fernández-Reyes*, en su completo comentario a la primera de tales R.R. dedica su atención al problema fundamental planteado y no se refiere a este posible fleco, aunque el Registrador recurrido sí debió plantearse el tema dado que, en su informe, señalaba que no era posible la inscripción registral de la revocación, pero que sí cabía hacer constar tal revocación por "*nota meramente informativa*".

Pienso que no es posible en nuestro sistema hipotecario dar publicidad a través del Registro de esa revocación, no sólo porque la pretendida nota atípica carece de todo soporte normativo sino porque, además, rompe con principios del sistema en cuanto implica abrir los folios a materia no registrable (art. 2 LH y, mas en concreto, art. 20.4 en cuanto establece la no inscripción de "*mandatarios, representantes...*"). Pienso, por tanto, que no es posible practicar dicha nota y que, si ya se ha practicado, lo correcto es cancelarla al operar con la finca o certificar de la misma, como si de un derecho personal o mención se tratara. Y no cabe argüir que, una vez practicada, "*está bajo la salvaguardia de los Tribunales*", puesto que esa presunción de legalidad opera respecto de los derechos que por su naturaleza son legalmente inscribibles pero no respecto de cualquier dato de hecho o derecho que el registrador, por la razón que sea, haga constar en los libros.

Decir por último que es posible que, ante el caso concreto, la mayoría de los registradores actuaramos en igual sentido que los que intervinieron en los supuestos de las mencionadas resoluciones, pero, pienso, que haciendo prevalecer razones de justicia material sobre la fría legalidad hipotecaria. Y no me parece mal.

REGISTRO DE LA PROPIEDAD
VICENTE CARBONELL SERRANO
ALDAYA

Vicente CARBONELL SERRANO



PERIPECIAS DE UN ADMINISTRADOR QUE QUERÍA DIMITIR.

El día era espléndido, caluroso y despejado, con un cielo azul limpio como acostumbra ser en esta Ciudad de Valencia. Mientras leía LUNES 4'30, miraba de reojo, a través de las ventanas de mi despacho, la gente que, apresuradamente, iba y venía por la Plaza del Ayuntamiento.

Me anunciaron su visita: era mi amigo Don José Intento Nopuedo.

Sin apenas darme ocasión de saludarle y preguntar por su familia, me dijo:

- Necesito dimitir de mi cargo de Administrador único de la Sociedad aquella cuya escritura autorizaste tú hace apenas cuatro años.

- Sin problema. Debes convocar y constituir la Junta General.

- ¡No, no! -exclamó- *yo no quiero convocar, ni constituir, la Junta General, simplemente quiero dimitir.*

- Ya lo sé -repliqué- *pero no puedes hacerlo sin más. Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fechas 26 y 27 de mayo de 1992, y 8 y 9 de junio de 1993, dicen que no se pueden inscribir las renuncias mientras no haya sido constituida la Junta General, que tú debes convocar.*

- ¡Ah, bueno! Si lo ha dicho la Dirección General no hay problema. Quieres decir que nada me van a cobrar en el BORME y en el Periódico por publicar los anuncios de la convocatoria.

- Yo no he dicho nada -le advierto-, *eso lo has dicho tú, y particularmente no creo que ni el BORME ni el Periódico te regalen los anuncios. Tendrás que pagarlos.*

- Pero, ¿da el Ministerio de Justicia alguna subvención para ello? -preguntó-.

- Qué yo sepa, no —le respondí.

- ¿De dónde, pues, he de sacar el dinero para convocar la Junta, si en la caja social, no es que no hay dinero, sino que además me deben a mi el sueldo de cuatro meses?

- Realmente me pones las cosas difíciles -le dije pensativo-. *Pero, ¡albricias, ya tengo la solución!* -exclamé entusiasmado-: *Le pides el dinero a los socios o al Banco.*

- Lo tuyo no son precisamente las finanzas, —me dijo y le reconocí: —*Los socios no quieren saber nada del tema, pues han perdido mucho dinero y no quieren poner más, y el Banco con el que trabajaba la entidad me ha dicho que a la Sociedad ni un duro... que si quiero dinero, a mi me lo dan, pero a la Sociedad no: y como tú comprenderás encima que no cobro no voy a ser tan tonto de poner dinero. Si me tengo que gastar algo es para presentar la dimisión, y pagarte a ti y al Registrador Mercantil, y si hay que hacer algún anuncio de ello, porque es un problema mío. Pero de solucionar más problemas a la sociedad y poner dinero encima por la cara, de eso nada.*

RAFAEL GOMEZ-FERRER SAPIÑA
NOTARIO
San Vicente, 24, 3.º, 7.ª
Teléfono 351 68 78
FAX 394 08 19
46002-VALENCIA

- Pues lo siento mucho -dije- *pero tu renuncia no se podrá inscribir en el Registro Mercantil, porque con estas medidas se protege a la sociedad para que no quede acéfala.*

- ¿Se protege a la Sociedad? ¿Y a mí quién me protege? ¿Y que pasa si no se inscribe?.

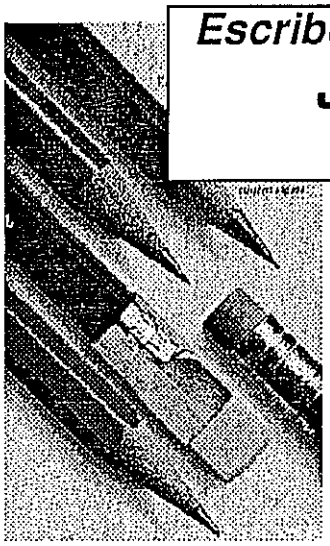
Le expliqué el alcance del art. 28 del Código de Comercio y del artículo 9 del RRM.

Tras la explicación preguntó finalmente:

— *¿Y si se me causan perjuicios por ello a quién puedo exigir responsabilidad?*

Eso pregúntaselo a tu Abogado.

■



Escribe para Lunes:
Juan M. Rey Portolés
Registrador de Valencia 12

NOTA INFORMATIVA ACERCA DEL TEMA DE SI LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA DEBE VERSE SUSPENDIDA O NO EN CASO DE INCIDENCIA EN SITUACIÓN CONCURSAL DEL DEUDOR HIPOTECARIO.

I.- En el "*Anteproyecto de Ley por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre el concurso de acreedores*" Texto actualizado y revisado por la Ponencia Especial nombrada por Resolución de 12 de mayo de 1992 (Anteproyecto de 1992), se prevé en la Base IV apartado 2 que:

"*El Juez que entienda del procedimiento concursal ejercerá jurisdicción, CON CARÁCTER EXCLUSIVO Y EXCLUYENTE SOBRE TODO EL PATRIMONIO DEL DEUDOR. Ninguna otra jurisdicción o autoridad podrá acordar ejecuciones contra los bienes del deudor POR CRÉDITOS CONCURSALES, sin perjuicio de la preferencia que, en su caso y siempre dentro del concurso, puedan tener los créditos correspondientes*".

Y el apartado **6 de la misma Base** remacha la exclusividad o monopolio procedimental del concurso estableciendo:

"*El Juez del concurso extenderá su jurisdicción a todos los procedimientos civiles, CUALQUIERA QUE SEA SU NATURALEZA, QUE AFECTEN AL PATRIMONIO DEL DEUDOR y, en especial, a los que tengan por objeto integrar en la masa activa o DETRAER DE ELLA BIENES O DERECHOS*".

El apartado **5 de la Base XII** añade que:

"*Se ordenará la inclusión de oficio en la lista de acreedores de los créditos privilegiados CUYA EXISTENCIA CONSTE EN REGISTRO PÚBLICO, salvo que el Síndico impugne su existencia, validez o carácter privilegiado*".

Y los apartados **2 y 5 de la Base X** contienen estas previsiones:

2.- "*Se establecerá que la integración de los acreedores en la masa pasiva suponga la paralización de las acciones individuales COMO REGLA GENERAL. Conforme a los principios de unidad y plenitud de jurisdicción del Juez del concurso, se acumularán al juicio universal las ejecuciones pendientes de que conozcan Jueces o Tribunales civiles y aquellas otras que se insten en el futuro. Las demás ejecuciones judiciales, LAS EXTRAJUDICIALES, y los apremios seguidos por cualquier Autoridad, quedarán DE DERECHO PARALIZADOS, y serán ineficaces durante la tramitación del concurso los embargos o TRABAS acordados...*"

5.- Se contemplarán igualmente en la Ley las hipótesis de rehabilitación de vigencia de CRÉDITOS HIPOTECARIOS, refaccionarios y pignoraticios, requerimientos resolutorios por falta de pago y arrendamientos, armonizando la protección de los derechos e intereses de la masa con EL RESPETO A LOS DERECHOS e intereses legítimos DE LOS TERCEROS".

La BASE XVI.2 estatuye que:

"*... En ningún caso se admitirán las acciones reivindicatorias impropias ni las SEPARACIONES EX IURE CREDITI. Los casos que actualmente abren la posibilidad de estas separaciones serán tratados como situaciones de PRELACIÓN O PRIVILEGIO DENTRO DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL*".

Y LA **BASE XVIII.3** cierra esta panorámica previendo que:

"*Se determinarán los créditos que gozarán en el concurso de PRIVILEGIO ESPECIAL RESPECTO DE DETERMINADOS BIENES DE LA MASA, estableciendo un orden de prelación entre ellos para el caso de afección de un mismo bien a diversos créditos*".

Y por si quedara alguna duda acerca del designio del Anteproyecto la **Base XXII apartado 2** confirma el propósito del concurso al decir que

"*En las disposiciones adicionales de la Ley se incluirá la nueva redacción del párrafo séptimo del artículo 127, del párrafo primero del artículo 132 y del párrafo tercero del artículo 135 del Texto refundido de la Ley Hipotecaria, aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946...*"

El **apartado III de la Exposición de motivos** de ese Anteproyecto de 1992 explica el sentido de esas innovadoras pautas con estas palabras:

"*Frente al Derecho precedente, se afirma el principio según el cual el Juez ejerce jurisdicción con carácter exclusivo y excluyente sobre el patrimonio del deudor, una de cuyas consecuencias es la prohibición DE LAS EJECUCIONES SEPARADAS QUE LA EXPERIENCIA PASADA HA REVELADO DAÑOSAS Y PERJUDICIALES PARA LOS INTERESES MAS DIRECTAMENTE AFECTADOS POR LA SITUACIÓN DE CRISIS ECONÓMICA*".

Pues bien, se cuestiona el acierto de ese criterio paralizante en relación con la ejecución hipotecaria que se estuviera llevando a cabo al declararse el concurso, o que se pretendiera iniciar, una vez declarado y aun concluso el mismo, cuando la acción real se canaliza por el procedimiento ejecutivo ordinario, por el extrajudicial y otros especiales y por supuesto por el procedimiento del art. 131 de la Ley Hipotecaria. Opinar sobre tal extremo es el cometido de esta modesta nota o apunte.

* * *

II.- A primera vista la paralización de la ejecución hipotecaria, sin distinción de cauces procesales, podría contar con la homologación de Ordenamientos prestigiosos.

A) En efecto ,en el Derecho francés, en caso de "*redressement judiciaire*" cualquier mecanismo de ejecución individual es paralizado por el art. 47 párrafo cuarto de la Ley de 25 de enero de 1985 y los acreedores hipotecarios como cualesquiera otros provistos de seguridades accesorias, deben insinuar sus créditos declarándolos al representante de la masa (art. 50), y entonces, según explica Marie-Noëlle Jobard-Bachellier ("*Droit civil. Sûretés. Publicité foncière*", 10ª ed, Dalloz, 1992, pág. 105), se puede proceder:

- o a una venta amistosa por decisión del administrador o del juez durante el período de observación (art. 34 siempre de la Ley de quiebras francesa), después de la adopción del plan de continuación de la actividad del concursado (art. 93) y en ese caso los derechos del acreedor hipotecario se trasladarán al precio obtenido **y sufrirá eventualmente la concurrencia de acreedores preferentes** (por ejemplo la de los acreedores de la masa del art. 40 de la Ley).
- o a la adjudicación o venta forzosa del inmueble (dentro del concurso) en caso de que se opte por la liquidación de la empresa. En tal supuesto la sentencia de conclusión por insuficiencia del activo no hace recobrar a los acreedores el ejercicio individual de su acción (art. 169 de la citada Ley de 1985).

Ni que decir tiene que lo anterior es aplicable a hipotecas que hayan devenido oponibles (por la inscripción en el correspondiente Registro) antes del "*jugement d' ouverture de redressement judiciare*". Pues tras él lo que sucede es que se prohibe la toma de razón de hipotecas ya constituidas (art. 57), y serán nulas las que se concierten, sin control, con posterioridad a la fecha del sobreseimiento de pagos (art. 107.6º) (cfr. también los arts. 34.II, y 78.III de la citada Ley de 25 de enero de 1985).

* * *

Y B) También en Italia el art. 51 de la "*legge di fallimento*" (texto aprobado por Real Decreto de 16 de marzo de 1942) prevé que salvo disposición normativa en contrario, desde el día de la declaración de concurso NO SE PUEDE INICIAR O PROSEGUIR sobre bienes comprendidos en el concurso NINGUNA ACCIÓN INDIVIDUAL EJECUTIVA (lo mismo prescribe el art. 168 para la situación de insolvencia preconcursal llamada "*concordato preventivo*").

Añadiendo el art. 54, que los acreedores garantizados por hipoteca, prenda o privilegio harán valer su derecho de prelación sobre el precio de los bienes vinculados tanto por razón del capital, como de los intereses y de las costas; y si no fueran satisfechos íntegramente, concurrirán, por cuanto aún les sea debido, con los créditos quirografarios, en el reparto del resto del activo.

Precisamente las modalidades de venta de bienes inmuebles dentro el concurso vienen desarrolladas en la Sección III, del Capítulo VI del Título II de la Ley, que distingue:

Art. 107 (expropiaciones en concurso): "*Si antes de la declaración de concurso se ha iniciado por un acreedor la expropiación de uno o más inmuebles del concursado, el "curatore" (o administrador oficial del patrimonio concursal), SUSTITUYE en el procedimiento al acreedor instante*"

Art. 108: En general, "*la venta de los inmuebles* (del concursado) *debe de hacerse en subasta pública*". "*El juez delegado, sin embargo, a propuesta del "curatore", oído el Comité de acreedores y con el asentimiento de los acreedores reconocidos en el pasivo que tengan un derecho de prelación sobre inmuebles, puede ordenar la venta sin subasta, en el caso de que la repute más ventajosa... Un extracto de la resolución que dispone la venta* (amistosa) *se notifica por el "curatore" a cada uno de los acreedores admitidos en el pasivo con prelación inmobiliaria, INCLUIDOS LOS ACREEDORES HIPOTECARIOS INSCRITOS*".

Y Art. 109 (Procedimiento de distribución de la suma obtenida) en relación con el 111 (orden de distribución de la suma): El juez delegado provee la distribución de la suma obtenida en la venta por el siguiente orden: 1) atiende al pago de las costas, incluidas las anticipadas por el erario, y al de las deudas contraídas por la administración del concurso y por la continuación del ejercicio de la empresa, si se hubiese autorizado, y solo después 2) atiende al pago de los créditos admitidos con prelación sobre las cosas vendidas, según el orden asignado por la Ley, lo que significa, en lo que aquí interesa, remitirse a los arts. 2808 y ss. del Codice civile que regulan la preferencia de los acreedores hipotecarios privilegiados inmobiliarios (fundamentalmente tributarios) que jerarquiza el art. 2780 del mismo.

* * *

III.- Se comprueba, por tanto, que en dos destacados Ordenamientos de corte latino, cuales el francés y el italiano, la declaración de concurso implica: 1) la ineficacia, y por ende la inoponibilidad (vide art. 45 de la Legge fallimentare) de un crédito hipotecario constituido tras la declaración de concurso; 2) el veto de cualquier ejecución hipotecaria individual que pretendiera iniciar un crédito hipotecario registrado con anterioridad a aquella declaración y 3) la sustitución del actor singular que estuviera instando una ejecución hipotecaria derivada de crédito pre-concursal por los órganos del concurso (quienes por otra parte disponen en orden a la realización del bien hipotecado no sólo del cauce liquidativo general sino también de la posibilidad de una venta amistosa o directa, pero con la consecuencia, en todos los casos, de que al acreedor hipotecario se le anteponen no sólo las llamadas deudas de la masa, sino también muy selectivos créditos privilegiados).

Pues bien, esa opción franco-italiana es coherente con la débil comprensión que allí siempre se ha tenido de la naturaleza de la hipoteca COMO DERECHO REAL, y aún con la degradación normativa que en Italia sufrió esa tradicional concepción en el Codice civile de 1942.

En último término es también coherente con la lamentable (y lamentada por ellos mismos) existencia en tales Países de unos Registros inmobiliarios de mera oponibilidad, que no se estructuran desde el CARDINAL PRESUPUESTO DEL FOLIO REAL, sino que se limitan a ser un mero archivo, ordenado básicamente por los nombres de los otorgantes, de los contratos de repercusión real o concretamente, de unos extractos de los mismos ("*bordereaux d' inscription*", "*notas di trascrizione*").

Y es que en esos dos Países una peculiar evolución de sus instituciones ha producido el efecto de que las hipotecas, o -allí mejor dicho- los créditos hipotecarios sean ante todo y sobre todo, eso, CRÉDITOS, que deben conjugarse y jerarquizarse con los privilegios, noción de la que resultan muy difícilmente distinguibles aquéllas. Hasta el punto de que si el Code civil, por respeto a la tradición romana en el momento de su gestación, aun sigue tildando a la hipoteca de "*derecho real*" (art. 2114), el Codice civile destierra coherentemente del libro Tercero a la hipoteca y la regula en el Sexto, dentro de ese cajón de sastre rotulado "*Della Tutela dei diritti*". El principio de fe publica registral no puede, entonces, operar en unos Sistemas con Registro de los llamados de transcripción, y por eso la hipoteca, (ibi rectius: el crédito hipotecario), AUN INSCRITA, puede verse postergada por meros créditos privilegiados registrados (¡qué sacrilegio resulta para nosotros hablar de la registración de meros créditos!) en los plazos que se les concede para ello (art. 2113 del Code civil), o incluso sin estar adornados de tales requisitos (art. 2748,II del Codice civile).

* * *

Pero es bien sabido que el Derecho español, aun con ciertas concesiones a la influencia francesa —v.gr. en el art. 1923 del Código Civil— que ha habido ulteriormente que reencajar doctrinal y prácticamente, tomó otros derroteros más centroeuropeos (y al mismo tiempo más genuinamente autóctonos) al estructurar en la segunda mitad del pasado siglo nuestro sistema hipotecario.

En él el Registro se lleva por fincas y la hipoteca es un derecho fácilmente cognoscible por ende y, además, real en toda la plenitud de esa secular noción.

Y aunque ha habido una corriente doctrinal minoritaria de última hora que inconscientemente ha querido potenciar el concepto de "*crédito hipotecario*", orillando la perenne dualidad -obligacional y real- de esa figura, la abrumadora mayoría de los autores patrios de solvencia, se han cuidado de destacar lo que en el orden patrimonial significa constituir un derecho real de hipoteca y ponerlo al servicio de un crédito (puede verse la exposición de ambas posturas en la conferencia-artículo del autor del este Informe "*La hipoteca como derecho real divorciable del crédito garantizado*" publicada en la Revista Lunes 4'30 nº 113, págs. 26 y ss). Entre nosotros prácticamente nadie duda de que la hipoteca es un derecho real de REALIZACIÓN DE VALOR en función de garantía de una obligación (con la que no se confunde y a cuya naturaleza puramente personal no se degrada). Esa conceptuación significa que atribuye a su titular un "*ius distrahendi*" que —siempre en el plano real— se antepone al que con carácter subordinado (arts. 104 de la L.H. y 1876 del C.c.) se reserva el constituyente del gravamen.

Como dije en la citada conferencia-artículo, (pág. 33), cuando se constituye una hipoteca "*se da una situación parecida a la del dominio donado con la reserva de la facultad de disponer por parte del donante (art. 639 del Código civil): El donatario -como el hipotecante del dominio- puede transferir su titularidad mutilada pero todos sus actos quedan sujetos a la resolución derivada del hecho de que el donante ejecute el preferente "ius distrahendi", que se reservó. La diferencia*—concluía entonces—*entre ambas situaciones la proporciona solo el que el acreedor hipotecario debe canalizar su "ius vendendi" por senderos controlados imperativamente por terceros*" (a fin de evitar prácticas cuasicomisorias).

¿Ha pensado seriamente alguien que un donante que se hubiera reservado la facultad de disponer de un bien, se podría ver privado de ella o de su libérrimo y unilateral ejercicio, porque el donatario incidiera en cualquier estado concursal?

(Sería un atrevimiento similar al de desproveer al acreedor pignoraticio de su derecho a enajenar extrajudicialmente la cosa pignorada conforme al art. 1872 del C.C., sin que el dato de que él cuente con la posesión del bien le dé ventaja sobre el acreedor hipotecario, quien simplemente ha visto sustituida su antieconómica posesión material por la publicación "*erga omnes*" y vía Registro de su derecho).

Pues si nadie puede pretender esa repercusión en un derecho propio (reservado para sí) del donante, tampoco nadie puede postularla para el titular de la hipoteca que en cierta medida goza de un derecho de separación "*ex iure dominii*", ("*potius: "ex iure reali*").

Medítese además la inconsecuencia que se produciría en los casos de hipotecante por débito ajeno o fiador real y en los de tercer poseedor de finca hipotecada. El acreedor hipotecario podría instar frente a él la acción real expropiatoria que le compete puesto que el legitimado pasivamente no está afectado por ninguna paralización de ejecuciones derivada de un inexistente sometimiento a trance concursal. En cambio, si el hipotecante fuera a la vez deudor, esa hipoteca —idéntica en su naturaleza a la de la hipótesis anterior— se vería desvirtuada por su coyuntural matrimonio con un crédito arrastrado al remolino del concurso. Nada justifica tan disímil trato para un derecho de realización de valor que no ve alterada su esencia porque se trate de una figura bipolar (deudor hipotecario-acreedor hipotecario) o porque involucre a más personajes (hipotecante no deudor, tercer poseedor) en su gestación o desenvolvimiento ulterior.

* * *

IV.- Y por supuesto que esa lógica conclusión que extrajeron nuestros legisladores decimonónicos (y que reitera el Reglamentarista de última hora: cf. art. 236. ñ del Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo, por el que se modifica el Reglamento hipotecario en materia de ejecución extrajudicial de hipotecas), tenía que estar acogida en Ordenamiento tan capital en Europa y tan próximo al nuestro en estructuración jurídico-real y registral como el alemán.

En efecto, el $ (parágrafo) 14 de la Konkursordnung de 14 de febrero de 1877, veda con carácter general las ejecuciones forzosas individuales durante la sustanciación del procedimiento concursal, y en esa fase no puede ser ya inscrita una prenotación que preludie acto dispositivo alguno en favor de un acreedor singular del concurso. Así lo exige -según explican Kuhn- Uhlenbruck, "*Konkursordnung Kommentar*", 10ªed, Munich, 1986, pág. 370- el principio de la "*par conditio creditorum*" (Grundsatz der Gleichstellung aller Konkursgläubiger).

Pero al mismo tiempo el $ 4 de la Ordenanza prevé que se puede hacer valer una pretensión dirigida a una satisfacción singular con cargo a bienes pertenecientes a la masa concursal, sólo en los casos permitidos por la propia Ordenanza. Tal satisfacción separada se lleva a cabo con independencia del procedimiento concursal. (Derecho de ejecución separada o Absonderungsrecht).

Y el primer caso de que se ocupa el Título quinto del Libro primero de la Ordenanza bajo tal epígrafe de "*Absonderung*", es precisamente el que se ostenta sobre bienes inmuebles (hipoteca incluida, pues) en relación con los cuales el $ 47 dispone que:

"*A una satisfacción separada están expuestos aquellos bienes susceptibles de ejecución forzosa inmobiliaria atribuida a derechos que conlleven tal facultad de satisfacción*".

Kuhn-Uhlenbruck (págs. 808 y ss.) después de distiguir el derecho de ejecución separada (o Absonderungsrecht) del derecho de separación (Aussoderungsrecht o "*separación ex iure dominii*" en nuestra terminología), porque en este último se sustrae siempre a la masa todo el valor del bien en cuestión que en definitiva no le pertenece a ella, diferencian los casos en que el deudor común soporte, además, una responsabilidad personal frente al acreedor provisto de facultad de ejecución separada o soporte solo una responsabilidad real (v. gr. porque fuera fiador real o hipotecante no deudor por débito ajeno).

En el primer supuesto el acreedor puede hacer valer su crédito en el concurso pero sólo por el importe por el que no haya obtenido satisfacción a través de la ejecución separada ($ 64 de la Ordenanza).

En el segundo el acreedor no tiene más posibilidad de actuación en relación con el concurso que la de hacer valer su Absonderungsrecht, que nuestro Anteproyecto pretende negar al no acertar a distinguir el doble estrato -personal y real- que se concentran en el apócope o mera elipsis verbal "*crédito hipotecario*" (en realidad crédito garantizado con un derecho real de hipoteca). En ese segundo caso de los autores alemanes, en puridad el titular del derecho de ejecución separada no es parte en el proceso concursal.

Y por si quedara alguna duda de su límpida intención el $ 48 de la Ordenanza, bajo el epígrafe derechos de prenda constituidos mediante negocio jurídico, prescribe que:

"*El acreedor, que ostenta un derecho de prenda (Pfandrecht) de constitución negocial sobre un bien perteneciente a la masa concursal, puede exigir por razón de su crédito garantizado, satisfacción separada con los bienes (cosas muebles o derechos) objeto de la garantía, primero imputándola a las costas, después a los intereses y por último al capital*". (1).

He aquí cómo el legislador alemán mantiene siempre diferenciadas las vertientes obligacional y real (hipoteca, prenda) y no consiente en afectar -ni siquiera al simple efecto de parálisis ejecutiva- la segunda por el mero hecho de que la primera esté envuelta en un concurso, y sin perjuicio, claro es, de que se permita la impugnación de la constitución -tempore suspecto etc.- del gravamen, si la misma incide en algunos de los supuestos de hecho de los $$ 29 y ss.

Sería realmente grave que nuestro legislador por mimetismo hacia dos Ordenamientos próximos que parecen haber olvidado el sentido histórico y la potencialidad económica de las garantías reales, introduzca una perturbación tan trascendente entre los campos de lo real y lo obligacional como la que se contiene en las bases del Anteproyecto de 1992 que al principio destaqué.

Y si a la postre se atreviera al dislate, piénsese que eso solo significaría un retroceso en el proceder del acreedor precavido: En lugar de valerse de las garantías reales sublimadas de nuestra época (hipoteca, prenda etc.) retrocedería hacia los estadios anteriores de las mismas, que les precedieron en su génesis, cual la venta con pacto de retro o venta en garantía, cuyo componente fiduciario es muy difícil de probar, o avanzaría hacia fórmulas anglosajonas -cual el leasing-, o en último término se negaría a conceder crédito a quien de ese modo vería acelerada su incidencia en una situación de crisis económica.

Y no se alegue que la última doctrina según la que debe ser la conservación o mantenimiento de la empresa en apuros el principio inspirador de todo el Derecho concursal, podría justificar el atropello que se pretende de una titularidad real ajena -la del beneficiario de la hipoteca- que se sacrificaría injustamente en el altar de aquella conservación, aunque sólo sea imponiendo su parálisis y sujetándola a mínimas

anteposiciones crediticias; no, esa doctrina ya no es rigurosamente la última sino la penúltima: Una meditación más profunda induce a sostener que es antieconómico en la mayoría de los casos pretender un reflotamiento de empresas mal estructuradas operantes en sectores merecedores de abandono. Preferible resulta que a través de una ordenada liquidación se produzca una reasignación de los recursos de la empresa en crisis a favor de los acreedores que sin duda los recolocarán óptimamente en el circuito económico. Y nada más ordenado y justo que no perturbar en absoluto, ni siquiera procedimentalmente, a quien previsoramente se cuidó de obtener UNA TITULARIDAD REAL sobre bienes del luego concursado, bienes que sin esfuerzo puede decirse, y puesto que gravita sobre ellos un "*ius disponendi*" preferente y rápidamente actuable de tercero, no le pertenecen ya, en esa medida, al deudor.

Y no se piense que el criterio alemán se halla hoy anticuado por desenvolverse en una rancia disposición del siglo pasado. En el Proyecto de Ley del Gobierno federal de una Ordenanza de Insolvencia (InsO), publicado en el Boletín del Parlamento alemán el 15 de abril de 1992 (Drucksache 12/2443, Sachgebiet 311), y que ha llegado a mis manos con la incorporación ya de las enmiendas de la Cámara Baja (pero sin que esté en condiciones de saber si ha desembocado en el día de hoy en ley vigente), se mantiene SIN DISCUSIÓN ALGUNA por ningún grupo parlamentario o diputado, una separada satisfacción sobre bienes inmuebles ("*Abgesonderte Befriedigung aus unbeweglichen Gegenständen*"), en el $ 56 del proyecto, según el cual:

"*Los acreedores a los que corresponde un derecho de satisfacción con cargo a bienes sujetos a ejecución forzosa inmobiliaria* (el prototipo es la hipoteca recuerdo yo), *tienen derecho a una satisfacción separada en la medida de los $$ 187 a 190 y de la Ley sobre enajenación y administración forzosas*".

Es cierto que los parágrafos a los que se remite el anterior pueden imponer una SUSPENSIÓN PROVISIONAL, de la ejecución separada en marcha a instancia del administrador del concurso, pero ello no significa una paralización definitiva y general como la que pretende nuestro Anteproyecto, sino que solo puede obedecer a muy concreta razones ($ 187): o a que el plazo para informe todavía no ha transcurrido, o a que el bien, según el resultado del informe, es necesario para la continuación de la empresa o para la preparación de la enajenación de la misma, o de un conjunto de bienes de ella, o a que produciría un esencial perjuicio a la ejecución colectiva. Por supuesto que se da audiencia (y recurso) al acreedor perjudicado por la SUSPENSIÓN PROVISIONAL —insisto en lo de provisional— y que la misma debe rechazarse si no podía haber sido contemplada como normal por aquél en sus relaciones económicas con el deudor.

Además el $ 188 bajo el significativo rótulo de "*protección del acreedor*" (de ese acreedor al que excepcionalmente se le detiene su ejecución separada) prevé que se le deben pagar intereses dentro de las dos semanas siguientes y con cargo a la masa del concurso y que si el propio bien inmueble fuera usado en interés de dicha masa, se le debe compensar con cargo a ella y mediante los pagos corrientes la pérdida de valor producida por la suspensión provisional.

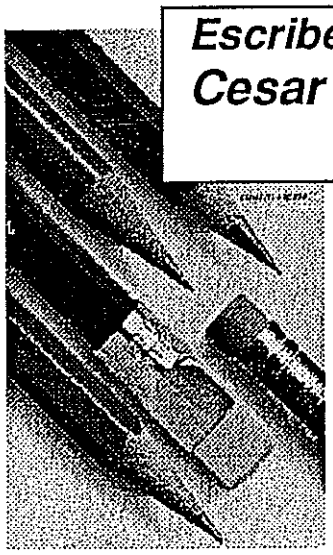
Se comprueba que la paralización de una ejecución hipotecaria se considera en el Derecho proyectado alemán, una medida excepcional, cuasi expropiatoria en interés del concurso, y que por eso mismo se debe dejar indemne al cien por cien (sin anteposición de deudas de la masa ni de créditos privilegiados) al afectado por ella.

Ojalá que nuestro prelegislador tome buena nota de tales principios y cautelas a la hora de rozar, no más, el delicadísimo derecho de hipoteca que hubiera constituido sin fraude (y por ende enajenado a tercero) un sujeto luego devenido insolvente.

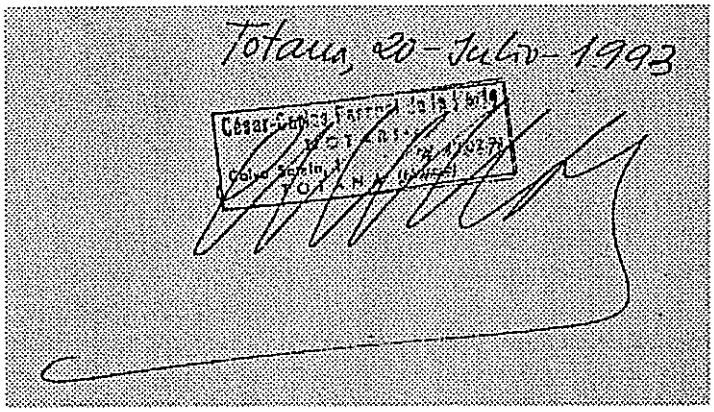
Juan Manuel Rey Portolés.
Valencia a 28 de junio de 1993.

NOTA:

(1) De mis precipitadas lecturas deduzco que la solución alemana debe ser la imperante en el Derecho austríaco (Leyes 370 y 371 de 22 de julio de 1982) y en el suizo ("*Loi federal sur la poursuite pour dettes et la faillite*"), pero como debido al poco tiempo concedido para informar no he podido tener el texto de unas y otras a la vista, suspendo cualquier afirmación al respecto.



Escribe para Lunes:
Cesar C. Pascual de la Parte
Notario de Totana



LA CAUSA, SU CONSTANCIA EXPRESA O NO EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS DE ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD O PRIVATICIDAD RESPECTO DE LOS BIENES DE LOS PATRIMONIOS CONYUGALES, Y OTRAS CONSIDERACIONES.

(Trabajo de contestación al publicado por D. José María CHICO y ORTIZ en la Revista "Lunes 4'30" en su número 116)

(A mis padres).

PRÓLOGO.

El jurisconsulto Papiniano (cfr. 7, Digesto I, I) nos enseña que "*Derecho civil es el fundado sobre las leyes, los senadoconsultos, los decretos de los príncipes y las respuestas de los jurisconsultos*" y que "*Derecho pretorio es, por el contrario, el introducido por los pretores con el fin de reforzar, suplir o corregir el Derecho civil por razones de utilidad pública y que, precisamente por esto, se llama también Derecho honorario ("ius honorarium")*".

Así pues, como recuerda PACCHIONI, aquél jurisconsulto romano esculpía con sólo tres palabras, la función histórica que en Roma tuvo el Derecho pretorio, pero no nos explicaba las razones por las que pudo conquistar tanta importancia en el desemvolvimiento histórico del Derecho romano. Prescindiendo de mayores profundidades (que no me interesan en este trabajo), reseñar tan sólo que contribuía poderosamente a suavizar las asperezas del Derecho recibido y a llenar sus inevitables lagunas, acomodándolo a las exigencias de la nueva vida y a la conciencia de los tiempos nuevos.

Pues bien, para mi persona, **la figura del Pretor romano** siempre ha sido vista con gran favor y admiración, pues quizás sin él seguiríamos arrojando al Tíber a los deudores cortados en tantos trozos como deudas, según prescribían las XII Tablas; es decir, hicieron avanzar el Derecho.

Y mi admiración y simpatía siempre ha estado del lado de los profesionales que, prolongando aquella inicial función del Pretor, aún con diversos matices, han colaborado y colaboran para que todas las ciencias, y en especial la del Derecho, sigan avanzando al compás de los tiempos, abriendo nuevos caminos de seguridad y libertad.

En efecto, **la ciencia del Derecho** no pertenece a ese grupo de conocimiento empíricos o matemáticos regidos por inexcusables postulados formales o de las leyes de la naturaleza. El Derecho es un mundo de claros y obscuros con infinitos matices, en donde los que nos decimos profesionales tratamos de avanzar penosamente en un movimiento de flujos y reflujos para disipar la neblina de las severas construcciones doctrinales y ofrecer soluciones a un mundo cada vez más complejo.

Y en ello los notarios, entre los que me cuento, en contacto con el cotidiano pulso de la sociedad, creo honestamente que hemos empeñado grandes esfuerzos, juzgados a veces con alguna frivolidad y no siempre bien comprendidos.

Por todo ello, me ha resultado penoso, cuando no patético, un ligero trabajo de **JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ**, publicado en el **número 116 de la Revista** "*Lunes 4'30*" (**págs. 40-51**), relativo a "*La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma*", en donde se vierten algunas afirmaciones referentes: "*al Notariado*", a un "*compañero de Facultad*"—notario, por supuesto— y, sobre todo, de mi propia persona (sin querer "*entrar en el campo de la ética profesional*"... entonces ¿por qué has entrado?) llegando incluso a adoctrinarme sarcásticamente como un maestrico con su librico; todo lo cual es de impresentable recibo. Tú me dices: "*ponte en guardia compañero*", y yo te recuerdo: no descuides tu la tuya en los buenos modales y reserva tu incontinencia verbal para otros menesteres mas honrosos.

Y aunque yo no "*me ponga en guardia*" tan fácilmente, he de reconocer que el tono lisonjero que empleas en la introducción de tu trabajo, me hacía intuir que las "*flores*" que nos lanzabas a "*los Notarios*" estaban envenenadas. En concreto, me recordaba aquel famoso discurso, que **SHAKESPEARE** ("*Julio César*") pone en boca de Marco-Antonio, pronunciado ante el cadáver de César y frente al pueblo de Roma; en él, después de alabar hasta el extremo las cualidades del asesinado, repetía tras cada alabanza, como si de una salmodia se tratase,: "*pero Bruto y sus amigos dicen que César era un tirano..., un avaro..., y deben tener razón, porque todos ellos son hombres honestos*" (ya cabe imaginar el destino de los conspiradores del magnicidio). Yo no sé si JOSÉ-MARÍA CHICO estaba pensando en Julio César cuando escribía su introducción, pero, de seguro, se acordaba de César Pascual (como más tarde declaró abiertamente).

Y eso, compañero, no debe ser así. Ten en cuenta que para que avance cualquier ciencia se necesita siempre posiciones arriesgadas que abran nuevos caminos; como aquellos "*vélites*" de las legiones romanas que, en avanzadilla, hostigaban al enemigo (en nuestro caso el desconocimiento) hasta lograr brechas por donde lograr una victoria para sus compañeros.

Ya sé que estas posiciones, lejos del cálido ropaje que proporciona a ortodoxia, son muy proclives a recibir alguna mala herida, pero creo que se merecen el aliento y la comprensión de los compañeros, así como su ayuda, sobre todo si son veteranos. En todo caso, la satisfacción que proporciona el avance de los asuntos que éllos emprendieron valerosamente, creo que compensa una ágria crítica, que aceptamos con paciencia y aún con complacencia, en lo que pueda suponer de estímulo profesional.

Y, **en efecto**, podemos comprobar cómo en los negocios jurídicos de ganancialidad o de privaticidad respecto de los bienes de los patrimonios conyugales, se han experimentado los siguientes **avances**:

a) Se empezó diciendo por muchos compañeros, que estas atribuciones sólo eran posibles para las adquisiciones de bienes siempre que aquéllas fueran coetáneas con éstas.

b) Solventado este problema, se sugirió por muchos que los bienes aportados debían haberse adquirido a título oneroso, nunca a título lucrativo.

c) Solucionando igualmente lo anterior, surgieron voces oponiéndose a tales aportaciones so pretexto de una confusión y raquítica interpretación de los principios de accesión y subrogación real.

d) Finalmente, superado todo lo expuesto, la D.G.R.N. (en Resoluciones, hasta la fecha, de **10-3-89; 14-4-89; 25-9-90; 21-1-91; 7-10-92 y 26-10-92**) admite abiertamente tales aportaciones, coetáneas o no, gratuítas o no, superando los presuntos problemas que pudiesen plantear los rígidos principios de la subrogación real y la accesión, en base al principio de libertad de contratación entre los cónyuges, PERO siempre que se exprese con la suficiente claridad la causa de la atribución patrimonial.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

EN MI OPINIÓN, siempre tuve claro desde el principio (véase mi primera publicación al respecto, en Bol. Col. Granada de Diciembre de 1989) que el único problema serio que planteaba esta clase de negocios jurídicos era el de la **CAUSA** de la atribución patrimonial; y siempre tuve en mente la tradicional doctrina de la D.G.R.N. en este punto. Por ello, en nada me he sorprendido con las Resoluciones que acabamos de citar, que no se contradicen, como algún autor pretende, sino que desarrollan paulatinamente (a veces no del todo, por imperativo del obligado marco del recurso) una doctrina que ya desde los años veinte (aunque con **alguna excepción**, como la **Ron. de 31-Julio-28**, que después veremos) venía manteniendo el Centro Directivo respecto de la transmisión de los bienes inmuebles según nuestro sistema hipotecario (**Rons. de 19-9-27; 12-3-30; 11-2-31; 14-7-71 y 14-10-86**).

Aunque otra cosa era determinar si tal doctrina es aplicable rígida y plenamente al asunto que nos ocupa.

En efecto, como recoge CAMPUZANO, la **Resolución de 31-Julio-28** es interesante, por cuanto mantiene un criterio de admisibilidad de situaciones jurídicas donde no se exprese la causa. Para la citada resolución: "*La exigencia de una causa jurídica como elemento indispensable para el perfeccionamiento de los actos y contratos, se halla atenuada en las doctrinas modernas, por tres apreciaciones que hacen referencia: 1ª.- Al carácter abstracto de las adquisiciones inmobiliarias y en especial del derecho real de hipoteca. 2ª.- Al supuesto de afianzamiento o de garantía estipulada por obligaciones ajenas; y 3ª.- A la posibilidad de que no se exprese en los documentos inscribibles la causa de las relaciones jurídicas creadas... en cuanto al carácter abstracto de las declaraciones inmobiliarias, que si bien en el artículo 2º de la Ley fundamental parecen admitirse como títulos inscribibles solamente los actos y contratos en que la transferencia, constitución o cancelación de un derecho real contenga una manifestación de voluntad, apoyada en causa jurídica, es innegable que las doctrinas dominantes sobre la suficiencia de un acuerdo de voluntades o de una declaración unilateral para provocar un asiento en el Registro ha sido recojida en el artículo 138...; que la presunción de que la causa existe y es lícita, aunque no se exprese en los contratos, ha sido elevada a norma jurídica por el artículo 1277 de nuestro Código Civil, a pesar de las objeciones que contra el sistema se han presentado porque favorece las donaciones disfrazadas, los fraudes en perjuicio de intereses solemnemente reconocidos y los contratos que tratan de eludir prohibiciones legales*".

En contra, las demás resoluciones citadas, entre las que entresacamos, como más clara, **la de 11-Febrero-31**, que declara: "*Para la transmisión de bienes inmuebles, sitos en España, se exige por nuestro sistema hipotecario una causa jurídica, acreditada en documentos públicos, que hagan fe por sí solos o con otros complementarios, o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite, y la inscripción en el Registro de la Propiedad sobre la base de anteriores asientos a favor del transmitente*".

A la vista de todo lo anterior, el problema no está en determinar si en los negocios de atribución patrimonial se cumple con las exigencias del "*título*" y el "*modo*" para transmitir la propiedad (eso nadie lo negó nunca), ni se trata, como dice la Resolución de 26-Octubre-92, de que "*el acuerdo de los cónyuges sólo será traslativo si en él hay donación o bien uno de los ciertos contratos que, seguidos de tradición, constituyen el título y el modo de transmitir el dominio conforme a lo dispuesto en el art. 609 del Código Civil*". Lo cual es una obviedad, que nada aclara.

Y es que esto supone volver al punto de partida sin resolver, en absoluto, la cuestión que nos ocupa. Por eso, nosotros creíamos y seguimos creyendo, que la Resolución fundamental es la de **25-Septiembre-1990.** Es decir, lo verdaderamente crucial no es el discutir si ha existido "*título*" y "*modo*" para transmitir la propiedad, sino si el título, el contrato antecedente de atribución patrimonial, está o no suficientemente causalizado para dicha transmisión. Pues **¿es que entre esos "*ciertos contratos*" de que habla la Ron. de 26-10-92 no puede encajar perfectamente el negocio jurídico de atribución patrimonial?**, ¿qué se lo impide?... Desde luego el sistema del "*números apertus*" que rige en nuestra legislación, en absoluto (después volveremos sobre ello).

En resumen, se trata, como ya comenté y recuerda la Resolución de 25-9-90 si "*dicho*" negocio atributivo "*responde a una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real*"... "***cual el derecho de reembolso al que se refiere el artículo 1358 del Código Civil***"; y, en último término, si la no constancia "*expresa*" de ese derecho de reembolso impide la transmisión y posterior inscripción del aludido negocio jurídico.

JOSÉ-MARÍA CHICO ORTIZ (en el trabajo mencionado) lanza albricias tras la última Resolución del -92, y pide para sí algo como ovación y vuelta al ruedo (lo cual me ha aclarado definitivamente su verdadera orientación en este asunto). Pero tengo para mí que en dicho trabajo hay mucho pinchazo en hueso (sobre todo cuando habla de la Legislación hipotecaria, la accesión y el fraude), y una estocada baja, aunque colocada (cuando comenta el problema de la causa); por seguir con el símil taurino que me recoge el citado hipotecarista.

Veámoslo, si no.

I.- PROBLEMA DE LA CAUSA Y DERECHO CIVIL

Por consiguiente, la posibilidad de estas atribuciones patrimoniales con toda la amplitud que se les quiera dar, nunca han ofrecido para mi duda alguna; y, mucho menos, si, como dice la Resolución de 26-Octubre-

1992 el acuerdo de los cónyuges es una donación "*o bien uno de los ciertos contratos, que, seguido de tradición, constituyen el título y el modo de transmitir el dominio conforme a lo dispuesto en el artículo 609 del C.C.*". Esto resulta evidente.

La cuestión es si cabe una determinada interpretación de la anterior frase entrecomillada que haga posible la no constancia expresa de la causa de la atribución patrimonial. Es decir, si el negocio de atribución patrimonial que comentamos el cual no acredite expresamente su causa es admisible de cara a la transmisión de la propiedad de la cosa aportada y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad.

Unos entenderán que no, porque se trataría de un negocio abstracto o de expresión abstracta, que no es admisible en nuestro derecho, y menos en materia de derechos reales inscribibles (después volveremos sobre esta cuestión).

Pero yo no acabo de verlo así. Y, en este sentido, siempre volvemos al mismo problema (como también dejé escrito en el Bol. Col. Granada, Febrero-92), a saber: **El REEMBOLSO. ¿Cubre éste y cumplimenta la exigencia legal del art. 609 C.C. en el negocio de atribución tan aludido?** Veamos; **si no se expresa la causa** del negocio atributivo, hay que concluir (como ya dijimos) que aquél **NUNCA** será una causa **GRATUITA**, pues en estos casos la donación (ni la condonación, art. 1187, pfo. 2º) no se presume.

SÓLO cabe pues, **SI NADA SE DICE** sobre el particular, **una causa ONEROSA**. Pero una causa onerosa puede ser: típica, porque su estructura y ropaje proceden y están incardinados en un negocio traslativo típico (Ej. compraventa); o bien, una causa de las que genéricamente contempla el art. 1274 del C.Civil para todos los negocios jurídicos y, en especial, para todos aquellos negocios **ATÍPICOS** cuya estructura y ropaje no encaja con precisión en el esquema fijado por las leyes para los negocios típicos con causa bien determinada, brindándoles una ayuda con carácter genérico. En concreto, el inciso primero del art. 1274 C.C. dice: "*En los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte*".

Haciendo referencia después a la causa remuneratoria y a la gratuíta. Y, posteriormente, el **art. 1277** C.c., considera tan necesaria a la causa como elemento de todo contrato que, aunque NO se exprese en el mismo, presume su existencia y licitud.

Pues bien, prescindiendo de las críticas a su más o menos afortunada redacción, lo que el C. Civil quiere es aclarar que no hay contratos sin causa (prescindiendo si es o no necesaria su expresión), y dando a entender (el art. 1274) que, entre las varias teorías existentes sobre la misma, qué entiende él por causa, optando por la **posición objetiva**; es decir, considerándola como fin objetivo o función práctica que se pretende en cada contrato (así, por ej. en la compraventa, cambio de cosa por precio), ajeno a la intención o finalidad meramente subjetiva de los contratantes. En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 8-7-77; 30-12-78; 3-2-81; 22-12-81; 8-7-83; 4-5-87; 30-9-88 y 21-11-88, como más salientes.

De manera que, para que un contrato tenga consideración en nuestro derecho, y éste le brinde su protección y su tutela, tiene que tener una causa, referida, cuando menos, a cualesquiera de las que menciona el art. 1274 C. Civil; sin perjuicio de contratos perfectamente acuñados con causa típica (ej. compraventa, arriendo...) y del reconocimiento jurisprudencial de: ciertos otros de carácter o expresión abstracta (ej. reconocimiento de deuda —sentencia de 8-3-56, como inicial en la materia en la que hay dieciseis—), o bien de la existencia de algunos de ellos que participan de varias figuras negociales, aunque con una causa preponderante (ej. hospedaje, garaje, exposición, suministro...etc.); o claramente atípicos.

Conviene aclarar, llegados a este punto que, entre las **varias clasificaciones de la causa**, existen dos consideradas como BÁSICAS por la unánime generalidad de los autores. A saber:

1ª).- La que distingue entre causa de la atribución, causa de la obligación y causa el negocio; y

2ª).- La que distingue entre causa **GENÉRICA**, específica o **TÍPICA**, y **concreta**. Según DE CASTRO ("*El Negocio Jurídico*", pp. 188 y 189) existen tres tipos de reglas o criterios para apreciar la existencia y la clase de causa de cada negocio: la tipificación legal, la distinción genérica del art. 1274 y la apreciación individualizada de cada negocio. A partir de ahí, podemos distinguir entre causa GENÉRICA, con la triple manifestación que recoge el art. 1274 (onerosa, gratuíta y remuneratoria); causa específica o TÍPICA, propia de cada tipo legal o esquema negocial, que coincide con la función o finalidad que con cada contrato se pretende (ej. art. 1445, respecto a la compraventa); y causa concreta, o motivos incorporados a la causa, según la expresión acuñada por el Tribunal Supremo.

La primera, sirve para valorar la distinta eficacia de cada negocio o contrato. La segunda, para determinar su existencia y validez. La tercera, para apreciar la posible licitud de la causa.

Y si traemos aquí a colación este criterio clasificatorio de la causa, es por resultar determinante para la argumentación que sostenemos en el asunto de que tratamos.

No obstante, JOSÉ M. CHICO ORTIZ, en su mencionado artículo (pág. 46) asegura que: "*lo que no puedo admitir es que me distinga* (servidor) *entre causas típicas y causas genéricas*" (sic). Bueno... conforme; pero ante la evidencia de las cosas tan solo me resta decir pacientemente, como dijera GALILEO: "*Eppur si muove*".

Aunque no debemos darle mayor importancia, pues un despiste lo tiene cualquiera. Por ejemplo, yo mismo me siento despistado cuando el ilustre hipotecarista, en la misma página y a renglón seguido, enmienda la plana a IGNACIO CARPIO (que habla de "*causa variable*" —ya me pronuncié sobre ello—) y prefiere hablar de causa "*coexistente*". Y es que yo siempre he creído (como dejé expuesto en mi anterior trabajo) que un contrato, técnicamente hablando, aunque pueda tener muchos motivos, sólo puede tener una causa (al menos preponderante) y un pretendido "*trasiego*" de causas sólo puede hacer referencia a contratos distintos. Por ello, no entiendo en absoluto lo de causa coexistente; pues no creo puedan existir causas coetáneas, sino alternativas y excluyentes entre sí, habida cuenta del carácter objetivo que, para la tipificación de los tipos contractuales, sigue nuestro C. Civil en materia de la causa, como acabamos de ver.

Pues bien, aclarado lo anterior, y retomando el hilo argumental inicial, conviene ahora preguntarse: en el caso de atribución a un bien privativo el carácter de ganancial (y a la inversa) **¿qué sucede en nuestro C.Civil?**, ¿qué prestación se aporta y a cambio de qué?, ¿qué compensación o contraprestación le ofrece una de las partes contratantes a la otra? Nosotros interpretábamos que el titular del bien privativo aporta a la sociedad de gananciales el bien en cuestión (importándome poco si ese negocio jurídico es de aportación o de comunicación... aunque prefiero el primero), y a cambio debe recibir de ésta el REEMBOLSO de lo aportado (se diga expresamente o no).

En este sentido, las dos importantes **sentencias del T. Supremo de 17-1-85 y 30-12-85**, recuerdan que en los contratos sinalagmáticos, la causa se halla constituída por el dato objetivo del intercambio de las prestaciones.

Por ello, la clave de todo este asunto (como igualmente dejé claramente dicho) estriba en **determinar si el REEMBOLSO** surge y se debe **necesaria e inexcusablemente** al cónyuge aportante del bien desde el momento mismo de su aportación (prescindiendo de cuándo se pague aquél), o si esto no ocurre así. Ya comenté, y no los voy a repetir, los artículos y argumentos en que me apoyaba para una respuesta AFIRMATIVA. Y, así mismo, entendía que esta era la fórmula más correcta con la realidad de las cosas, y **la menos fraudulenta de todas**, sin perjuicio de reconocer que es una interpretación apurada, PERO con tal de que sea legal me es suficiente (pues lo fácil todos lo sabemos y, lo que es peor, no nos soluciona gran cosa).

Veamos, si no, **un ejemplo** como botón de muestra. Es cierto que un cónyuge (casado en régimen de gananciales) puede vender al otro un bien privativo, el cual se transformará en ganancial por tratarse de una adquisición onerosa durante el matrimonio. Pero no nos engañemos; cuando el cónyuge vendedor declara haber recibido el precio de la venta del cónyuge comprador ¿alguien se lo cree realmente? Desgraciadamente, ni Notarios ni Registradores podemos entrar en mayores indagaciones (pues no somos ni policías ni jueces) y estamos sometidos en nuestra actuación a lo determinado por nuestro Reglamento Notarial (art. 147, 174, 175... y sentencias del T.S. de 2-1-52 y 30-4-57) y la Ley Hipotecaria (art. 18) respectivamente, al autorizar e inscribir las escrituras públicas.

Pero otra desgracia aún mayor es que los herederos forzosos del cónyuge vendedor tienen unas expectativas hereditarias más reducidas con la compraventa (negocio oneroso y típico) que con las atribuciones de privaticidad, pues, al menos, en este último caso serían acreedores del importe que supone el reembolso; mientras que atacar una compraventa por simulación o fraude siempre es mucho más problemático en todos los aspectos.

Y lo mismo cabe decir para con los acreedores del vendedor. Por tanto, unos y otros tienen tantas o más garantías legales antes, durante y después del negocio de atribución, que en el caso de la compraventa.

Respecto a qué impulsa a los esposos para elegir uno u otro cauce jurídico, me referiré a ello más adelante.

Llegados a este punto (y **ATENCIÓN LECTOR** porque este es el "*quid*" de la cuestión) conviene aclarar el último eslabón, el último peldaño para llegar a la conclusión que, teóricamente, sostenemos como posible.

Con carácter previo, he de aclarar que tal solución late y está contemplada en mi anterior trabajo de Febrero de 1992; pero quizás con una crudeza argumental, que voy a intentar ahora desmenuzar para presentarlo como una papilla ofrecida a un bebé recién destetado jurídicamente.

Decíamos allí: "*...¿bastaría, entonces, decir, simplemente que A transmite a B para que se presumiese la causa de la atribución, y ésta fuera eficaz?*".

Aparentemente, parece que existe una contradicción en mi propio hilo argumental, pero no es así, siquiera éste deba ser matizado. Me explicaré: si yo estoy diciendo que los negocios típicos llevan implícita una causa típica (ej. compraventa), y los negocios atípicos presuponen una causa genérica de las determinadas en el artículo 1274, que hay que concretar en cada caso, ¿no supone una contradicción el pensar que un negocio atípico de atribución de ganancialidad (o privaticidad) tenga siempre una causa típica (es decir, que no varía nunca para esta clase de negocios) cual es el derecho de reembolso? Así pues, se diría, salvo que la misma Ley tipificase de esta manera el negocio de atribución patrimonial que comentamos concatenándole siempre un derecho de reembolso (si nada se dice sobre el particular), sería harto difícil admitir tal argumentación. En cuyo caso, ya no se trataría de un negocio atípico con causa genérica (en los términos que ya dejé explicados) sino de un verdadero negocio típico que siempre tendrá una misma causa objetiva: el reembolso tan citado.

Por tanto, y aparentemente, parece que esto supone un callejón sin salida, teóricamente hablando.

Sin embargo, yo siempre he pensado que esto es **una cuestión de INTERPRETACIÓN**; y así, los mismos argumentos anteriores pueden ser utilizados de manera reversible.

Es cierto que en la Legislación de Derecho Foral Aragonés, la tipicidad de estos o parecidos negocios de atribución patrimonial, la proporciona la misma Ley con un preciso precepto, no obstante regir allí la teoría del título y el modo y la Legislación Hipotecaria, cual es el art. 29. **PERO la cuestión es determinar si la** citada tipificación sólo la puede otorgar un preciso precepto expreso, o **si cabe una TIPIFICACIÓN INSTITUCIONAL** implícita o deducida de los preceptos que regulan toda una materia concreta.

Pues bien, si tenemos en cuenta todos los **artículos del C. Civil que tratan del REEMBOLSO** (1319, III; 1346, final; 1347, 4; 1352, II; **1358**; 1359; 1360; 1362, 1º. 2º y 1362 III; **1364**; 1373, II;' 1390; 1391; 1397, 3º y **1398**, 2º y 3ª) y se repasan los **casos en que se pueden formar patrimonios privativos a costa de bienes comunes** (1355; 1346, in fine y 1346-4º; 1352, 2º; 1356; 1357, 1º; 1359 y 1360), tal tipificación conceptual, nos parece teóricamente posible.

Y es que, si bien es cierto que cada uno de ellos, considerado aisladamente, obedece a un fin singular, no nos cabe duda que todos ellos tienden a concluir en **una finalidad general** (que insufla la Reforma del C.C. de 1981) cual es el interés de la **familia** y el **equilibrio** de las masas patrimoniales de los esposos, representado, en este último caso, por el D. de reembolso.

Se trata, pues, con el reembolso (naturalmente, cuando nada se diga de él expresamente) de **una tipificación institucional**, amparado en el conjunto del articulado que regula la materia. En efecto, ese "*reintegro*" (léase reembolso) de que habla el C. Civil, y especialmente sus **ARTÍCULOS 1358 y 1364**, del valor de lo aportado y a cuenta del caudal común, es evidente. Se trata de una "*deuda de valor*" contra la sociedad de gananciales y en favor del cónyuge aportante (véase el **artículo 1398-3ª**).

Pues parece claro que si un esposo aporta un bien privativo, y la donación NO se presume, lo habrá hecho a cambio de algo, que le tiene que deber el otro patrimonio, ya que resulta evidente que él no se puede pagar a sí mismo por su propia aportación. Así, el acuerdo de ganancialidad es operante, no sólo cuando claramente conste la causa de la atribución patrimonial, sino cuando la contraprestación sólo consta por presunción (porque no cabe otra posibilidad). No hay un signo contrario a la misma, sino todo lo contrario.

Entra así **la atribución de ganancialidad** en aquellos tipos de **pactos cuya significación negocial está trascendida por la relación jurídica básica**: la sociedad de gananciales y el interés de los esposos (un eco o reflejo de ello lo podemos también observar, por ejemplo, en el artículo 1320,1, que no se explica de otra manera, habida cuenta la titularidad del bien); pues, como ya comenté en mi anterior trabajo, nuestro C. Civil "*prevé, para algunos supuestos, ciertos mecanismos de equilibrio y una regulación residual típica y obligatoria (Ej. el D. de reembolso) entre los esposos que aseguren la estabilidad y los intereses familiares, impensables o inexistentes en otro tipo de contratación*".

En resumen, se trata de determinar, mediante la interpretación, si un negocio de aportación patrimonial que en principio es atípico en cuanto a su configuración causal, puede ser considerado como un negocio típico (por tipificación institucional) cuando la causa no se expresa, en el especialísimo caso de atribuciones

patrimoniales entre los esposos. De suerte que cuando se haga referencia expresa a que la sociedad conyugal queda deudora del oportuno reembolso al cónyuge aportante, mediante el reintegro del importe del bien aportado y previamente valorado, estaríamos ante un negocio de atribución atípico con causa genérica y expresa. Pero cuando nada se diga expresamente del reembolso, se omite su expresión, el negocio de aportación (siempre que se haya valorado, naturalmente, tal aportación) reviste una naturaleza típica con causa típica (= reembolso).

Se trata, en suma, de una cuestión de interpretación, que se puede aceptar o no.

Y si no se acepta (como parece) por nuestro Centro Directivo la tesis del "***reembolso obligado e inexcusable***" en estos casos, tendremos que asistir, como convidados de piedra, a una ortodoxia de transmisiones (onerosas o gratuítas) previas, que tienen todos los inconvenientes posibles (fiscales, fraudes... a los que después me referiré) y ninguna ventaja apreciable. Tan sólo cumplir escrupulosa y encorsetadamente con la teoría del "*título*" y el "*modo*", en donde el título, o negocio causal presupuesto de la transmisión, no es que no exista (existe y viene representado por el negocio jurídico de la aportación) sino que no aparece claramente causalizado. Es decir, cumplir con una formalidad costosa y de muy dudosa veracidad real.

Particularmente, **me opongo frontalmente** que para estos desplazamientos patrimoniales se haya que acudir a la donación o a la compraventa (antes dije algo al respecto y volveré a ello después). Y si de formalidades se trata, **todo este problema de las aportaciones queda resuelto causalizando simplemente éstas**, bastando para ello añadir a la fórmula que propuse en mi primer trabajo la siguiente o parecida frase: "*... haciendo constar expresamente que la sociedad conyugal queda deudora del oportuno reembolso al cónyuge aportante, mediante el reintegro del importe del bien aportado (y debidamente valorado), actualizado en el momento de la liquidación de aquélla*".

Así, se cumpliría con los dictados de la D.G.R.N. de que "*conste*" expresamente la causa de la atribución patrimonial, y no se tendría que echar mano de esa parodia de negocios antecedentes como la donación o la venta, de tan fantasmagórica realidad.

Pero **aclaremos** que una cosa es la teoría y otra la práctica; de manera que aunque en la práctica haya que atenerse a los criterios de nuestro Centro Directivo y utilizar una fórmula parecida a la aquí propuesta, en la teoría, se puede discrepar de ello, por entender que, se ponga o no la mencionada frase en las escrituras, eso no cambia la naturaleza de las cosas; y siempre será evidente, se diga o no, que la sociedad conyugal debe reembolsar tal importe.

No se trata, por tanto, de admitir negocios abstractos o de expresión abstracta, aunque algunos lo puedan legítimamente interpretar así; ni se trata de abolir la citada doctrina del título y el modo para transmitir la propiedad; sino de interpretar ésta de modo flexible en el concreto caso de que tratamos (cuando se trata de esposos con régimen económico matrimonial cierto).

Y que nadie se eche las manos a la cabeza. Pues ¿es que no se formalizan públicamente y se inscriben todos los días, reconocimientos de deuda, hipotecas unilaterales o en garantía de deudas ajenas?, ¿y qué de las promesas de pago o de la emisión de títulos u obligaciones al portador?, ¿y cuándo se trata de hipotecas de máximo o en garantía de obligaciones futuras, en donde hay una indeterminación en cuanto al crédito definitivo o en la misma obligación— cj. tutor—? Y eso, por no entrar en aquellos negocios con causa insuficiente, por la desproporción entre la finalidad perseguida y el medio empleado para ella, como las hipotecas con cláusulas abusivas, la venta con precio aplazado y condición resolutoria, el Leasing inmobiliario, y, en fin, el inagotable campo de los contratos de adhesión.

Y va a resultar ahora que el pobre negocio de aportación que comentamos, tiene más inconvenientes que todo lo anterior citado de cara a su validez, eficacia e inscripción en los Registros de la Propiedad, (volveremos después sobre la cuestión).

Sin embargo, antes de terminar este apartado, conviene hacer una última precisión.

LA CONFESIÓN.

En efecto, JOSÉ-MARÍA CHICO, comentando la Resolución de 25-Septiembre-1990 en su reseñado artículo, (que, según él: "*frena el desenfreno de estos singulares casos*") termina diciendo: "*Dicho negocio de atribución patrimonial no debe confundirse con la confesión de privaticidad*". Y tiene razón, PERO no en el sentido que él pretende.