

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Antonio Pau Pedrón.
D. José Poveda Díaz.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Joaquín Rams Albesa.
D. Francisco Corral Dueñas.
D. Juan Sarmiento Ramos.
D. Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.
D. Carlos Lasarte Alvarez.
D. Antonio Manuel Morales Moreno.
D. Angel Rojo Fernández-Río.
D. Juan Luis Iglesias Prada.
D. Fernando Curiel Lorente.
D. Francisco Javier Gómez Gállico.
D. Juan María Díaz Fraile.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. Antonio Pau Pedrón.
D. Fernando Curiel Lorente.
D. Manuel Amorós Guardiola.

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Tel. 91 411 26 28

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

I.S.S.N.: 0210-0444

I.S.B.N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

SUMARIO

ESTUDIOS

Págs.

«La hipoteca constituida sobre una finca (solar) sobre la que existen edificaciones no declaradas ni mencionadas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario», por INMACULADA SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA	3097
«El procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: una primera aproximación a sus particularidades», por JUAN JOSÉ JURADO JURADO	3143
«Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales (Parte 1.ª: Configuración del fenómeno)», por M.ª DEL CARMEN CORRAL GUÓN	3325
«El régimen económico matrimonial y el Registro de la Propiedad», por ANA M.ª SANZ VIOLA	3389

DICTAMENES Y NOTAS

«La falta de amor conyugal, ¿es causa de separación en el Ordenamiento Jurídico-Civil español?», por AURELIA M.ª ROMERO COLOMA	3417
«Estimación de la reclamación extrajudicial como causa de interrupción de la prescripción extintiva de acciones en el ámbito mercantil. La nueva doctrina de la Sala 1.ª del TS (Sentencia de 31 de diciembre de 1998)», por JUAN MANUEL MURILLAS ESCUDERO	3429

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	3451
--	------

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	3461
II. Resoluciones de la Dirección General:	
A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por FERNANDO CURIEL LORRENTE	3465
B) Resoluciones comentadas, por JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA y MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	3474

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:

a) Derechos reales, por ELENA MÚGICA ALCORTA	3511
b) Obligaciones y contratos, por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE, e ISABEL MORATILLA GALÁN	3527
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	3540

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Diccionario de jurisprudencia registral», de FRANCISCO SENA FERNÁN- DEZ, por JOSÉ M. ^a CORRAL GUÓN	3551
«Historia del Colegio de Registradores», de ANTONIO PAU PEDRÓN, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	3553
«Curso de Derecho Mercantil (Tomo I)», de RODRIGO URÍA y AURELIO MENÉNDEZ, por MANUEL CASERO MEJÍAS	3556
«Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación», de ANGEL CARRASCO PERERA y otros, por ANTONIO GARCÍA CONESA	3564
«Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho», de JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	3566
«La obligación real en el Derecho de Bienes», de GERMÁN DE CASTRO VÍTORES, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	3569

REVISTA DE REVISTAS , por LA REDACCIÓN	3573
---	------

ESTUDIOS

La hipoteca constituida sobre una finca (solar) sobre la que existen edificaciones no declaradas ni mencionadas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.—II. SOLUCIONES OFRECIDAS POR LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. EXPOSICION Y CRITICA: 1. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS: AQUELLO SOBRE LO QUE RECAE LA HIPOTECA (OBJETO) Y AQUELLO A LO QUE SE EXTIENDE LA MISMA (EXTENSIÓN). 2. CRÍTICA.—III. NUESTRA OPINION.—IV. CONCLUSIONES.—JURISPRUDENCIA CONSULTADA: CIVIL. REGISTRAL.—BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

ABREVIATURAS

AA:	Actualidad Administrativa.
AC:	Actualidad Civil.
ADC:	Anuario de Derecho Civil.
AAMN:	Anales de la Academia Matritense del Notariado.
AASN:	Anales de la Academia Sevillana del Notariado.
ArC:	Aranzadi Civil.
BCER:	Boletín del Centro de Estudios Registrales de Granada.
BCNG:	Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada.
BCNR:	Boletín de Información del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.
BCEHC:	Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña.
BCR:	Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad.
BIAGN:	Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado.
BOE:	Boletín Oficial del Estado.
CC:	Código Civil.
CCJC:	Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil.
CDJ:	Cuadernos de Derecho Judicial.
CEMCI:	Centro de Estudios Municipales y Cooperación Interprovincial.

CER:	Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad.
CIDR:	Congreso Internacional de Derecho Registral.
DGRN:	Dirección General de los Registros y del Notariado.
GRAMMA:	Revista de Grafología y Ciencias Afines.
HPE:	Hacienda Pública Española.
IJ:	Información Jurídica.
PJ:	Poder Judicial.
RAP:	Revista de Administración Pública.
RCDI:	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RDN:	Revista de Derecho Notarial, luego Revista Jurídica del Notariado.
RDP:	Revista de Derecho Privado.
RDPatr:	Revista de Derecho Patrimonial.
RDU y MA:	Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente.
REDF:	Revista Española de Derecho Financiero.
RJN:	Revista Jurídica del Notariado. Nos referimos a la española, antigua RDN, y distinta de la RJNA, de edición sudamericana.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Preocupados por la hipoteca y por la necesidad de aclarar las reglas referidas al contenido de la mencionada garantía, hemos elegido en esta ocasión el tema que se refiere a los problemas que suscita la *hipoteca de bienes edificados; es decir, la hipoteca que recae sobre una finca (solar) ya edificada cuando se aporta en garantía hipotecaria, con la particularidad de que la edificación que sobre la misma existe no ha sido declarada en el Registro de la Propiedad y tampoco ha sido mencionada o descrita en la escritura de constitución del préstamo hipotecario*.

El estudio que proponemos, a pesar de lo que a primera vista pareciera, tiene una proyección no sólo dogmática, la relativa a la aplicabilidad o no, para el tratamiento del tema, de las normas que se ocupan de la extensión objetiva de la hipoteca o de las que se refieren al objeto de la mencionada garantía, sino también práctica, a la vista de los diferentes efectos que una u otra solución proyectan sobre el tema en cuestión.

Es cierto que, por regla general, en la gran mayoría de las ocasiones las partes que conforman el crédito hipotecario (acreedor hipotecario y deudor hipotecante o hipotecante no deudor) describirán en la escritura de constitución de la hipoteca la finca en el verdadero estado en que se encuentra en el momento en que es aportada en garantía hipotecaria. Normal también será que de estar edificada dicha edificación haya sido declarada con carácter previo, o al menos de forma simultánea.

Y es que resulta no sólo aconsejable sino conveniente hacer constar en la escritura de constitución del préstamo hipotecario la existencia o no de dichas edificaciones porque este hecho hará más

fácil probar, llegado el momento de ejecutar la hipoteca, si el referido edificio era existente o nuevo. La importancia práctica que de este hecho se deriva se advierte a la vista del diferente trato ofrecido por el legislador hipotecario a las sobre o subedificaciones que se realizan sobre el edificio ya existente (respecto de las cuales se proclama la extensión objetiva natural, ex art. 110.1 LH), a las edificaciones ya existentes (respecto de las cuales, según estamos defendiendo, la hipoteca recae sobre ellas por formar parte del objeto inicialmente hipotecado) y a las nuevas edificaciones no afectas a la garantía hipotecaria salvo que medie pacto expreso de extensión (ex art. 110.1 *in fine* LH). Así lo ha puesto de relieve, de forma reiterada, la jurisprudencia registral —en las *Resoluciones de la DGRN de 6 de febrero de 1986 (RJ 1008)* (1) y *26 de abril de 1999 (RJ 2971)* (2)— y civil —en SSTs como la de *8 de julio de 1997 (RJ 5790)* (3) y la *sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 2 de marzo de 1993 (AC 321)* (4).

(1) «...es conveniente hacer constar la existencia del edificio, pues de esta manera queda correctamente delimitado si la vivienda se construyó antes o después del otorgamiento de la escritura, y por lo tanto si es extensible o no la hipoteca, conforme lo dispone el artículo 110-1 de la Ley Hipotecaria»; la *sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 16 de marzo de 1998 (AC 3923)* («...efectivamente se ha acreditado en la prueba practicada y obrante en autos que la nave fue construida con anterioridad a la constitución de la hipoteca, siendo indiferente que la finca constase inscrita en el Registro sin especificación de la misma, alcanzando a ésta la hipoteca de acuerdo con lo previsto en el artículo 110, núm. 1 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946/342, 886 y NDL 18732) sobreponiéndose la situación de hecho al contenido del Registro» (Fundamento de Derecho SEGUNDO).

(2) «La sentencia recurrida, que hace suyos, en parte, los argumentos que se esgrimen en la contestación a la demanda, no obstante, la aceptación por el demandado de los puntos básicos de la demanda, pone especial énfasis para llegar a la desestimación de la demanda, en la falta de «declaración de obra nueva» que considera imprescindible entendiendo que «jurídicamente no existe la cosa, en este caso la casa edificada sobre las dos parcelas que se tienen pro indiviso», criterio que no cabe sostener ya que las formas vacías de contenido se convierten en insostenibles ficciones cuando niegan la realidad material, pues ya estableció la STS de 9 de mayo de 1995...» (Fundamento de Derecho SEGUNDO).

(3) «Ciertamente que las mejoras realizadas por el hipotecante después de la constitución del gravamen pueden plantear dudas sobre si se extiende a las mismas la hipoteca ejecutada (y, consiguientemente, si han de entenderse incluidas en la adjudicación realizada, pese a lo previsto en el auto de adjudicación), pero se trata en todo caso de cuestiones que el Registrador ha de resolver atendiendo a la naturaleza específica de las mejoras realizadas, y a las previsiones legales y contractuales sobre la extensión del concreto gravamen, sin que pueda eludirlas amparándose en una pretendida indeterminación inexistente del auto calificado» (Fundamento de Derecho SEGUNDO).

(4) «...la identificación de una finca constituye dato de naturaleza fáctica y los efectos de las inscripciones no alcanzan a los datos físicos de las fincas, pues operan tan sólo en cuanto atañen a los derechos que en ellas se consignan, asegurando la existencia

Sucede en ocasiones, las menos, que el propietario de una finca edificada, cuya edificación no ha declarado en el Registro de la Propiedad, cuando se ve en la necesidad de solicitar un préstamo con garantía hipotecaria y no tiene más remedio que aportar en garantía de dicho préstamo la finca referida, omite cualquier referencia a la edificación sobre ella existente en la escritura de constitución de la hipoteca. Las razones que le pueden llevar a realizar dicha omisión son, entre otras, las siguientes: *a)* o bien, porque no había declarado la edificación con la intención de evitar sufragar los gastos fiscales relativos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados a que está esta modificación jurídico-real (la obra nueva) (5); *b)* o bien, porque la constitución de dicho edificio había sido realizada sin obtener del Ayuntamiento la oportuna licencia de edificación (6), o porque dicho edificio resultaba ilegal con arreglo a la normativa urbanística (7).

Pues bien, descrita la finca en el Registro de la Propiedad como un solar ineditado, proceden las partes a transcribir en la escritura de constitución del préstamo hipotecario dicha descripción registral (8).

En este supuesto que, insistimos, no constituye la regla general, pero ya se ha planteado ante el Tribunal Supremo, siendo el valor de la finca, tal cual

y contenido de los derechos reales inscritos, pero sin garantizar los datos de mero hecho relativos a la descripción de las fincas, como lo concerniente a la extensión de los predios» (Fundamento de Derecho TERCERO).

(5) Sobre esta cuestión, vid., PABLO ESCOBAR, L. DE, «Normativa de los derechos de registro e hipoteca en la Comunidad y el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados», en *HPE*, 1985 (96), págs. 229-225; RODRIGO RUIZ, M. A., «Tributación del derecho real de hipoteca en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales», en *REDF*, 1979, 23, págs. 7-9.

(6) Sobre la problemática que plantea el acceso al Registro de la Propiedad de las edificaciones construidas sin licencia e incumpliendo el ordenamiento urbanístico, vid., CORVINOS BASECA, P., «La declaración de obra nueva, el derecho a la edificación y la disciplina urbanística», en *RDU y MA*, núm. 165, 1998, págs. 13-50, y GARCÍA MAS, F. J., «Urbanismo: comentarios al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (en especial lo relativo a las obras nuevas y parcelaciones), en *RCDI*, núm. 645, 1998, págs. 317-352.

(7) Téngase en cuenta la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (*BOE* núm. 89, de 14-3-1998) y el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística (*BOE* núm. 175) [sobre dichas reformas, vid., la referencia bibliográfica que expusimos en nuestro trabajo de investigación, *La hipoteca de bienes...*, *cit.*, págs. 31, notas 12 y 32, nota 13 (respectivamente)]. Téngase en cuenta también la reciente Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (sobre este tema, vid., GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Editorial Cívitas, S. A., Madrid, 1999).

(8) A la vista de la normativa sobre colaboración existente entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico —Real Decreto de 29 de

consta inscrita en el Registro, suficiente para garantizar la cuantía del crédito garantizado, queda absolutamente justificado que la entidad de crédito se despreocupe, *a priori*, de la «actualización» de la descripción registral. Al fin y al cabo, la edificación existente sobre la finca que se aporta en garantía hipotecaria no hace sino incrementar la garantía de cobro del crédito concedido, que es lo que a la entidad financiera le preocupa.

El tema exige tratar de resolver el problema teórico-práctico que dicho supuesto plantea llegado el momento de ejecutar la hipoteca: determinar qué va a pública subasta, quién y sobre qué cobrará con preferencia y si el adjudicatario de la finca edificada valorada y tasada, indebidamente, como inedicada (9), resulta enriquecido injustamente al apropiarse, por virtud del principio de accesión, de una edificación cuyo valor no fue contemplado en la tasación.

Cuestiones, todas ellas, que recibirán una u otra respuesta en función de que las edificaciones ya existentes sean consideradas como un problema de objeto —tal es el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel (AC 90)— o desde las reglas clásicas de la extensión —tal es el caso, entre otras, de la *Resolución de la DGRN de 21 de febrero de 1995 (1735)*, las *SSTS de 10 de junio de 1995 (RJ 4915)*, *15 de diciembre de 1997 (RJ 8980)* y la *sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 16 de marzo de 1998 (AC 3923)*—.

En todo caso y al margen de compartir la opinión de que la problemática que plantea la hipoteca de bienes edificados debe ser resuelta desde las reglas del objeto de la hipoteca, pasemos a exponer cuáles son las soluciones que ofrece nuestra doctrina y jurisprudencia a los problemas que plantea la hipoteca constituida sobre una finca (solar) sobre la que existen edificaciones no declaradas ni mencionadas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario, haciendo una triple advertencia:

1.^a El tema que nos ocupa pone en juego intereses, principios y técnicas cuya equilibrada composición no resulta tarea fácil:

diciembre de 1994 (*BOE* 24-1-1995, núm. 20, pág. 2206)—, a la que nos referiremos puntualmente cuando ofrezcamos nuestra opinión.

(9) En ocasiones, la negligencia del perito tasador del procedimiento de apremio fue la que llevó a fijar en el tipo de la subasta hecho constar en la escritura de constitución del préstamo hipotecario la finca como inedicada a la vista de la inexistencia de la declaración de obra nueva de la edificación mencionada. Sobre esta cuestión, vid., la *STS de 16 de octubre de 1995 (RJ 7082)*, *relativa a la culpa contractual derivada del dictamen emitido por un perito tasador de bienes en procedimiento de apremio, sin acudir a comprobar su configuración física, a través de los datos registrales no coincidentes con la realidad*, en la que el Tribunal Supremo advierte las diferencias existentes entre el peritaje en el proceso declarativo y el peritaje en la vía de apremio como operación de tasación de bienes.

- Por lo que se refiere a los intereses: deben resultar compatibles los del deudor, consistente en evitar una infravaloración de su bien en la ejecución hipotecaria, con el del adjudicatario, de evitar sorpresas en cuanto a la propiedad adquirida (seguridad jurídica), así como los del acreedor, para quien un desmembramiento entre suelo y vuelo mermaría mucho su garantía.
- En cuanto a los principios: el principio registral de especialidad-determinación y el del carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca, no pueden entrar en contradicción con el principio civil de accesión, de modo que, delimitado cuál es el verdadero objeto hipotecado, el adjudicatario hará suya la edificación levantada sobre el suelo hipotecado.

2.^a Dejamos de lado ese otro supuesto, probablemente más frecuente en la práctica, en el que la edificación u obra nueva no ha sido declarada en el Registro pero sí ha sido mencionada expresamente en la escritura de constitución del préstamo hipotecario (10), porque la problemática práctica a que dicho supuesto da lugar ha sido debidamente resuelta por nuestra jurisprudencia civil y registral, como tendremos ocasión de comprobar más adelante.

3.^a Tampoco nos vamos a referir al supuesto inverso en el que *la obra nueva ha sido declarada en el Registro de la Propiedad, pero no ha sido descrita en la escritura de constitución del préstamo hipotecario*, porque, en este caso, escriturado sólo el solar, su pretendido acceso al Registro de la Propiedad chocará con la negativa del Registrador por cuando dicho asiento no cumple el principio registral de tracto sucesivo. No existe identidad entre el objeto inscrito (la finca inmatriculada) y el que consta en la escritura de constitución de la hipoteca. Este hecho obligará a realizar una rectificación de la escritura de hipoteca acomodando el objeto descrito a la finca que figura inscrita en el Registro de la Propiedad (a menos que se decida constituir previamente a la hipoteca un derecho real de superficie sobre la edificación, que la dejaría exenta de la afección hipotecaria, en la misma medida y duración del derecho real de superficie constituido).

II. SOLUCION OFRECIDA POR LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. EXPOSICION Y CRITICA

Es frecuente que nuestra jurisprudencia se deje llevar, al enfrentarse a este supuesto, por la comodidad de seguir las reglas relativas a la extensión obje-

(10) No nos referimos al supuesto de que la obra nueva esté declarada y conste en la escritura de constitución del préstamo hipotecario porque esta hipótesis no plantea en la práctica problema alguno desde el punto de vista del derecho real de hipoteca y del cumplimiento de los principios hipotecarios.

tiva de la hipoteca, dada la aparente analogía entre una y otra cuestión —este es el caso de la *Resolución de la DGRN de 21 de febrero de 1995 (1735)* (11), la *STS de 10 de junio de 1995 (RJ 4915)* (12), y la *sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 16 de marzo de 1998 (AC 3923)* (13)—. Algo parecido ocurre en nuestra doctrina cuando los autores en el tema que nos ocupa califican las edificaciones ya existentes sobre la finca que se aporta en garantía hipotecaria como un elemento accesorio o pertenencia (DÍEZ GARCÍA) (14), o

(11) «...Esta concepción del edificio, como simple elemento descriptivo de las fincas urbanas, es la que subyace en las normas reguladoras de las circunstancias en las inscripciones extensas... y es también la que explica *la extensión objetiva de la hipoteca a los edificios ya existentes en la finca hipotecada (art. 110 de la Ley Hipotecaria)*. De este último precepto se deduce, en efecto, que es indiferente que en el momento de constitución e inscripción de la hipoteca la finca gravada conste inscrita en el Registro sin especificación del edificio, ya entonces levantado, porque también en este caso la hipoteca alcanza a la construcción, de modo que la situación de hecho se hipoteca al contenido del Registro y la obra se configura como un elemento accesorio de la finca urbana inscrita, respecto del cual es el aspecto fáctico, no el jurídico, el decisivo» (Fundamento de Derecho TERCERO).

(12) «*Si bien es cierto que en la escritura pública... no se hizo ninguna referencia al aeródromo privado existente sobre parte de dicha finca, no lo es menos que las edificaciones o instalaciones integradoras de dicho aeródromo no sólo no fueron excluidas de la hipoteca, sino que en el apartado a) de la estipulación tercera de la mencionada escritura pública las partes (entidad acreedora y deudor) pactaron lo siguiente: "Que la hipoteca se extenderá a cuanto determinan los artículos 109 y 110 de la Ley Hipotecaria y, además, en virtud de pacto expreso..., a los objetos muebles colocados permanentemente en la finca hipotecada y a todas las mejoras, edificaciones y obras de todas clases que existan o en adelante se realicen sobre todo o parte de la finca hipotecada..."*, dentro de cuyos términos, expresamente pactados, dada la amplitud de los mismos, en los que no se hizo reserva ni limitación algunas, han de entenderse comprendidas las edificaciones o instalaciones del aeródromo privado, como así lo entendió el Juzgado que conoció del correspondiente procedimiento judicial sumario seguido contra la finca rústica hipotecada...» (Fundamento de Derecho OCTAVO).

(13) «Se entiende, pues, que *la hipoteca se extiende a la nave* pero sin incluir la parte de terrenos de otra finca que no fue hipotecada, ni adjudicada; se reivindica por la parte actora un terreno y parte de una nave que es de su propiedad, porque es evidente que pese a una situación atípica como ésta, la hipoteca no se extiende más allá de los límites de la finca sobre la que se constituye, y por lo tanto sólo adquirió la propiedad de la parte de la nave que se encuentra en su finca» (Fundamento de Derecho SEGUNDO).

(14) *CCJC*, sentencia núm. 1.263, núm. 46, enero-marzo 1998, págs. 393-400, advierte: «Por todo ello, entiendo que la hipoteca en cuestión pasó a gravar, en mi opinión, toda la finca, de la que las nuevas plantas, al no existir división horizontal, no eran sino accesorios o pertenencias del inmueble hipotecado y, en esa medida, afectas por la garantía. Si lo que se hubiese querido hipotecar era solamente la parte de un edificio, el propietario hipotecante podría haberse ahorrado muchos problemas posteriores declarando, ya sea con carácter previo o simultáneo a la constitución del gravamen hipotecario, la obra nueva realizada y procediendo a la división horizontal del edificio, manifestando expresamente que su voluntad era ceñir la garantía a uno sólo de los elementos independientes del mismo».

le atribuyen el carácter de elemento integrante [ROCA SASTRE (15), DÍEZ PICAZO (16) y LLOPIS GINER (17)] referido a las reglas de extensión (18).

También hemos encontrado quienes acaban incluso excluyendo del alcance extensivo de la garantía hipotecaria este tipo de edificaciones, las ya existentes, otorgándoles un trato similar a las *nuevas* edificaciones, excluidas de las reglas de extensión objetiva natural de la hipoteca contenidas en el artículo 110 LH. Este es el caso de la llamativa e insólita *STS de 15 de diciembre de 1997 (RJ 8980)* (19) —criticada, entre otros, por DÍEZ GAR-

(15) *Derecho hipotecario*, t. VIII..., *cit.*, pág. 4, advierte: «Primordialmente la hipoteca recae sobre el *suelo* de la finca rústica o urbana, o sea, sobre el trozo de terreno encerrado dentro de la línea poligonal que la configura. Como elementos integrantes del mismo, a los que se extiende la hipoteca, pueden señalarse las *edificaciones* existentes al constituirse la misma».

(16) «Fundamentos...», *cit.*, págs. 241 y sigs., advierte: «las accesiones naturales constituyen con la finca un todo homogéneo y determinan una automática extensión objetiva, que produce su efecto no sólo en la esfera del dominio, sino en relación con cualesquiera otros derechos reales inmobiliarios».

(17) *Ob. cit.*, pág. 405, advierte: «La hipoteca deberá extenderse a las construcciones realizadas anteriormente a la constitución de la garantía real, para evitarlo el deudor dispondrá de unos medios jurídicos que de utilizarse se concretaría aún más el objeto de la hipoteca. Ello no obsta para que deba insistirse que los efectos registrales de esta garantía exigen una especial atención a la descripción registral y que deba ajustarse la realidad física extrarregistral a la descripción de la finca que figura en el Registro de la Propiedad».

(18) Téngase en cuenta las diferencias no sólo conceptuales sino prácticas a que nos llevan los diferentes términos aludidos: pertenencias y partes integrantes. Sobre el particular, *vid.*, la referencia doctrinal expuesta en nuestro trabajo *La hipoteca y los bienes...*, *cit.*, pág. 36 y las opiniones vertidas al respecto.

(19) Expongamos los hechos y las conclusiones de esta sentencia:

1.º La parte actora del procedimiento, «A», había constituido unas hipotecas sobre una planta baja de su propiedad en favor de «B». En el momento de la constitución de la hipoteca existían sobre dicha planta baja otros dos pisos (del edificio de la calle Colón) que no estaban en régimen de propiedad horizontal, también propiedad de la parte actora e hipotecante que no habían sido mencionados ni descritos en la escritura de constitución del préstamo hipotecario (cuyos términos fueron los siguientes: «Una casa sita en villa de Cheste, calle de Colón, núm. 46, de una superficie de sesenta y dos metros cuadrados, compuesta de sólo planta baja») ni estaban inscritos en el Registro de la Propiedad [el piso inferior corresponde a la finca registral, núm. 23, que da a la calle Cervantes, núm. 23 (finca núm. 8406)].

2.º Producido el impago de la deuda garantizada con la hipoteca, «B» procedió a ejecutarla por la vía del artículo 131 LH, adjudicándose a la parte demandada «C» (adjudicatario de la subasta), la planta baja y los dos pisos.

3.º Ante esta situación la parte actora «A», ante el Juzgado de Primera Instancia, tramitó juicio declarativo de menor cuantía, en el que suplicaba, entre otros extremos:

1. La declaración de propiedad de dos pisos construidos a sus expensas y que habían sido edificados sobre una planta baja que fue objeto de una garantía hipotecaria.

2. Que se condene a la parte demandada a estar y a pasar por dicha declaración y que se devuelva la posesión de dichos pisos, así como el mobiliario y enseres que en ellos se encontraban.

cía (20) y LLOPIS GINER (21)—, cuya doctrina jurisprudencial hoy es referida por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (22).

Criterios doctrinales y jurisprudenciales que, como vamos a intentar argumentar, son contrarios a la lógica registral y civil de este derecho real. Y es que, tal forma de proceder es, a nuestro juicio, francamente desacertada: en primer lugar, porque supone confundir, como ya hiciera el legislador hipotecario, el problema de la extensión objetiva con el de la delimitación del objeto (inicial) de la hipoteca, y en segundo lugar, porque tal confusión excede de lo puramente terminológico o conceptual, pues induce a soluciones prácticas inadecuadas.

3. Que en su defecto se pague al actor el importe o valor de lo reclamado, por habérselo apropiado el demandado enriqueciéndose injustamente.

4. Que se pague a la parte actora los daños y perjuicios que le ha ocasionado tal actitud.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en el sentido de declarar la propiedad de los referidos pisos a la parte actora «A», y condenar al demandado «C», a la devolución de la posesión junto con el mobiliario y enseres, así como al pago de los daños y perjuicios ocasionados. En defecto de lo anterior declarado se procederá a la condena en el pago del importe de lo reclamado.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Valencia estimó en parte el recurso en lo referente a la devolución del mobiliario y los enseres habidos en el piso o, en su caso, su importe, confirmando el resto de los pronunciamientos.

Interpuesto recurso de casación, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo lo desestima, salvo en la parte correspondiente a la condena en costas, diciendo:

«El texto del artículo 110 de la Ley Hipotecaria, como bien advierten las sentencias de esta Sala de 21 de diciembre de 1990 y 28 de febrero de 1991, en cuanto a la extensión de la hipoteca a las mejoras realizadas en la finca gravada que refiere la norma y lo prevenido en el artículo 1.877 del Código Civil, exige llevar a cabo interpretación integradora de los supuestos legales previstos, y ello impone contemplar una situación dinámica, que puede experimentar cambios y modificaciones, constante la hipoteca y cuyo estado final ha de precisarse al tiempo de su ejecución.

La lectura del referido artículo 110 permite alcanzar la conclusión de que la hipoteca se extiende sin necesidad de pacto a las situaciones en las que se produzca elevación de edificios, pero no cuando se trata de mejoras que consistan en nueva construcción de edificios donde antes no existían, que necesariamente se precisan por medio de pacto y han de reputarse expresa y totalmente excluidas. Ninguno de estos supuestos encajan en el supuesto litigioso, pues al tiempo de otorgarse la escritura de 23 de abril de 1986, ya estaban contruidos los pisos sobre la planta baja, que continuó integrada como finca registral independiente y también desde su consideración material, al configurar por sí misma propia unidad para acceder al tráfico jurídico, como lo acredita el hecho de haberse servido de garantía hipotecaria y operar posteriormente, lo que cabe también predicar para los pisos altos, facilitándose así su reivindicación por quien resulte titular legítimo, que en este caso... ha de atribuirse al actor del pleito» (Fundamento de Derecho PRIMERO).

(20) «Comentario a la sentencia de 15 de diciembre de 1997», en *CCJC*, sentencia núm. 1.263, núm. 46, enero-marzo 1998, págs. 393-400.

(21) «La extensión de la hipoteca a las construcciones realizadas antes de su constitución. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 15 de diciembre de 1997», en *RDP*, mayo 1999, págs. 399-410.

(22) *Derechos reales...*, vol. II, *cit.*, pág. 144, nota 5 bis.

1. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS: AQUELLO SOBRE LO QUE RECAE LA HIPOTECA (OBJETO) Y AQUELLO A LO QUE SE EXTIENDE LA MISMA (EXTENSIÓN)

Las palabras que mejor delimitan los conceptos que venimos manejando [los referidos al objeto (23) y los relativos a la extensión objetiva de la hipoteca], son las que, en su día pronunció ROCA SASTRE (24): «Dentro del concepto "extensión objetiva de la hipoteca" debe distinguirse entre *lo que sobre qué recae la hipoteca* y *aquello a lo que se extiende la misma*. La legislación hipotecaria se ocupa de lo segundo».

Y es que una cosa es determinar cuál es el «objeto hipotecado»; *aquello sobre lo que recae o sujeta «ab initio» la hipoteca*, desde el momento de la constitución del préstamo hipotecario (ex art. 106 LH) (25), contemplada la finca hipotecada en el estado en el que estuviese antes de constituirse la hipoteca; y otra bien distinta es determinar a qué bienes o mejoras se «extiende» la mencionada garantía llegado el momento de su ejecución [ex arts. 109-110 (26) (inter-partes) y 111-113 (respecto de terceros) LH].

(23) Son pocas las aportaciones relativas puntualmente a temas referidos al objeto de la hipoteca. Podemos destacar, entre otras, las siguientes: LLOPIS GINER, J. M., «El objeto de la hipoteca inmobiliaria (comentario al art. 106 de la LH)», en *RCDI*, núm. 617, julio-agosto 1993, págs. 831-861; BLASCO GASCÓ, F., *Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria (determinación legal y contractual del objeto de la hipoteca. La concurrencia de derechos sobre el objeto hipotecado)*. Doctrina y Jurisprudencia, Valencia, 1994; SAAVEDRA MONTERO, E., «Los derechos susceptibles de ser objeto de hipoteca y la extensión objetiva de la misma», en *AC*, núm. 3/13-19, págs. 41-80; *El objeto hipotecado y la extensión objetiva de la hipoteca*, Editorial Dykinson, Madrid, 1999.

(24) ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. VIII, 8.^a ed., revisada, ampliada y puesta al día, Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 1998, pág. 1, nota núm. 3.

(25) El tenor literal del precepto citado, *relativo al objeto de la hipoteca*, dice: «Podrán ser hipotecados: 1.º Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción. 2.º Los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes impuestas sobre los mismos bienes».

(26) El tenor literal de los preceptos citados, *relativos a la extensión objetiva*, dice: «La hipoteca se extiende a las acciones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los bienes hipotecados» (art. 109 LH). «Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados, juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario: 1.º Las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego, desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación y cualesquiera otras semejantes que no consistan en agregación de terrenos, excepto por accesión natural, o en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere. 2.º Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de éstos, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca, y, asimismo, las procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerlas hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados o, en defecto de convenio, en la forma establecida por los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil».

La distinción propuesta adquiere especial importancia cuando tratamos de distinguir dentro del concepto «edificación» aquéllas a las que se extiende la hipoteca de aquellas otras que recaen dentro del ámbito objetivo del gravamen hipotecario en cuestión. En este sentido, resulta correcto incluir bajo los dictados de las reglas de extensión objetiva natural de la hipoteca (ex art. 110 LH) a los edificios meramente proyectados (27) o que se encuentren en proceso de construcción (28) y a las elevaciones de edificios realizadas sobre los ya existentes (29); mientras que pueden incluirse bajo las reglas de extensión objetiva convencional o pactada (30) (ex art. 111

(27) Sobre este tema, vid., la *STS de 20 de marzo de 1992 (RJ 2213)* y la *sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 27 de julio de 1998 (AC 1722)*.

(28) Supuesto resuelto, por primera vez, por la *STS de 2 de enero de 1991 (RJ 101)* —a la que se remite, entre otras, la *STS de 28 de febrero de 1991 (RJ 1607)*. Sobre este tema, vid., DÍAZ FRAILE, J. M., y GARCÍA GARCÍA, J. M., «El tráfico jurídico-registral sobre los inmuebles “en construcción”. Crítica de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de marzo de 1997», en *RCDI*, núm. 641, 1997, págs. 1449-1471.

(29) Gran parte de nuestra doctrina manifiesta sus dudas a la hora de tratar de justificar el diferente trato ofrecido por el legislador hipotecario en las reglas de extensión objetiva legal de la hipoteca en el caso de la elevación de edificios respecto de los nuevos construidos. Así, desde quienes tratan de justificar la distinción legal (BARRACHINA Y PASTOR, *Comentario...*, t. III, *cit.*, págs. 76 y sigs.; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Comentario...*, ad artículo 1.877, t. II, *cit.*, pág. 1874; MASCAREÑAS, C. E., y PELLISE PRATS, B., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XI, Barcelona, 1979, pág. 72, nota 40; ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. VIII, *cit.*, págs. 4 y sigs.), hasta quienes la critican con contundencia (DORAL GARCÍA, J. A., *La fase de seguridad...*, *cit.*, págs. 251 y sigs.).

(30) Pacto que suele hacerse constar a modo de «cláusula de estilo» en la gran mayoría de escrituras de constitución de préstamos hipotecarios y que a pesar de no estar previsto expresamente por el legislador hipotecario es admitido como válido y positivo de forma casi unánime por nuestra doctrina (MORELL Y TERRY, J., *Comentario...*, t. III, *cit.*, págs. 721 y sigs.; MOELL, VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo...*, *cit.*, pág. 164; PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, 1993, pág. 440; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Comentario...*, t. II, *cit.*, págs. 1909 y sigs.; ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, *cit.*, pág. 4; CHICO Y ORTIZ, J. M.^a, *Estudios...*, t. II, *cit.*, pág. 1404), y jurisprudencia civil [*SSTS de 20 de febrero de 1973 (RJ 532)*, *6 de diciembre de 1985 (RJ 6322)*, *2 de enero de 1991 (RJ 101)*, *20 de marzo de 1992 (RJ 2213)*, *6 de abril de 1995 (RJ 3415)*, *10 de junio de 1995 (RJ 4915)*], y registral [*Resoluciones de la DGRN de 14 de marzo de 1987 (RJ 10212)*, *19 de enero de 1996 (RJ...)* y *19 de enero de 1998 (RJ 586)*].

(31) Sobre este tema, vid., nuestro trabajo de investigación, *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1996, y la jurisprudencia allí citada, a la que habría que añadir hoy, entre otras, la *STS de 18 de noviembre de 1998 (AC 2281)*, relativa a la existencia de un tractor colocado en la finca hipotecada para su explotación industrial y la falta de adscripción permanente del mismo a la finca, ya que era utilizada la maquinaria para la explotación de otras fincas, y la Resolución de la DGRN de 16 de noviembre de 1998 (RJ 24), relativa a la hipoteca inmobiliaria sobre la finca en que se ubica la maquinaria, con pacto de su extensión a cuanto permite el artículo 111 de la Ley Hipotecaria.

LH) (31) las nuevas edificaciones, excluidos de las reglas contenidas en el artículo 110 LH (32).

Edificios, distintos de los ya existentes, cuyo régimen jurídico aplicable es el siguiente:

- a) La garantía hipotecaria no se contrae a la materialidad de la finca y a los edificios sino que se extiende a los instrumentos y derechos que constituyen su dotación, formando lo que se denomina «el *patrimonio básico hipotecado*» (33) (siguiendo la terminología alemana de NUSSBAUM) (34) o «el *fondo íntegro del valor*» (siguiendo la terminología utilizada por HEDEMANN) (35).
- b) La finca es una entidad compleja de carácter no estático, sino dinámico susceptible de experimentar cambios y modificaciones o transformaciones constantes, tanto por obra de la naturaleza cuanto por la voluntad del hombre (SÁNCHEZ ROMÁN) (36).
- c) La expresión «extensión objetiva» no es unívoca, sino que debe coordinarse con la naturaleza de los bienes respecto de la que se

(32) No existe unanimidad en la doctrina a la hora de defender que el legislador hipotecario determina la regla de no extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones en el artículo 110.1 *in fine* LH. En este tema la doctrina se encuentra dividida: hay un importante grupo de autores que defienden y fundamentan dicha regla (MORELL Y TERRY, J., *Comentarios...*, t. III, *cit.*, págs. 723 y sigs. —a quien sigue MORELL, PALLES Y PUJALS, *Del préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca*, Barcelona, 1933, pág. 164; BONILLA ENCINA, J. F., «Algunas consideraciones sobre el artículo 79 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial», en *BCNR*, núm. 58, 1971, pág. 242; CANALES E IBÁÑEZ, N., *Legislación hipotecaria española*, t. II, Granada, s/f, págs. 194 y sigs.; CHICO Y ORTIZ, J. M.², *Estudios...*, t. II, *cit.*, págs. 1399 y sigs.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales...*, *cit.*, págs. 430 y sigs.; SAAVEDRA MONTERO, E., «La extensión de la hipoteca...», *cit.*, pág. 643). Otros, descontentos con las consecuencias a las que da lugar, se esfuerzan en matizarla, modalizarla y criticarla (ROCA SASTRE, R. M.² y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. IV-1.º, *cit.*, pág. 500, y DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *La fase de seguridad...*, *cit.*, págs. 249 y sigs.). Por último, los hay, incluso, que tratan de superar por vía interpretativa el tenor literal referido, defendiendo que el artículo 110.1 *in fine* LH, puede ser interpretado en el sentido de que la hipoteca se extiende de forma natural a la nueva edificación. Este es el caso de GALINDO Y DE VERA, L., y DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, R., *Comentarios...*, t. III, *cit.*, pág. 222 —a quien siguen, entre otros, BARRACHINA Y PASTOR, *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, t. III, Castellón, 1910, págs. 76 y sigs.; DÍAZ GONZÁLEZ, C., *Iniciación a los estudios de Derecho Hipotecario*, t. III, Madrid, 1967, págs. 62 y sigs., y RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «Algunas ideas...», *cit.*, págs. 909 y sigs.; *Las garantías del contratista de inmuebles*, Universidad de Jaén, 1995, págs. 91-92.

(33) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo que acogen el concepto «patrimonio básico hipotecado», en nuestro trabajo *La hipoteca y los bienes...*, *cit.*, págs. 56 y sigs.

(34) *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*, 1.ª ed., traducción española, Madrid, 1929, pág. 111.

(35) *Tratado de Derecho Civil*, t. II, traducción española a cargo de J. L. Díez Pastor y M. González Garriguez, Madrid, 1955, págs. 407 y sigs.

(36) *Derecho Civil*, t. III, 2.ª edición, Madrid, 1900, págs. 576 y sigs.

produce, así como con la titularidad dominical de los mismos, de ahí las reglas limitadas de la extensión objetiva de la hipoteca que prevé el legislador hipotecario en los artículos 112 y 113 LH para cuando el bien hipotecado ha pasado a manos de un tercero (37) han de ser tenidas en cuenta.

- d) La expresión «extensión objetiva» significa determinar, de entre todos los elementos y objetos existentes en la finca (solar) hipotecada, cuáles pueden ser en cada caso objeto de ejecución hipotecaria y quien y con qué preferencia cobrará su crédito respecto de ellos, una vez incumplida la obligación garantizada con tal derecho real (38). Por el contrario, «no extensión» no significa necesariamente que el bien en concreto no sea objeto de ejecución hipotecaria —mediante la constitución *ex lege* de un derecho real de superficie— (39), sino

(37) Prueba este hecho la consolidada jurisprudencia registral relativa a la eficacia limitativa del pacto expreso de extensión relativo a las nuevas edificaciones para cuando el bien hipotecado ha pasado a manos de un tercero y sea éste el que costee la nueva edificación [*Resoluciones de la DGRN de 23 y 26 de octubre de 1987 (RJ 7660 y 7661, respectivamente)*], según la cual: a) sin pacto expreso de extensión objetiva de la hipoteca a las nuevas construcciones, donde antes no las hubiere, entre las partes, la hipoteca se extiende a la elevación de los edificios, pero no a las mejoras que consistan en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere (art. 110.1 *in fine* LH); b) con pacto expreso de extensión objetiva de la hipoteca a las nuevas construcciones, donde antes no las hubiere, se extiende incluso a las nuevas construcciones de edificios (a pesar de que el art. 111 LH no contenga expresamente el supuesto). Será en virtud del principio de libertad contractual que preside cualquier tipo de contrato el que sirva para admitir comúnmente el pacto expreso de extensión, y c) haya o no pacto expreso de extensión objetiva de la hipoteca a las nuevas construcciones, donde antes no las hubiere, cuando la finca pasare a un tercer poseedor, no será extensiva la hipoteca ni a la mejora que consiste en la elevación de los edificios ni en nueva construcción, tratándose de mejoras costeadas por el nuevo dueño. En este mismo sentido se expresa la *STS de 5 de julio de 1990 (RJ 5778)*.

(38) En este sentido, RUIZ RICO-RUIZ, J. M., «Algunas ideas en torno a la extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones», en *RDP*, octubre 1993, *cit.*, pág. 906.

(39) En el debate que se llevó a cabo con ocasión de los trabajos preparatorios de la Ley Hipotecaria de 1861 entre los parlamentarios PERMAYER y ORTIZ DE ZÁRATE surgió esta hipótesis, al tratar de dar respuesta a qué ocurría en el supuesto en que no operase la extensión objetiva de la hipoteca en el caso de las edificaciones levantadas con posterioridad *llegado el momento de ejecutar la misma*. Una de las tesis que se manejó fue la que se basaba en defender la constitución *automática o ex lege de un derecho real de superficie sobre la edificación que no estaba afecta a responsabilidad hipotecaria*. Tesis que se basaba en la *disociación de titularidades jurídicas*: el suelo para el rematante y el vuelo para el deudor hipotecante o quien los haya adquirido a través de la constitución automática de un derecho real de superficie de carácter imperativo *llegado el momento de ejecución de la hipoteca*. En nuestra doctrina hay quienes como DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., (*Sistema de Derecho Civil*, vol. III, *Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 6.ª ed., Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1996, pág. 523), opinan que esta cuestión «hubiera requerido un mayor desarrollo, porque no aclara cuál

más bien que del importe obtenido por la realización del valor del inmueble la parte correspondiente al bien al que no se extiende la hipoteca no será entregada al acreedor hipotecario para la satisfacción de su crédito sino al propietario del bien —mediante la aplicación analógica del art. 113 LH— (40).

es la situación que se puede crear tras la edificación y tras la ejecución forzosa de la hipoteca. El adquirente en subasta adquirirá el dominio del solar y no la edificación, lo que deja en una situación de ambigüedad y de indefinición la situación de ésta». Por su parte, CHICO Y ORTIZ, J. M.^a, (*Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. II, 3.^a ed., puesta al día, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, 1994, pág. 1399), advierte que: «...en el caso de ejercitar la acción hipotecaria y como lo que se ha agregado no queda afecto a la hipoteca y salga a subasta, debe tener derecho preferente para el cobro del valor de lo construido el dueño del inmueble. Tema que no sólo es de indemnizaciones por el juego de la accesión, sino incluso de una constitución obligada de un derecho de superficie». Por último, hay quienes como BONILLA ENCINA, J. F. («Algunas consideraciones sobre el art. 79 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial», en *BCNR*, núm. 58, 1971, págs. 242 y sigs.) se limita a advertir los problemas y obstáculos que la carga real hipotecaria preexistente supondrá para la construcción y promoción de viviendas de protección oficial —obstáculo en la obtención de la calificación provisional exigida en el art. 79 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial que habrá de resolverse en el momento de la ejecución, constituyendo un derecho real de superficie—. A lo dicho añade cuáles serían las ventajas e inconvenientes de las distintas alternativas o posibles soluciones al problema, proponiendo la que ahora nos ocupa, de todo lo cual podemos deducir que muestra su inclinación sobre esta tesis.

(40) Opinión que compartimos junto a, entre otros: MOSCOSO DEL PRADO Y POZAS, J. (*Tratado de Legislación Hipotecaria y de inscripción del dominio y demás derechos reales inmuebles en España*, Valencia, 1875, págs. 304 y sigs.) cuando advierte: «hubiéramos querido ver establecida en este punto la misma distinción que la Ley hace entre el tercero y no tercero cuando se trata de mejoras, puesto que de mejora califica la edificación nueva... —y continúa diciendo—... hubiéramos tenido una regla equitativa, muy conforme con la extensión dada a la hipoteca por la voluntad misma de los contrayentes...»; GALINDO Y DE VERA, L., y DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, R. (*Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*, t. III, Madrid, 1880, reimpresión 1903, pág. 222), cuando dice: «llegado el caso de la enajenación del solar hipotecado, habría por fuerza de venderse la casa, y comenzarían así las dificultades materiales de averiguar el valor del uno y de la otra, y las legales (si el dueño resistiere la venta) de cómo armonizar los derechos del deudor que exige que no se enajene el edificio, que no estando hipotecado no debe venderse; y los del acreedor que sostiene, con razón, que estándole hipotecado el suelo, ha de enajenarse»; MORELL Y TERRY, J. (*Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, t. III, 2.^a ed., Madrid, 1928, págs. 728 y sigs., al afirmar que derivado del principio de justicia, la no extensión de la hipoteca a las nuevas construcciones, salvo pacto en contrario, permitiría considerar al propietario en relación a los objetos a los que no se extiende la hipoteca como un tercero; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, t. II, 2.^a ed., Madrid, 1986, pág. 425, nota 10 —opinión que ratifica en la actualización de esta obra editada por el Centro de Estudios Registrales, 1999, pág. 145, nota 11; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Comentario al Código Civil*, ad artículo 1.877, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1909; SAAVEDRA MONTERO, E., «La extensión de la hipoteca a las agregaciones de terrenos y a los nuevos edificios donde antes no los hubiere y su ejecución», en *AC*, núm. 28/8-14, julio 1996, pág. 643; BLASCO GASCÓ, F., *Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria (Determinación legal y contractual del objeto de la hipoteca. La concurrencia de derechos sobre el objeto hipotecado)*.

Por tanto, tratar de solucionar el tema que nos entretiene (el referido a los edificios ya existentes en el momento de constituir la hipoteca recayente sobre la finca que se aporta en garantía) bajo las reglas de extensión nos puede llevar a la desacertada conclusión —acogida por la *STS de 15 de diciembre de 1997 (RJ 8980)*— de que la hipoteca no se extiende a las edificaciones ya existentes no descritas ni declaradas. Solución que implica equiparar este supuesto de hecho distinto al que se refiere a las nuevas edificaciones.

2. CRÍTICAS

Los edificios ya existentes en el momento constitutivo en que es aportada en garantía hipotecaria la finca en cuestión, no plantean, creemos, un problema de extensión sino más bien tienen que ver con el objeto del derecho. Nos explicamos: estas edificaciones constituyen una «circunstancia temporal anterior y no posterior» al acto constitutivo de la hipoteca; lo que exige otorgarles un trato distinto. Corroboramos esta idea la *sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 20 de enero de 1999 (AC 90)* cuando al interpretar la cláusula de la escritura de constitución del préstamo hipotecario relativa a la extensión objetiva de la hipoteca advierte, con acierto, en el Fundamento de Derecho SEGUNDO, lo siguiente:

«...la cuestión litigiosa se concreta en el presente supuesto a la interpretación de la cláusula de la escritura de préstamo hipotecario relativa a la extensión de la hipoteca, para determinar si cuando la misma indica que “la hipoteca constituida se extenderá... a los edificios construidos en las fincas hipotecadas por los deudores o hipotecantes” se refiere a los edificios existentes en el momento de constitución de la hipoteca, como afirma el demandante, o a los que pudieran construirse con posterioridad, como sostiene la demandada...” —a lo que añade— «...la intención de los contratantes en la misma (refiriéndose a la cláusula que viene interpretando) fue la de extender la hipoteca constituida a las nuevas edificaciones que pudieran construirse sobre la finca hipotecada, y ello no sólo porque, como acertadamente expone la juzgadora de instancia en la sentencia recurrida, los términos en que se halla redactada la misma (“la hipoteca constituida se extenderá...”.) hacen referencia a una previsión de alcance futuro, y no a determinar la extensión de la misma al momento de su constitución, que se hubiera redactado en tiempo verbal de presente (se extiende, comprende) sino porque además, de otro modo, *si la intención de los contratantes*

Doctrina y Jurisprudencia, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 95 y sigs.; «Extensión objetiva legal de la hipoteca», en *RGD*, núms. 592-593, enero-febrero 1994, págs. 54-55.

hubiera sido la de incluir tan sólo las edificaciones existentes al momento de constituirse la hipoteca, no cabe duda que aquella cláusula no tendría sentido alguno, por cuando las edificaciones existentes, junto con la parcela sobre la que se ubican, eran precisamente las que constitúan el objeto del derecho constituido, sin que fuera necesario hacer referencia alguna a las futuras edificaciones, que en todo caso quedarían excluidas de aquél, en virtud de lo establecido en el artículo 110 de la Ley Hipotecaria, antes citado, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar en su integridad la resolución recurrida».

Sucede con este tipo de edificios lo mismo que ocurre con otros supuestos a los que el legislador hipotecario (y gran parte de la doctrina con él) ubica sistemáticamente en las reglas de extensión (art. 109-110 LH) cuando más bien deberían ser tratados, con mejor técnica, como supuestos respecto de los cuales la hipoteca «recae» desde el momento constitutivo. Así ocurre con:

- a) *Las accesiones naturales* que experimenta la finca en un momento anterior al momento constitutivo de la hipoteca (ex art. 109 LH) (41).
- b) *Los excesos o defectos de cabida* (ex art. 109 LH y 215 RH) consistentes en operaciones registrales que tratan de corregir los desajustes existentes entre la realidad registral y extra-registral; en cuyo caso, con dicha actuación no se está configurando una nueva y distinta finca de aquélla que inicialmente se hipotecó sino que la hipoteca recae sobre la total cabida de la finca tal cual consta en la realidad extra-registral. Así lo ha advertido con nosotros, gran parte de nuestra doctrina [DORAL GARCÍA (42), ROCA SASTRE (43), PUIG BRUTAU (44), CAMY SÁNCHEZ-CANETE (45), CHICO Y ORTIZ (46), BLASCO GAS-

(41) Advierte, con acierto, SAAVEDRA MONTERO, E., *op. cit.*, págs. 82 y sigs., que: «Si la accesión natural es anterior a la constitución de la hipoteca, no se plantea el problema de la extensión, pues “no se extiende la hipoteca”, sino que la hipoteca “recae o grava directamente las mismas desde su constitución”».

(42) *La fase de seguridad en la hipoteca*, Pamplona, 1967, págs. 254 y sigs.

(43) *Derecho Hipotecario*, t. IV-1.º, 7.ª ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1979, págs. 584-585.

(44) *Fundamentos de Derecho Civil*, t. III, *Derecho de Cosas*, vol. 3.º, *Prenda, anticresis. Hipoteca inmobiliaria y mobiliaria. Reserva de dominio. Venta fiduciaria. Anotación preventiva. Tanteo. Retracto. Opción. Censos*, 3.ª ed., Barcelona, 1983, págs. 131 y sigs.

(45) *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1993, págs. 6 y sigs.

(46) *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. I, 3.ª ed., puesta al día, Editorial Marcial Pons, S. A., Madrid, 1994, pág. 1445.

CÓ (47), CLEMENTE MEORO (48), SAAVEDRA MONTERO (49) y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (50)] y jurisprudencia [vid. la *STS de 1 de diciembre de 1917 (RJ T 141, núm. 182, págs. 848-857)*] (51). Y es que, insistimos: con precisión, lo que realmente ocurre es que se rectifica el número de unidades de la finca relativas a su extensión territorial. En sentido estricto podríamos decir que nada se incorpora, en tanto en cuanto toda la superficie estaba ya, existía en la realidad extra-registral discordante con la registral. Por tanto, este supuesto plantea un problema más de objeto que de extensión. Dicho exceso ya estaba sujeto al gravamen hipotecario que recaía, inicialmente, sobre la finca porque en realidad, el exceso de cabida es una operación formal, puramente registral, que no deriva de una modificación física («ampliación») de la finca, sino de la conveniencia de corregir la diferencia entre la cabida real actual y la descrita en el Registro de la Propiedad (52).

(47) «Extensión objetiva legal de la hipoteca», en *RGD*, núm. 592-593, enero-febrero 1994, pág. 40.

(48) «El tercer poseedor de bienes hipotecados como tercer adquirente», en *RGD*, núm. 579, diciembre 1992, págs. 11256 y sigs.

(49) *El objeto hipotecado y la extensión objetiva de la hipoteca*, Editorial Dykinson, Madrid, 1999, págs. 68 y sigs.

(50) *Derechos reales...*, t. II..., Madrid, 1999, págs. 143, advierte: «Quedan, pues, sujetos a la hipoteca que recae sobre una finca: a) La finca en sí misma, en toda su extensión, aunque el exceso de cabida (es decir, el dato de que la cabida era mayor) se haya hecho constar con posterioridad (cfr. art. 215 RH)...»

(51) «Que siendo la hipoteca una garantía, que sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad se constituye, teniendo sin duda en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.876 del Código Civil que así lo establece, y sus concordantes números 105 y 110 de la Ley Hipotecaria que lo ratifican y amplían, hubo de otorgarse el contrato de préstamo, consignado en la escritura pública de 3 de mayo de 1910, en el que el hoy recurrente en el concepto en que interviene, hipotecó especialmente para responder de la obligación restitutoria de la cantidad recibida, intereses y gastos que ocasionase la devolución, no sólo la única finca del Ardal, motivo de discusión, sino también, según pacto expreso autorizado por el citado artículo 110 de la Ley Hipotecaria, los objetos muebles y demás cosas a que el mismo hace referencia, considerándolos como parte integrante de aquella finca que se describe en su totalidad como una sola, con detallados, extensos y múltiples linderos en todos sus aires o perímetro, asignando a esa totalidad el precio alzado de 50.000 pesetas, ya que no hace referencia algún particular, ni aparte del terreno comprendido dentro de aquellos límites, ni a la casa cortijo, era de pan trillar y demás objetos que en la misma se contienen y expresa el contrato...» (Considerando PRIMERO).

(52) Téngase en cuenta que el precepto reglamentario (art. 215 RH) responde a la necesidad de defender la unidad rústica con la pretensión de hacer coincidir y aglutinar sus diversos aspectos materiales y formales, de lo que se deriva que los intereses particulares del propietario afectado por esta «extensión» vienen así a conectarse con el interés, de carácter económico-social, relativo al mantenimiento de la finca como una unidad económica que constituye a la vez una unidad jurídica.

- c) Algo similar sucede con las *indemnizaciones debidas por razón de los bienes hipotecados* a las que se refieren los artículos 109 y 110.2 LH. En esta ocasión, nada se *incorpora o añade física o materialmente al inmueble* inicialmente hipotecado, sino que más bien éste queda «sustituido» total o parcialmente como consecuencia del siniestro que sufre la finca hipotecada (53). Es, precisamente, porque el gravamen aún no ha vencido por lo que el legislador hipotecario determina, tratando de proteger los intereses del acreedor hipotecario, que opere la sustitución de una cosa por otra en el objeto del derecho de hipoteca con la consiguiente conversión legal de la hipoteca en una prenda sobre la cuantía indemnizatoria o sobre el derecho de crédito dinerario. En realidad, en este supuesto opera, como ya dijimos en otra ocasión (54), el principio de subrogación real que aplicado en estricta técnica jurídica daría lugar a la conversión *ex lege* de la garantía hipotecaria; lo que, en definitiva, no deja de ser una novación objetiva y no extensiva del mencionado gravamen.

Resolver el problema que plantean las edificaciones ya existentes como un problema de objeto nos va a exigir optar entre una doble alternativa, sobre la que profundizaremos a continuación: *a)* considerar que lo hipotecado es la finca tal cual consta en el asiento registral, en nuestro caso, inexistente; o por el contrario, *b)* considerar que el objeto inicialmente hipotecado es la finca tal cual existe en la realidad extra-registral en el momento de constituirse el mencionado gravamen real; como edificada (circunstancia esta que puede llegar a probarse, llegado el momento de sujeción).

III. NUESTRA OPINION

Acabamos de descartar como solución adecuada la propuesta mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia consistente en solucionar los problemas teórico-prácticos que suscita la hipoteca constituida sobre una finca sobre la que existen edificaciones no declaradas ni mencionadas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario, llegado el momento de su ejecución desde las normas de la extensión objetiva. Y es que otorgar un trato equivalente a los edificios nuevos, en construcción o meramente proyectados que cuenten con una licencia de edificación o a las sobreelevaciones o sube-

(53) Sobre las posturas que la doctrina hipotecarista ha defendido a la hora de determinar el verdadero fenómeno que se produce en estos supuestos, vid., nuestro trabajo *La hipoteca de bienes...*, cit.

(54) *La hipoteca de bienes...*, cit., págs. 170 y sigs.

dificaciones frente a los ya existentes en el momento constitutivo de la garantía hipotecaria nos resulta alejado de la realidad y carente de fundamento legal.

No creemos, por tanto, que sea el artículo 110 LH el que venga a dar respuesta a los problemas que plantean las edificaciones ya existentes porque, como hemos tratado de advertir, esta clase de edificios (los ya existentes) que existen físicamente pero cuya existencia jurídica se pone en tela de juicio, no constituyen una circunstancia temporal *ex post facto* ni una mejora que experimenta la finca que es aportada en garantía hipotecaria, porque ya se encontraban levantados sobre la finca en el momento constitutivo del gravamen hipotecario. Este hecho justifica, de entrada, un trato distinto a las edificaciones a las que se refiere el legislador hipotecario en el precepto referido.

Pero no quedan aquí las cuestiones interpretativas que este tema suscita. Máxime si centramos nuestra atención en dos hechos que concurren en el supuesto elegido y que dificultan, por arriesgadas, la opinión que venimos sosteniendo y que pronto vamos a argumentar. Nos referimos a la doble circunstancia:

- a) La descripción de la finca, en el momento constitutivo de la garantía hipotecaria, resulta coincidente con la descripción registral. Así ocurre en nuestro caso y en la práctica generalidad de las ocasiones como se infiere de la normativa por la que se reglamenta la práctica notarial en coordinación con el Registro de la Propiedad —aprobado por Real Decreto de 29 de diciembre de 1994 (*BOE* 24-1-1995, núm. 20, págs. 2206) (55)— a la vista del nuevo tenor literal de los artícu-

(55) Real Decreto que *deroga* la Orden 2-8-1993 (RCL 1993/2401) (Disp. Derog. 2.ª) y el Real Decreto 18-12-1992, núm. 1558/1992 (RCL 1993/394); *modifica* determinados artículos del Reglamento Notarial (RCL 1944/994; RCL 1945/57 y NDL 22309) e Hipotecario (RCL 1947/476, 642 y NDL 25952) y es *desarrollado* por la Instrucción de 2-12-1996 (RCL 1996/306) y cumplimentado, Disp. Adic. única, por la Resolución de 15-2-1996 (RCL 1996/653). Sobre este tema, vid., LANZAS GALVICHE, J., «El Real Decreto 1558/1992, de 28 de diciembre (RCL 1993/394), por el que se modifican determinados artículos de los Reglamentos Notarial (1945/57 y NDL 22309) e Hipotecario (RCL 1947/476, 642 y NDL 18733)», en *RCDI*, núm. 617, julio-agosto 1993, págs. 1115-1144; REBOLLO GONZÁLEZ, M. R., «La colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario [Comentario al Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre (RCL 1993, 394)]», en *Jur. CLM*, núm. 9, abril 1994, págs. 203-208; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1999]. CORVINOS BASECA, P., «La declaración de obra nueva, el derecho a la edificación y la disciplina urbanística», en *RDU y MA*, núm. 165, 1998, págs. 13-50, y GARCÍA MÁZ, F. J., «Urbanismo: comentarios al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (en especial lo relativo a las obras nuevas y parcelaciones)», en *RCDI*, núm. 645, 1998, págs. 317-352.

los 15 (56) (anexo tercero) y 175 (57) y 249 (58) del Reglamento Notarial.

Y es que, recordemos, en supuestos como éste en el que el valor de la finca, tal cual consta descrita en el Registro de la Propiedad, resulta suficiente para garantizar la cuantía del crédito garantizado es perfectamente posible que la entidad de crédito se despreocupe, *a priori*, de la «actualización» de la descripción registral por cuanto la edificación no hace sino incrementar la garantía del cobro del crédito concedido, que es lo que a la entidad financiera le preocupa.

- b) Pero además concurre el hecho de que realidad registral y extra-registral resultan discordantes. Fuera del Registro, lo que realmente existe es una finca ya edificada a pesar de que en la escritura

(56) «La designación de cargas, gravámenes o responsabilidades a que pueden estar afectos los bienes objeto del contrato se hará constar, en primer término, por lo que resulte de la declaración de la parte transmitente o de la que constituya un gravamen y, en segundo lugar, por lo que aparezca de los títulos o documentos que se exhiban al agente diplomático o consular. También podrán hacerse constar, cuando en ello estén conformes los contratantes, remitiéndose a lo que resulte de los libros del Registro de la Propiedad».

(57) «1. El Notario, antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de bienes inmuebles o de constitución de un derecho real sobre ellos, deberá solicitar del Registro de la Propiedad que corresponda la información adecuada, mediante un escrito con su sello que podrá remitirse por cualquier procedimiento, incluso telefax. El otorgamiento de la escritura deberá realizarse dentro de los diez días naturales siguientes a la recepción por el Notario de la información registral. 2. El Notario no estará obligado a solicitar dicha información... c) Cuando el adquirente del bien o beneficiario del derecho se declare satisfecho por la información resultante del título, de las afirmaciones del transmitente y por lo pactado entre ellos siempre que, además, haga constar la urgencia de la formalización del acto en la escritura que autorice y todo ello sin perjuicio de que el Notario podrá denegar su actuación si no considera suficientemente justificada la urgencia alegada o si alberga dudas sobre la exactitud de la información que posee el adquirente. 3. La solicitud de información, que podrá referirse a una o varias fincas, contendrá, además del nombre del Notario, su domicilio y número de telefax, la descripción de la finca o fincas con sus datos registrales y situación conocida de cargas, término municipal de su situación, extensión, linderos, con expresión, según los casos, del sitio o lugar en que se hallare si es rústica, nombre de la localidad, calle, plaza o barrio, el número, si lo tuviere, y el piso o local, si es urbana, y si fueren conocidos, los datos registrales de ellas y los del titular registral al menos los del transmitente».

(58) «2. El Notario remitirá el mismo día del otorgamiento, por telefax o por cualquier otro medio, al Registro de la Propiedad competente, comunicación, suscrita y sellada, de haber autorizado escritura susceptible de ser inscrita, que dará lugar al correspondiente asiento de presentación, y en la que constarán testimoniados en relación, al menos, los siguientes datos: d) La reseña identificadora del inmueble, haciendo constar su naturaleza y el término municipal de su situación, con expresión, según los casos... nombre de la localidad, calle, plaza o barrio, el número, si lo tuviese, y el piso o local, si es urbana...»

de constitución del préstamo hipotecario se ha descrito la finca, tal cual consta en el Registro de la Propiedad como ineditada. Por tanto, nos resta saber, llegado el momento de ejecutar la hipoteca, qué es lo que va a pública subasta: ¿la finca registral o, por el contrario, la finca en el estado en el que se encuentra en la realidad extra-registral?, o lo que es lo mismo, ¿cuál es el verdadero objeto hipotecado?, ¿quién se cobra con preferencia y respecto de qué: suelo y/o edificación?, ¿qué adquiere el adjudicatario, licitador o mejor postor?

Hecha esta doble advertencia pasemos a defender nuestra opinión, no sin antes exponer aquella otra de quienes, resolviendo el tema como un problema de objeto, entienden que lo realmente hipotecado es la finca registral, no la finca tal cual existe en la realidad extra-registral.

Compartir una u otra solución, referidas al objeto de la hipoteca, depende de cómo se interpreten los principios civiles y registrales que el tema pone en juego: los relativos al carácter constitutivo del derecho real de hipoteca, el principio de especialidad-determinación y los principios civiles de accesión y enriquecimiento injusto.

1. La primera tesis consiste en considerar que *el objeto de la hipoteca lo constituye la finca, tal cual consta descrita en el asiento registral respectivo, como solar sin edificación*. Descripción que coincide con la hecha constar en la escritura de constitución del préstamo hipotecario.

Algunas de las razones que militan en favor de esta primera tesis son las siguientes:

a) Tomando al pie de la letra el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca, característica que tipifica este derecho real y lo exceptuona de prácticamente todo el resto de derechos reales, significa que la hipoteca sólo nace con la inscripción registral y a partir de ésta produciéndose el efecto constitutivo de la inscripción registral que se retrotrae a la fecha del asiento de presentación que es registralmente su antecedente temporal y causa (59).

De lo dicho se deriva que el contenido del derecho real de hipoteca se refleja en la escritura de constitución del préstamo hipotecario. Título que con carácter constitutivo se hace constar en el asiento de inscripción del Registro de la Propiedad en el cual se ha de haber determinado o descrito no sólo el

(59) En este sentido, JORDANO FRAGA, F., *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, Editorial Comares, Granada, 1999, pág. 200, añade: «No existe, en cambio, porque la ley específicamente no la establece, retroactividad de la eficacia constitutiva de la inscripción registral a la fecha de la escritura pública del título constitutivo de la hipoteca».

ámbito extensivo de la mencionada garantía [arts. 109 y 110 (60) y 111 LH (61)] sino también el referido al objeto del derecho real en cuestión [ex arts. 104, 106 LH y 1.876 del Código Civil (62)].

Entendido así el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca resultan justificadas las palabras pronunciadas por PRESA DE LA CUESTA: «no podrá este derecho (el de hipoteca) tener vida sino en cuanto a todo aquello que consta en los libros registrales, con exclusión de lo que teniendo vida extra-registral carezca, sin embargo, de inscripción» (63).

b) Realizar una interpretación literalista del principio hipotecario de especialidad-determinación, exige tratar de *fixar o determinar*, con claridad, en el momento en que se constituye el préstamo hipotecario sobre qué bienes recae el gravamen hipotecario. En este sentido, advierte con acierto ROCA SASTRE (64) que: «En el sistema hipotecario español impera la norma de la determinación en lo relativo a la constitución y vida del derecho real de hipoteca inmobiliaria, ya sea en cuanto a la especialidad de los bienes hipotecados, sean uno o varios, respecto de un mismo crédito... Cuando dicha determinación hipotecaria o, más concretamente, la determinación de la responsabilidad hipotecaria, alcanza mayor importancia en nuestro ordenamiento cuando resulta afectar a *dos o más fincas*, sea *a priori*, cuando se ofrezcan dos

(60) En este sentido, CHICO Y ORTIZ, J. M.^a, *Estudios sobre...*, cit., págs. 1444-1445.

(61) Sobre los problemas se plantea el pacto de extensión objetiva de la hipoteca respecto de los bienes inmuebles por destino y la posible concurrencia o colisión con gravámenes mobiliarios, vid., entre otras, las *Resoluciones de la DGRN de 16 de noviembre de 1972 (RJ 4493)* y *16 de noviembre de 1998 (AC 24)* y las *SSTS de 13 de marzo de 1974 (RJ 976)*, *4 de diciembre de 1980 (RJ 4734)*, *14 de marzo de 1986 (RJ 1253)*, *3 de julio de 1987 (RJ 5047)*, *10 de mayo de 1989 (RJ 3750)*, *21 de diciembre de 1990 (RJ 10359)*, *28 de febrero de 1991 (RJ 1607)*, *10 de enero de 1992 (RJ 183)*, *15 de marzo, 6 de abril y 6 de mayo de 1995 (RJ 587, 3415 y 3933)* y *sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 18 de noviembre de 1998 (RJ 2281)*. Vid., RODRÍGUEZ HERRERO, A., *La hipoteca de bienes muebles registrales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, págs. 410 y sigs., y nuestro trabajo *La hipoteca y los bienes...*, cit., 1996, págs. 92, notas 18, 19 y 20.

(62) En opinión de CHICO Y ORTIZ, J. M.^a, *Estudios sobre...*, cit., págs. 1443 y sigs., este principio se exige únicamente por la doctrina que entiende que la aplicación práctica de dicho principio se traduce en la necesidad de que resulte absolutamente «individualizado» y «concretado», tanto el *objeto* (finca o derecho), de cuya inscripción se trate, como las personas que inscriben o son titulares de aquellas fincas o derechos.

(63) Este es, precisamente, el razonamiento que utiliza básicamente el Registrador de la Propiedad al calificar el título constitutivo de una hipoteca en el que se había hecho la existencia de una vivienda-chalet cuya obra nueva no había sido declarada en el Registro de la Propiedad; lo que en opinión de PRESA DE LA CUESTA, A., (*Comentario a la Resolución...*, cit., pág. 881), «tiene clara explicación cuando se trata del objeto del derecho (refiriéndose el autor al derecho real de hipoteca), pero no cuando se refiere a elementos a los que el derecho se extiende por disposición legal».

(64) ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. VIII..., cit., págs. 215 y sigs.

o más fincas, o derechos reales inmobiliarios para ser hipotecados en seguridad de un solo crédito y por negocio único, sea *a posteriori*, cuando después de constituida la hipoteca sobre una sola finca, ésta pasa a formar dos o más fincas separadas».

Como regla general, el asiento de inscripción comienza describiendo la finca que tiene por objeto (a tenor de los arts. 9 LH y 51 RH); lo que supone la expresión de todos sus datos o circunstancias que permiten su identificación conforme resultan descritas en los títulos presentados a inscripción.

Ahora bien, que la descripción del objeto hipotecado se exprese por lo que resulta de los títulos presentados a inscripción, implica la posibilidad de que la realidad no coincida, en todo o en parte, con lo que los interesados declararon —como ocurre en el caso resuelto por la *Resolución de la DGRN de 6 de febrero de 1986 (RJ 1008)*— y con la realidad extra-registral —como ocurre en el supuesto que nos ocupa resuelto, entre otras, por la *STS de 15 de diciembre de 1997 (RJ 8980)*—.

Esta discordancia entre realidad registral y extra-registral que constituye la «contaminación» de nuestro sistema inmobiliario registral, ¿en favor de quién ha de resolverse? Dicho en otras palabras, ¿qué sucede si hemos comprado o hipotecado una finca que conforme al Registro de la Propiedad es rústica y sin embargo en la realidad extra-registral pertenece a una unidad de ejecución que se está urbanizando?, o lo que es lo mismo, ¿qué ocurre si la finca adquirida aparece en el Registro de la Propiedad como un castaño cuando en la realidad existe una finca ya urbanizada, o viceversa?, ¿y si la finca aparece en el Registro con una cabida determinada y procedemos a medirla comprobando que mide más de lo que el Registro publica?, ¿y si hemos comprado un solar descrito en el Registro como inedificado cuando en la realidad existe sobre ella una edificación?

c) Lo dicho nos lleva, necesariamente, a interpretar de forma rígida y literal el recientemente reformado artículo 130 LH (cuyo tenor literal es fruto de la Disposición Final novena de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, *BOE*, núm. 7, de 8 de enero —Ley que, como sabemos, entrará en vigor en enero de 2001—), que dice: «El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y dado su carácter constitutivo sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo».

Siguiendo la línea interpretativa que postula defender esta tesis, se diría que en el procedimiento de pública subasta —en el que, como sabemos, se procede a identificar la finca de forma concisa, lo que obedece, de un lado, al propósito de abaratar el anuncio de la subasta (65) y a dar la idea lo más

(65) Opinión que expresa ORTIZ DE NAVACERRADA, S., «La reforma del artículo 131 de la Ley Hipotecaria por Ley 19/1986, de 14 de mayo», en *AC*, núm. 28, 23-29

precisa posible de lo que se saca a pública subasta y de lo que adquirirá el rematante (66)—, lo que el adjudicatario o mejor postor adquiere es la finca conforme ha sido descrita en el asiento registral; en nuestro caso, como ineditificada, porque la edificación no ha sido declarada ni con carácter previo ni de forma simultánea en la inscripción de la escritura de constitución del préstamo hipotecario.

Interpretados así los términos del precepto legal referido nos surgen, entre otras, las siguientes dudas: ¿qué ocurre con la edificación que sobre la misma existe?, ¿como consecuencia del procedimiento de ejecución hipotecaria se constituiría un derecho real de superficie en favor del dueño de lo edificado o más bien acudiríamos a la aplicación analógica del artículo 113 LH?

Pareciera que la única forma de resolver el conflicto aquí planteado sería acudir a un juicio declarativo ordinario en el que se solicitare que se declarase el derecho del adjudicatario a la edificación, que el titular anterior realizare las operaciones registrales oportunas para declarar la obra nueva o, subsidiariamente, que constituya un derecho real de superficie sobre lo edificado.

En todo caso, en nuestra opinión, de seguir esta tesis la ejecución de dicha hipoteca produciría, inevitablemente, una disociación en el precio de adjudicación de la subasta entre el crédito del acreedor hipotecario (recayente sobre el solar ineditificado, respecto del cual cobrará con preferencia) y el del deudor (que recae sobre el valor de lo edificado que quedaría fuera del alcance objetivo de la garantía hipotecaria). Solución análoga a la que adoptaríamos en el caso en que se ejecutara una finca hipotecada que ha experimentado mejoras o accesiones —inseparables sin quebranto de la materia o deterioro del objeto— a las que no se extiende la hipoteca, lo que no evita que a pública subasta se saque la finca, tal cual consta en la realidad extra-registral sin perjuicio de que el dueño de las accesiones o mejoras cobre con preferencia su importe con el precio del remate antes de satisfacer el crédito del acreedor hipotecario (art. 113 LH).

2. La segunda tesis consiste en considerar que *el objeto hipotecado lo constituye, ad initio, la finca, tal y como existe en la realidad extra-registral, ya edificado* (cuya edificación es anterior a la constitución de la hipoteca, hecho que se puede llegar a probar).

de junio de 1986, págs. 1830 y sigs. Téngase en cuenta que el referido artículo 131 LH ha sido modificado recientemente por la Disposición Final novena de la LEC de 2000.

(66) En este sentido, MONSERRAT VALERO, A., *El Procedimiento Judicial Sumario de Ejecución Hipotecaria (art. 131 LH)*, Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona, 1998, pág. 176.

Expongamos algunas de las razones que militan en favor de esta tesis, que es, en nuestra opinión, la más defendible y la que venimos sosteniendo a lo largo de estas páginas:

a) Defender esta tesis evita realizar una interpretación excesivamente literalista del carácter constitutivo de la hipoteca y del principio hipotecario de especialidad-determinación, lo que nos lleva a interpretar correctamente el alcance de la reforma operada en el precepto hipotecario (art. 130 LH por la reciente LEC). Nos explicamos:

a.1) *El carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca* hemos de entenderlo referido al derecho real de hipoteca no a su objeto; es decir, no a la descripción de los elementos objetivos sobre los que recae o a los que alcanza el contenido de la mencionada garantía. Lo que significa, aplicado a la hipoteca de bienes edificados, que hipotecado un solar descrito en el asiento registral y en la escritura de constitución del préstamo hipotecario como ineditado, dichas omisiones (la registral y la del contrato) no son razones suficientes para excluir del alcance objetivo de la hipoteca la referida edificación. Por el contrario, dicha edificación preexistente quedará afecta a la garantía de hipoteca porque respecto de ella las partes, pudiendo hacerlo, no realizaron las operaciones civiles y registrales oportunas para excluirla del alcance objetivo. En concreto, nos referimos a las posibilidades con que cuenta el deudor hipotecario que puede, o bien:

- dividir el edificio en régimen de propiedad horizontal procediendo a distribuir el gravamen hipotecario entre los distintos pisos y locales que conforman el edificio. Hipótesis factible para el caso en que lo edificado fuere un bloque de pisos, no así una vivienda-chalet, o,
- constituir, respecto de dicho edificio, un derecho real de superficie con carácter transitorio y no perpetuo, en favor de un tercero o del propio dueño del edificio (67) cuyo suelo pretende hipotecar. Hipótesis pensada para cuando lo edificado fuera una vivienda-chalet.

(67) Advierte GARCÍA GARCÍA, J. M. (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO y SILVIA DÍAZ ALABART, ad artículo 8, t. VII, vol. 3.º, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1999, pág. 407), que «En el caso del derecho de vuelo, cabe un derecho real sobre el mismo, pero siempre como paso previo para una propiedad futura de pisos o locales integrados en una propiedad horizontal u ordinaria y configurado también con un plazo limitado (cfr. art. 16.2 RH)».

Prueba el acierto de esta interpretación la doctrina sentada por gran parte de nuestra jurisprudencia civil (68) y registral (69), relativa al problema que plantea determinar si procede o no inscribir un derecho real de hipoteca que se ha constituido sobre una finca en la que se indica existe una vivienda-chalet a la que se extiende la indicada hipoteca, todo ello sin que haya tenido acceso a los libros registrales la correspondiente declaración de obra nueva del edificio construido, la *Resolución de la DGRN de 6 de febrero de 1986 (RJ 1008)* —comentada por PRESA DE LA CUESTA (70) y LLOPIS LLI-

(68) Vid., la *sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 2 de marzo de 1993 (AC 321)*, cuando dice: «...la identificación de una finca constituye dato de naturaleza fáctica y los efectos de las inscripciones no alcanzan a los datos físicos de las fincas, pues operan tan sólo en cuanto atañe a los derechos que en ellas se consignan, asegurando la existencia y contenido de los derechos reales inscritos, pero sin garantizar los datos de mero hecho relativos a la descripción de las fincas, como lo concerniente a la extensión de los predios» (Fundamento de Derecho TERCERO). En parecido sentido, la *sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 16 de marzo de 1998 (AC 3923)*, advierte: «...efectivamente se ha acreditado en la prueba practicada y obrante en autos que la nave fue construida con anterioridad a la constitución de la hipoteca, siendo indiferente que la finca constase inscrita en el Registro sin especificación de la misma, alcanzando a ésta la hipoteca de acuerdo con lo previsto en el artículo 110, núm. 1 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946/342, 886 y NDL 18732) sobreponiéndose la situación de hecho al contenido del Registro» (Fundamento de Derecho SEGUNDO).

(69) Vid., entre otras, la *Resolución de la DGRN de 23 de octubre de 1987 (RJ 7600)*, en la que se advirtió que resultaba innecesario declarar la obra nueva puesto que, registrado el solar o terreno, ha de considerarse como si estuviese registrado lo construido o plantado en él, es decir, inscrito lo principal se tiene por inscrito lo accesorio. Esto hace que la presunción general contenida en el artículo 38 LH coincida con esta regla. En parecido sentido, la *Resolución de la DGRN de 21 de febrero de 1995 (1735)*, a propósito de un supuesto de indivisión, advierte que: «no se pueden confundir los problemas registrales de la obra nueva no declarada con la realidad jurídico-civil», a lo que añade en los Fundamentos de Derecho SEGUNDO y TERCERO, respectivamente: «...Desde el punto de vista hipotecario las obras nuevas, lo mismo que las plantaciones de una finca rústica, no pasan de ser un elemento físico que completa la descripción registral de la finca. Sólo así cobra sentido la posibilidad de que aquéllas puedan inscribirse por su descripción en los títulos referentes al inmueble, es decir, como simple complemento a otro título inscribible»; «...Esta concepción del edificio, como simple elemento descriptivo de las fincas urbanas, es la que subyace en las normas reguladoras de las circunstancias en las inscripciones extensas... y es también la que explica la extensión objetiva de la hipoteca a los edificios ya existentes en la finca hipotecada (art. 110 de la Ley Hipotecaria). De este último precepto se deduce, en efecto, que es indiferente que en el momento de construcción e inscripción de la hipoteca la finca gravada conste inscrita en el Registro sin especificación del edificio y a entonces levantado, porque también en este caso la hipoteca alcanza a la construcción, de modo que la situación de hecho se hipoteca al contenido del Registro y la obra se configura como un elemento accesorio de la finca urbana inscrita, respecto del cual es el aspecto fáctico, no el jurídico, el decisivo».

(70) «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de febrero de 1986», en *RCDI*, núm. 574, mayo-junio 1986, págs. 878-882.

NER (71)— ha sentado la siguiente doctrina jurisprudencial: «No es requisito previo la declaración de obra nueva para constituir una hipoteca sobre una parcela, cuando en el título sólo se expresa la existencia de dicha vivienda en la descripción de la finca. La hipoteca se extiende a la vivienda ya construida» —y termina diciendo la Dirección General— «es conveniente hacer constar la existencia del edificio, pues de esta manera queda correctamente delimitado si la vivienda se construyó antes o después del otorgamiento de la escritura, y por lo tanto si es extensible o no la hipoteca, conforme lo dispone el artículo 110-1 de la Ley Hipotecaria».

Y es que, «Si lo que se hubiese querido hipotecar fuera solamente la parte de un edificio, el propietario-hipotecante podría haberse ahorrado muchos problemas posteriores declarando, ya sea con carácter previo o simultáneo a la constitución del gravamen hipotecario, la obra nueva realizada y procediendo a la división horizontal del edificio, manifestando expresamente que su voluntad era ceñir la garantía a uno solo de los elementos independientes del mismo. Y es que parafraseando a ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (Derecho Hipotecario, IV, 1.º, edit. Bosch, Barcelona, 1979, pág. 586, núm. 1), «cuando lo que se quiere hipotecar es únicamente una porción de la finca, se impone la segregación de la misma»» (72).

a.2) La versión registral del *principio de especialidad-determinación* significa que no se puede hipotecar media finca o parte de una finca registral sin proceder de forma previa a la oportuna segregación o división horizontal de la entidad hipotecaria. Dicho en palabras de ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (Derecho Hipotecario, IV, 1.º, edit. Bosch, Barcelona, 1979, pág. 586, núm. 1), «cuando lo que se quiere hipotecar es únicamente una porción de la finca, se impone la segregación de la misma».

Por ello, creemos, junto a la jurisprudencia que así lo reitera (73), que ni la escritura pública ni el Registro de la Propiedad pueden desvirtuar la realidad extra-registral; lo que significa que si fuera del registro lo que realmente existe es una finca edificada, la omisión de dicha edificación o la falta de descripción de la misma en el Registro de la Propiedad no hacen sino «contaminar el Regis-

(71) «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de febrero de 1986», en *RGD*, núm. 42-3, 1986, págs. 2821-3823.

(72) En este sentido, DÍEZ GARCÍA, H., *Comentario...*, cit., pág. 400.

(73) Vid., entre otras, las *SSTS de 30 de noviembre de 1991 (RJ 8521)*, de 30 de septiembre de 1992 (*RJ 7418*) y *Resoluciones de 8 de julio de 1997 (RJ 5790)*, de 6 de febrero de 1986 (*RJ 16 de diciembre de 1994*), comentadas por MARTÍN MARTÍN, J. A., *Comentarios...*, ad artículo 9, t. VII, vol. 3.º, cit., págs. 527 y sigs.

tro» por la inadecuación existente entre realidad registral y extra-registral. «Contaminación» que, lógicamente hay que resolver en favor de la realidad física extra-registral. Y es que podemos concluir afirmando que el hecho de que la hipoteca se constituya sobre el asiento registral constituye la debilidad o contaminación de nuestro sistema registral.

a.3) Lo dicho nos lleva a concluir que el tenor literal del artículo 130 LH, antes transcrito, debe ser interpretado en el sentido de entender que cuando el legislador se refiere con la expresión «...sobre la base de los extremos contenidos en el asiento» está haciendo alusión al contenido del derecho, no a la descripción del objeto. Es decir, en el Registro de la Propiedad puede aparecer como contenido del derecho real de hipoteca la extensión objetiva y subjetiva del gravamen, el conjunto de facultades sobre las que recae la hipoteca, la cuantía a la que asciende el crédito hipotecario, etc., pero no todos y cada uno de los elementos descriptivos sobre los que recae el mencionado derecho real, porque como hemos podido comprobar hay ocasiones, y no son las menos, en las que realidad registral y extra-registral no coinciden.

b) Además, seguir esta tesis supone lograr evitar que los principios hipotecarios antes citados entren en contradicción con el juego que proporciona el principio civil de accesión. Principio que aplicado a la hipoteca de bienes edificadas recobra toda su importancia como modo de solucionar los intereses en conflicto.

Defender que la finca hipotecada junto a la edificación sobre ella levantada constituyen un «todo inescindible» no resulta alejado de las reglas que informan el principio de accesión (74), pero tampoco desde la más estricta aplicación de las características que tipifican y reglamentan el derecho real de hipoteca. Distinto será el problema teórico-práctico que plantea al adjudicatario el hecho de obtener una edificación no declarada teniendo en cuenta que hoy la declaración de obra nueva posterior exige realizar unos controles judiciales, administrativos y urbanísticos dignos de consideración, que pueden

(74) Sobre este tema, vid., las aportaciones que nos ofrece CARRASCO PERERA, A., *Ius aedificandi y accesión (La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos)*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1986; «Comentario a la sentencia de 27 de noviembre de 1984», en *CCJC*, 1985, págs. 2205-2214; «La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica», en *RDJ*, 1996, págs. 876-912; NAVAS NAVARRO, S., «La accesión industrial (especial atención al Derecho catalán)», en *ADC*, 1995-I, págs. 84 y sigs.; ALVAREZ OLALLA, P., «La accesión invertida. Líneas jurisprudenciales», en *Aranzadi Civil*, 1996-III, págs. 86-118.

llevar al Registrador de la Propiedad a denegar al adjudicatario del edificio realizar la oportuna declaración del mismo.

Hecha esta advertencia, insistimos: si se pretende excluir de la responsabilidad hipotecaria parte de ese «todo inescindible» (por ejemplo, la edificación), las partes tendrán que constituir un derecho real de superficie sobre lo edificado o dividir el piso en régimen de propiedad horizontal y distribuir la garantía hipotecaria entre los distintos pisos y locales que conforman el edificio hipotecado. A *sensu contrario*, ¿qué alcance práctico tendría el pacto expreso en virtud del cual se determina que declarado el edificio las partes del crédito hipotecario deciden que la hipoteca recaiga sólo sobre el solar excluidas las edificaciones sobre el mismo existentes? En nuestra opinión, la finca no puede hipotecarse «parcialmente» (sin la edificación), salvo que de querer hacerlo se realicen las operaciones civiles y registrales antes descritas.

Llegados a este punto, tan sólo nos resta saber si al tiempo de constituir el gravamen hipotecario, el tipo o tasación realizada se hizo tomando en cuenta la edificación o, por el contrario, el perito tasador lo hizo considerando la finca como inedicada, tal como consta en el Registro de la Propiedad y en el título constitutivo. Determinar con claridad y precisión esta cuestión es un dato de enorme importancia a la hora de preguntarnos si el adjudicatario o licitador de la subasta, que como sabemos puede resultar siéndolo el propio banco o un tercero, resulta enriquecido injustamente o sin causa que lo justifique; en cuyo caso el deudor hipotecario tendrá derecho a ser compensado por el enriquecimiento patrimonial experimentado por el adjudicatario equivalente al empobrecimiento del propietario de la finca edificada hipotecada.

Y es que, en el supuesto de hecho que venimos exponiendo no se plantea un problema de titularidad. Más bien hemos de tratar de solucionar el desequilibrio económico creado por el flujo de valores patrimoniales en juego. Nos explicamos: *a)* que el propietario-deudor hipotecario construya una edificación sobre la finca que a pesar de haber sido aportada en garantía hipotecaria sigue siendo de su propiedad, es perfecto desde la lógica y el contenido del derecho de propiedad en general y urbana, en particular, dada su vocación edificatoria; *b)* que ejecutada la hipoteca el adjudicatario se encuentre con una finca edificada es fruto del principio de accesión, entendido no como técnica de resolver el problema de titularidades creadas entre el dueño del suelo y el edificante porque, en este caso, ambos coinciden. Por ello es por lo que, creemos, el principio de enriquecimiento injusto acaso podría solucionar los desequilibrios patrimoniales creados por cuanto los hechos no encajan, en sentido estricto, en el régimen de la accesión de los artículos 361 a 365. Cuando esto ocurre, nos recuerda, con acierto, la doctrina jurisprudencial sentada por la *STS de 25 de noviembre de 1985* (75): «No se está en el

(75) Comentada por CARRASCO PERERA, A., en *CCJC*, 1986, págs. 3215 y sigs.

régimen de la accesión de los artículos 361 a 365 del Código Civil cuando el dueño del terreno consiente la obra, ni tampoco es de aplicación el artículo 453 del Código Civil cuando el propietario del suelo ha poseído ininterrumpidamente sin contradicción conocida del edificante. No obstante, aplicando el principio del enriquecimiento injusto o sin causa supone llegar al mismo resultado alcanzado por la sentencia de instancia, en el sentido de expresar la indemnización correspondiente... y no en otra mayor, pues la acción de enriquecimiento tiene por ámbito el beneficio obtenido por el deudor, pero tiene igualmente otro límite, infranqueable también, que es el constituido por el correlativo empobrecimiento del actor, debiendo cifrarse en la cuantía menor, de suerte que aunque el demandado se haya enriquecido sin causa no podrá el actor reclamar sino hasta el límite de su propio empobrecimiento, aunque el valor de la finca sea actualmente, por el encarecimiento de la construcción, muy superior».

c) Esta solución permite que acudamos al juego que nos ofrece la acción de enriquecimiento injusto como modo de solucionar los intereses en conflicto: los del adjudicatario que resulta serlo de una finca edificada cuya edificación ha podido no ser tasada y valorada en el momento constitutivo de la garantía hipotecaria a efectos del tipo de subasta.

Hemos podido comprobar que la correcta determinación de las reglas que informan el objeto y la extensión objetiva legal de la hipoteca no es una cuestión meramente retórica. Su importancia, que a primera vista pareciera más teórico-dogmática que práctica, recobra particular interés, llegado el momento de ejecutar la hipoteca. También hemos analizado e interpretado el juego del principio de especialidad o determinación y el carácter constitutivo del derecho real de hipoteca, llegando a la conclusión de que a subasta va la finca en su totalidad.

El principio de accesión trata de evitar la separación indeseable que se produciría entre el vuelo, la edificación y el suelo, sin embargo, es la acción de enriquecimiento injusto la que logra dar respuesta satisfactoria a la adjudicación de la finca en subasta judicial en la que no se tasó la edificación previamente realizada. Dicho con otras palabras, los hechos que venimos analizando: edificación en suelo propiedad del edificante que después aporta en garantía hipotecaria sin expresión ni declaración de la referida obra, no encajan en el supuesto teórico descrito en el artículo 361 del Código Civil; lo que nos lleva a acudir, con mayor precisión, al juego que proporciona el ejercicio de la acción general de enriquecimiento injustificado en el adjudicatario de la finca subastada como inedicada por cuando lo finalmente adquirido es una finca ya edificada cuya edificación acaso no ha sido tasada ni valorada (76).

(76) Respecto al sentido de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado y de la aplicación de dicha acción en el supuesto que nos ocupa, vid., entre otras,

La doctrina que estudia el enriquecimiento injusto (también llamado, sin causa o injustificado) no se refiere puntualmente al tema que nos entretiene (77). Este hecho dificulta por arriesgadas las conclusiones que venimos sosteniendo, máxime si tenemos en cuenta que nuestra jurisprudencia aprecia con claridad la doctrina del enriquecimiento injustificado en hipótesis cercanas a la aquí planteada, pero sustantivamente diferentes. Nos referimos a los supuestos de embargo de fincas edificadas a los que se refiere con insistencia nuestra jurisprudencia y respecto de los cuales:

1. Prospera la acción de enriquecimiento sin causa planteada ante el Tribunal Supremo, cuando embargado el «todo inescindible» que conforman el solar más la edificación levantada sobre dicho solar, concurre la particularidad de que en el procedimiento de apremio seguido tras el embargo del bien no había sido valorado ni tasado más que el solar porque la edificación no se hallaba declarada en el Registro de la Propiedad.

- En este sentido, advierte la *STS de 15 de noviembre de 1990 (RJ 8710)* —relativa a la existencia de un enriquecimiento sin causa por la adquisición en subasta judicial de una finca junto a la edificación levantada sobre la misma sin reembolsar el valor de esta última— que: «...sea cual fuere la construcción doctrinal que quiera acogerse de la figura (como principio general, fuente de obligaciones o teoría del desplazamiento de valor y causa justificativa del mismo) es lo cierto que, con base en el esquema causalista de nuestro sistema, la doctrina y jurisprudencia acaban insistiendo y, a veces, reduciendo la cuestión, a la existencia o no en el caso de una justa causa de la atribución patrimonial de que se trate, entendiendo por tal aquella situación jurídica que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, autoriza a su beneficiario para recibirla y conservarla, lo cual puede ocurrir porque exista un negocio jurídico válido y eficaz o una disposición legal que permita aquella consecuencia» (Fundamento de Derecho TERCERO).

la opinión de PASQUAU LIAÑO, M., «Comentario a la STS de 19 de febrero de 1999», en *CCJC*, núm. 50, págs. 885 y sigs.

(77) Sobre la acción de enriquecimiento sin causa, cabe destacar, sin ánimo exhaustivo, entre otros, los siguientes trabajos: ALVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *El enriquecimiento sin causa*, Editorial Comares, 3.ª ed., Granada, 1993; «El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RDP*, 1977, págs. 845-877; «El interés, el justiprecio y el enriquecimiento injusto (notas para una interpretación histórica)», en *RCDI*, núm. 564, 1984, págs. 1183-1194; COSCULLUELA MONTANER, L., «Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo», en *RAP*, 1977, págs. 185-202; DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Editorial Cívitas, S. A., Madrid, 1998; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, discurso leído el día 14 de diciembre de 1987, en el acto de su recepción como académico de número y contestado

- En parecido sentido, la *STS de 4 de junio de 1993 (RJ 5261)* —relativa a la procedencia de un enriquecimiento sin causa en el caso en que se produce la adquisición y ulterior venta de parcela embargada y subastada con la casa construida en ella sin reembolso del valor de esta última al ejecutado edificante— afirma: «...la anómala y patológica cuestión jurídica, aquí planteada, tiene su origen en una extraña (por calificarla de modo eufemístico) actuación del órgano jurisdiccional que conoció del procedimiento de apremio, el cual, no obstante tener pleno conocimiento de que, en la realidad física (cualquiera que fuera la situación tabular o registral), la parcela objeto de dicho procedimiento se encontraba ya edificada, limitó el embargo y la subsiguiente subasta solamente al terreno o solar que servía de soporte físico a la edificación, con exclusión de ésta (no obstante la inescindibilidad existente entre ambos), así como en la oficiosa actuación del perito tasador que, arrogándose atribuciones que excedían de sus estrictas funciones de tasación, como ya hemos insinuado en el Fundamento de Derecho Primero de esta Resolución, se permitió afirmar que como la edificación no había sido objeto de la correspondiente declaración de obra nueva, ni tenido acceso al Registro de la Propiedad, se limitaba a valorar el terreno o solar, pero no la edificación existente sobre el mismo, cuando el proceder correcto, en una aplicación normal y lógica de la normativa reguladora del procedimiento de apremio, debería haber sido, por parte del perito tasador, la de valorar la parcela en su totalidad con la edificación en ella existente, al formar un todo único e inescindible, y, por parte del órgano jurisdiccional, la de sacar a pública subasta la parcela con la edificación en ella existente, por el tipo o valor de tasación correspondiente a dicho todo único e inescindible, por lo que al haberse limitado a sacar a licitación sólo y estrictamente el terreno o solar, como «porción de terreno edificable», por el valor dado al mismo por el perito, prescindiendo en absoluto de la edificación ya existente en el mismo, ello podría incluso comportar posibles o supuestas consecuencias responsabilísticas de diversa índole» (Fundamento de Derecho CUARTO) (78).

por el Excmo. señor don Manuel de la Cámara Alvarez, Madrid, Editorial Cívitas, S. A., 1987; GARCÍA RUBIO, M. P., «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 13 de octubre de 1995», en *RDP*, núm. 7-8, 1996, págs. 591-599; LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. DE B., «La veda del enriquecimiento sin causa: una garantía de equilibrio respecto de la modificación de facto de las prestaciones de obra inicialmente contratadas», en *PJ*, 1994, págs. 489-496.

(78) Dos años después, el Tribunal Supremo atribuyó en la *sentencia de 16 de octubre de 1995 (RJ 7082)*, un supuesto de culpa contractual concurrente en el perito tasador al emitir un dictamen sobre bienes en procedimiento de apremio, sin acudir a

2. No prospera la acción de enriquecimiento injustificado, por el contrario, cuando se halle totalmente identificado, valorado y tasado el objeto del apremio: finca más edificación.

- En este sentido, advierte la *STS de 24 de febrero de 1994 (RJ 1262)* —relativa a la inexistencia de enriquecimiento sin causa cuando se produce la adjudicación judicial de un inmueble edificado en procedimiento de apremio, previa la tasación y valoración del todo inescindible— que: «porque en el caso debatido se halla totalmente identificada la finca objeto del apremio y debidamente valorada y sin que se aprecie irregularidad o anomalía alguna en el proceso ejecutivo que tuvo por objeto la atribución patrimonial del inmueble en cuestión, tanto en cuanto al solar como respecto de las edificaciones sobre él existentes» (Fundamento de Derecho SEGUNDO).

Conocidas las importantes diferencias que existen entre el embargo (impropiamente denominado «hipoteca judicial») y la hipoteca, veamos si aún así tiene sentido proponer que prospere la acción de enriquecimiento sin causa en el caso que venimos planteando: la hipoteca de bienes edificados cuya edificación no ha sido declarada, descrita ni valorada.

Como sabemos, en la hipoteca, el principio de libre autonomía de la voluntad rige en el momento constitutivo de la mencionada garantía; lo que permite y aconseja que en dicha fase de constitución sea valorado y tasado (79), a pesar de no estar declarado ni descrito, el edificio levantado sobre la finca que se va a hipotecar. El supuesto de hecho que nos ocupa difiere de otros similares, lo que justifica, en todo caso, un trato distinto:

- Sabidas son las constantes negativas del Tribunal Supremo ante la pretensión de enriquecimiento sin causa en el caso de la hipoteca. Así, por ejemplo, en la ya citada *STS de 2 de enero de 1991 (RJ 101)* —relativa a la hipoteca que recae sobre una finca sobre la cual se está levantando una edificación que se encuentra en construcción en el momento de constituir el gravamen hipotecario— el Tribunal Supremo consideró que la hipoteca se extendía a lo edificado y que no por ello resultaba enriquecido injustamente el acreedor hipotecario,

comprobar su configuración física, a través de los datos registrales no coincidentes con la realidad extrarregistral.

(79) Téngase en cuenta la legislación que impone una especial disciplina a las entidades financieras que realizan operaciones de crédito, en especial, la Ley 13/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos [derogada parcialmente, art. 5 y Disp. Adic. 1.ª, y modificada, arts. 6, 10, 15, 16, 19, 20, 24, 25 y 27, por la Ley 13-7-1998, núm. 25/1998 (RCL 1737) y las Circulares de 27 de enero de 1998 (RCL 393) y 24 de marzo de 1999 (RCL 872)].

alegando, entre otras las siguientes razones: «...el requisito de que la acción de enriquecimiento, para que prospere, ha de apoyarse en la inexistencia de causa que justifique dicho enriquecimiento, lo que no concurre en el caso contemplado... la jurisprudencia... ha apreciado la existencia de justa causa y desestimado la acción de enriquecimiento cuando lo resuelto se ampara en una sentencia u otra resolución judicial definidora de derechos entre las partes y siempre motivada, la que, si incurrió en error, puede ser corregida mediante el ejercicio, por la parte que se estime agraviada, de los remedios de fondo y procesales que las leyes tienen establecidos. Todo ello derivado del ejercicio legítimo de un derecho por su titular en concepto de acreedor hipotecario, lo que nunca puede reputarse abusivo ni injusto, ya que no puede considerarse abusivo o injusto aquello que corresponde por pacto y por la ley; y cuando el legislador, por razones de interés social, tolera consecuencias y casos concretos que puedan lesionar la equidad, lo que en el supuesto debatido no se ha alegado ni siquiera, los beneficiados indirectamente por ellas no se enriquecen injustamente» (Fundamento de Derecho QUINTO).

- En aquellos casos en que se constituya una hipoteca sobre una finca que después sufre mejoras o deterioros que hacen oscilar su valor (como consecuencia del juego de los arts. 109, 110 LH), advierte la *STS de 24 de marzo de 1993*, que estas variaciones o mejoras que experimenta el bien que se saca a pública subasta no obligan a modificar el valor pactado que sirvió de tipo a la subasta: *El precio de salida es inmodificable y sirve de base para la aprobación del remate o posibles rebajas posteriores, pero nunca es reflejo del total valor real de la cosa que será el que tenga (subjettiva u objetivamente) el día del remate para los licitadores, a cuyo efecto será el criterio del licitador el que formará la determinación de su voluntad. Las cosas hipotecadas son susceptibles de cambios, aumentos o disminuciones de valor (accesiones por edificación o planta, destrucciones, etc.). Le incumbe, pues al licitador ver, investigar, en definitiva, informarse para concurrir a la subasta.* Pero además para el caso en que la hipoteca no extienda a las mejoras y accesiones experimentadas por el bien hipotecado, si éstas no pueden separarse, se habrán de sacar a subasta juntamente con él y el dueño de las accesiones o mejoras cobrará su importe con el precio del remate antes de satisfacer el acreedor hipotecario (art. 113 LH). Tampoco en este caso se altera el valor del tipo de la subasta.

En el supuesto que venimos estudiando, las características que lo tipifican más destacables son: 1.º) que la edificación no declarada es anterior a la

hipoteca, 2.º) que en la escritura de constitución del préstamo hipotecario no se hace descripción de la misma y, 3.º) que la finca hipotecada se tasa a efectos de subasta, tal cual consta en el Registro de la Propiedad como inedificada.

Esta triple desacertada circunstancia es la que aconseja, creemos, acudir a aplicar la doctrina del enriquecimiento sin causa. Doctrina que recobra toda su importancia como instrumento capaz de reordenar el desequilibrio patrimonial que ni la ley ni la lógica contractual han sabido encauzar debidamente. Y es que, la edificación queda fuera del contrato. La base negocial recae, pretendidamente sobre un objeto (la finca) y se ejecuta el todo que conforman finca y edificación, lo que provoca, inevitablemente, un desplazamiento patrimonial injusto.

Concurren, por tanto, en este supuesto los presupuestos de la referida acción: el adjudicatario se *enriquece patrimonialmente* (80) (primer presupuesto) *sin causa jurídica que lo justifique* (segundo presupuesto) (81), sin olvidar que: «no puede considerarse abusivo ni injusto aquello que corresponde por pacto (82) y por ley (83); y cuando el legislador, por razones de interés social, tolera consecuencias en casos concretos que puedan lesionar la equidad, lo que en el supuesto debatido no se ha alegado siquiera, los beneficiados indirectamente por ellas no se enriquecen injustamente» (84). Pero además existe un *nexo causal* entre el enriquecimiento del adjudicatario y empobrecimiento del propietario de la finca hipotecada (85) (tercer presupuesto) porque adquiere en pública subasta una finca valorada como inedificada cuando realmente lo está. Por ello se ve enriquecido de forma injusta y a costa del empobrecimiento que experimenta el propietario deudor hipotecante.

(80) En opinión de ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A. (*El enriquecimiento...*, cit., pág. 81), «se enriquece toda persona que adquiere una ventaja patrimonial».

(81) Esta es la línea jurisprudencial mayoritariamente interpretada por nuestra jurisprudencia civil, en *SSTS de 10 de junio de 1965 (RJ 2302)*, *19 de abril de 1965 (RJ 2158)*, *29 de diciembre de 1977 (RJ 4836)*, *de 15 de noviembre de 1990 (RJ 8710)*, *23 de abril, 22 de octubre, 2 de enero y 13 de diciembre de 1991 (RJ 3021, 8232, 101, 9002)* y *5 de diciembre de 1992 (RJ 10395)*.

(82) Piénsese en un negocio jurídico cualquiera, compraventa, donación, permuta, etc.

(83) Por ejemplo, en los supuestos en que un tercero gana la propiedad por el transcurso del tiempo y reuniendo los requisitos legales necesarios para la usucapión.

(84) Doctrina jurisprudencial deducida, entre otras, de las *SSTS de 27 de marzo de 1958 (RJ 1456)*, *23 de marzo de 1966 (RJ 1296)* y *2 de enero de 1991 (RJ 101)* (Fundamento de Derecho QUINTO).

(85) En opinión de ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A. (*El enriquecimiento...*, cit., pág. 90), «Evidentemente, si el enriquecimiento no está limitado por el empobrecimiento, ningún valor jurídico tiene el llamado "nexo causa", o "vínculo de causalidad" que, como presupuesto de la acción, repiten doctrina y jurisprudencia».

Teniendo en cuenta que no es posible la restitución del valor que excede del pagado por el licitador-adjudicatario cuando adquiere una finca edificada cuya edificación no ha sido valorada, concluimos defendiendo la aplicabilidad de la doctrina del enriquecimiento injustificado porque es la institución que logra organizar el desplazamiento de valores patrimoniales producido y derivado de la ejecución hipotecaria. Y es que, no olvidemos, la acción de enriquecimiento sin causa, es una acción de mínimos que trata de compensar o asimilar el desplazamiento patrimonial que irremediabilmente se produce en situaciones como la derivada de un procedimiento de embargo o la concurrencia de un supuesto de usucapión o, como en nuestro caso, de ejecución hipotecaria.

IV. CONCLUSIONES

Las consideraciones expuestas nos conducen a una triple conclusión:

1. Las edificaciones levantadas sobre una finca que después es aportada en garantía hipotecaria a pesar de no haber sido declaradas en el Registro de la Propiedad ni descritas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario constituyen un problema referido al objeto de la hipoteca (art. 106 LH), no a su extensión (arts. 109 y 110 LH); lo que significa que el deudor hipotecario no debe alegar en sus pretensiones la no extensión objetiva de la hipoteca a lo edificado, porque en estricta técnica jurídica es más correcto resolver el tema por las reglas del objeto que por las relativas a su extensión.

2. Una interpretación adecuada del carácter constitutivo de la hipoteca, del principio de especialidad-determinación y del principio civil de accesión nos han llevado a defender que el objeto de la hipoteca de bienes edificados, cuya edificación no ha sido declarada en el Registro de la Propiedad ni descrita en la escritura de constitución del préstamo hipotecario, lo constituye la finca en el estado originario en el que se encontraba en el momento de ser aportada en garantía hipotecaria (edificada) por cuanto respecto de dicha edificación no se realizaron las operaciones civiles y registrales oportunas que permitieran excluirla del alcance de la garantía hipotecaria (tales como la constitución de un derecho real de superficie o la división del edificio en régimen de propiedad horizontal). En atención a este hecho, creemos, llegado el momento de ejecutar dicha hipoteca a subasta, va el todo que conforma la finca junto a la edificación.

3. Para el caso en que la edificación no haya sido debidamente tasada y valorada a efectos de subasta, el deudor hipotecante puede plantear una acción de enriquecimiento sin causa por el empobrecimiento patrimonial que experimenta debido al enriquecimiento patrimonial del adjudicatario del bien

hipotecado. Y por el contrario, cuando dicha finca haya sido debidamente tasada y valorada, junto a la edificación en ella existente, la pretensión de enriquecimiento no prosperará. De esta forma el deudor hipotecario deberá asumir su propia negligencia.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA HIPOTECA (SALA CIVIL)

1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia de 1 de febrero de 1909 (JC T. 116, 1090, págs. 170 y sigs.).

Sentencia de 1 de diciembre de 1917 (JC T. 141, núm. 182). Hipoteca. Exceso de cabida.

Sentencia de 28 de junio de 1928 (RJ 73, T. 184, págs. 453-455). Pacto expreso de extensión a las nuevas edificaciones.

Sentencia de 11 de diciembre de 1928 (ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL, Jurisprudencia Registral, T. VI, págs. 737 a 744). Exceso de cabida.

Sentencia de 12 de marzo de 1948 (RJ 464). Exceso de cabida.

Sentencia de 20 de febrero de 1973 (RJ 532). Construcción de edificios en finca hipotecada. Subedificación.

Sentencia de 13 de marzo de 1974 (RJ 976). Pacto expreso de extensión a las mejoras de la finca hipotecada.

Sentencia de 22 de octubre de 1983 (RJ 5336). Construcción de una bodega a continuación de las existentes sobre el suelo de la finca hipotecada.

Sentencia de 6 de diciembre de 1985 (RJ 6322). Reglas de extensión objetiva de la hipoteca.

Sentencia de 14 de marzo de 1986 (RJ 1253). Extensión de la hipoteca a las mejoras realizadas en la finca hipotecada.

Sentencia de 14 de marzo de 1987 (RJ 10212). Pacto expreso de extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones.

Sentencia de 5 de julio de 1990 (RJ 5778). Reglas de extensión de la hipoteca respecto del tercer poseedor.

Sentencia de 15 de noviembre de 1990 (RJ 8712). Existencia de enriquecimiento sin causa. Embargo.

Sentencia de 21 de diciembre de 1990 (RJ 10359). Concepto dinámico y estático en la interpretación de las reglas de extensión objetiva de la hipoteca.

Sentencia de 2 de enero de 1991 (RJ 101). Hipoteca de solar con edificio en construcción. Extensión.

Sentencia de 28 de febrero de 1991 (RJ 1607). Corroboración de la doctrina referida al concepto dinámico y estático en la interpretación de las reglas de extensión objetiva de la hipoteca. Mejoras e instalaciones afectos a un hotel.

Sentencia de 20 de marzo de 1992 (RJ 2213). Hipoteca en garantía del préstamo concertado para finalizar la obra.

Sentencia de 4 de junio de 1993 (RJ 5261). Existencia de enriquecimiento sin causa. Embargo.

Sentencia de 14 de octubre de 1993 (RJ 7320). Inexistencia de enriquecimiento sin causa. Hipoteca.

Sentencia de 24 de febrero de 1994 (RJ 1262). Inexistencia de enriquecimiento sin causa. Embargo.

Sentencia de 6 de abril de 1995 (RJ 3415). Hipoteca de finca urbana.

Sentencia de 10 de junio de 1995 (RJ 4915). Edificaciones e instalaciones de aeródromo construido sobre la finca hipotecada.

Sentencia de 22 de junio de 1995 (RJ 5189). Inexistencia de enriquecimiento sin causa. Hipoteca.

Sentencia de 16 de octubre de 1995 (RJ 7082). Tasación en procedimiento declarativo y de apremio. Peritaje.

Sentencia de 11 de octubre de 1996 (RJ 7559). Agrupación de finca hipotecada con otra: no altera el sustrato de la garantía hipotecaria.

Sentencia de 3 de marzo de 1997 (RJ 1639). Extensión de la hipoteca a la indemnización por incendio de naves situadas en la finca hipotecaria.

Sentencia de 3 de mayo de 1997 (RJ 4466). Existencia de enriquecimiento sin causa. Hipoteca.

Sentencia de 4 de septiembre de 1997 (RJ 1900). Existencia de enriquecimiento sin causa. Hipoteca.

Sentencia de 15 de diciembre de 1997 (RJ 8980). Edificación construida sobre finca hipotecada, no declarada ni descrita en la constitución del préstamo hipotecario.

2. SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 2 de marzo de 1993 (AC 321). Declaración de obra nueva.

Sentencia de la Audiencia Provincial de 25 de octubre de 1989. Distinción entre nueva edificación y edificación ya existente a efectos de las reglas de extensión objetiva de la hipoteca.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 27 de julio de 1998 (AC 1722). Hipoteca para financiar la construcción de diversas viviendas.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 20 de enero de 1999 (AC 90). Edificación construida sobre finca hipotecada.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Resolución de 15 de junio de 1929 (RJ T. 189, núm. 147, págs. 913-914). Sujetos a quienes alcanzan las reglas de extensión objetiva de la hipoteca. Distinción entre los conceptos de elemento integrante, accesorio y pertenencia.

Resolución de 11 de mayo de 1978 (RJ 2528). Agrupación de fincas.

Resolución de 5 de noviembre de 1982 (RJ 6941). Declaración de obra en construcción.

Resolución de 20 de mayo de 1985 (RJ 2). Declaración de obra nueva. Innecesariedad de inscribir la obra nueva a efectos de que se extienda la hipoteca la edificación no declarada.

Resolución de 6 de febrero de 1986 (RJ 1008). Innecesariedad de inscribir la obra nueva a efectos de que se extienda la hipoteca a la edificación no declarada.

Resolución de 23 de octubre de 1987 (RJ 7660). Reglas de extensión objetiva de la hipoteca respecto del tercer poseedor.

Resolución de 26 de octubre de 1987 (RJ 7661). Reglas del pacto de extensión objetiva de la hipoteca respecto del tercer poseedor.

Resolución de 6 de febrero de 1988 (RJ 1088). Declaración de obra nueva.

Resolución de 28 de abril de 1992 (RJ 10611). Declaración de obra nueva.

Resolución de 27 de mayo de 1993 (RJ 3935). Declaración de obra nueva.

Resolución de 21 de febrero de 1995 (RJ 1735). Hipoteca inscrita en el Registro sin especificación del edificio levantado. La obra nueva es un elemento accesorio de la finca hipotecada.

Resolución de 19 de enero de 1998 (RJ 586). Extensión de la hipoteca a las nuevas construcciones realizadas por el deudor por quien se subroga en su lugar.

Resolución de 8 de julio de 1997 (RJ 5790). Construcción de nuevas plantadas sobre la finca edificada hipotecada.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ALAPATEGUI, P. DE, en SCAEVOLA, Q. M., *Código Civil comentado y concordado*, t. XXIX, ad artículo 1.877, Madrid, 1955.
- *Código Civil comentado y concordado*, t. VI, 2.^a ed., Madrid, 1982, págs. 76 y sigs.
- ALBACAR LÓPEZ, J. L., y TORRES LANA, M. A., *Comentario al Código Civil*, ad artículo 334, t. II, Madrid, 1991, págs. 6-14; ad artículos 1.874-1.877, Madrid, 1990, págs. 722-787; ad artículos 1.921-1.927, t. VI, Madrid, 1990, págs. 1130-1169.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., «Derecho Civil», t. I, vol. 2, *Derechos Reales y Registro de la Propiedad*, 8.^a ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1994.
- ALVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «Curso de Derechos Reales», t. II, *Los Derechos Reales Limitados*, Madrid, 1987.
- «El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RDP*, 1977, págs. 845-877.
- «El interés, el justiprecio y el enriquecimiento injusto (notas para una interpretación histórica)», en *RCDI*, núm. 564, 1984, págs. 1183-1194.
- *El enriquecimiento sin causa*, Editorial Comares, 3.^a ed., Granada, 1993.
- ALVAREZ OLALLA, P., «La accesión invertida. Líneas jurisprudenciales», en *ArC*, 1996-III, págs. 86-118.
- AMORÓS GUARDIOLA, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO y SILVIA DÍAZ ALABART, ad artículo 1, t. VII, vol. 3.^o, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1999, págs. 149-204.

- ARANZADI, Editorial, *Fianza, aval, prenda, hipoteca y anticresis. Jurisprudencia y formularios*, Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona, 1998.
- AVILA NAVARRO, P., *La hipoteca (estudio registral de sus cláusulas)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.
- «Comentario a la Resolución de la DGRN de 29 de mayo de 1992», en *Comentarios de jurisprudencia registral, 1990-1993*, Barcelona, 1994, pág. 256.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., *La hipoteca (génesis de su estructura y función)*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1980.
- BLASCO GASCÓ, F., *Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria (determinación legal y contractual del objeto de la hipoteca. La concurrencia de derechos sobre el objeto hipotecado). Doctrina y Jurisprudencia*, Valencia, 1994.
- «Extensión objetiva legal de la hipoteca», en *RGD*, núm. 592-593, enero-febrero 1994, págs. 17-82.
- BLASCO GASCÓ, F.; CAPILLA RONCERO, E.; CLEMENTE MEORO, M.; DOMÍNGUEZ PLATAS, J.; LÓPEZ B. DE HEREDIA, C.; LÓPEZ Y POEZ, A. M.; MONTES PENADÉS, V. L.; PRATS ALBENTOSA, L.; ROCA I TRÍAS, E., y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^a R., *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- CAMY SÁNCHEZ-CañETE, B., *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vols. I y II, 3.^a ed., Editorial Aranzadi, Madrid, 1983.
- *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1993.
- CARRASCO PERERA, A., *El derecho y la obligación de edificar (Registro de Solares y licencias de obras)*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1965.
- «Comentario a la sentencia de 27 de noviembre de 1984», en *CCJC*, 1985, págs. 2205-2214.
- «Comentario a la sentencia de...», en *CCJC*, 1986, págs. 3215-3226.
- *Ius aedificandi y accesión (La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos)*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1986.
- «La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica», en *RDP*, 1996, págs. 876-912.
- CERDEIRA BRAVO DE LA MANCHA, G., *Derecho o Carga Real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Editorial Cedes, S. L., Barcelona, 1998.
- CHICO Y ORTIZ, J. M.^a, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. I, II y III, 3.^a ed., puesta al día, Editorial Marcial Pons, S. A., Madrid, 1994.
- CORVINOS BASECA, P., «La declaración de obra nueva, el derecho a la edificación y la disciplina urbanística», en *RDU y MA*, núm. 165, 1998, págs. 13-50.
- COSCULLUELA MONTANER, L., «Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo», en *RAP*, 1977, págs. 185-202.
- CRISTÓBAL MONTES, A., «Los presupuestos de la "disminución" de la garantía hipotecaria», en *RCDI*, núm. 564, mayo-junio 1971, págs. 564-643.
- *La disminución de la garantía hipotecaria*, Caracas, 1972.
- «Efectos de la insuficiencia de la garantía hipotecaria», en *ADC*, t. XXVI, 1973, págs. 283-308.

- CUELLAR MARTÍN, J., «Divisibilidad de hipoteca que grava una planta de garaje cuando se vende una cuota indivisa. Cuando se trata de la venta de una cosa indivisa de una planta de garaje que no se delimita, al señalarse sólo el uso exclusivo de una planta que sólo se identifica por un número, no se puede distribuir la hipoteca...», en *RCDI*, núm. 648, 1998, págs. 1737-1749.
- DE CASSO, I., *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.^a ed., ampliada y actualizada, Madrid, 1951.
- DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Editorial Cívitas, S. A., Madrid, 1998.
- DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ, C., *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona, 1999.
- DÍAZ FRAILE, J. M., y GARCÍA GARCÍA, J. M., «El tráfico jurídico-registral sobre los inmuebles "en construcción". Crítica de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de marzo de 1997», en *RCDI*, núm. 641, 1997, págs. 1449-1471.
- DÍAZ MORENO, E., *Contestaciones a la Legislación Hipotecaria*, 2.^a ed., Madrid, 1907.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, discurso leído el día 14 de diciembre de 1987, en el acto de su recepción como académico de número y contestado por el Excmo. señor don Manuel de la Cámara Alvarez, Madrid, Editorial Cívitas, S. A., 1987.
- *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*, Ilustre Colegio de Notarios y Registradores de la Propiedad, Madrid, 1991.
- «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», vol. III, *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, 4.^a ed., Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1995.
- DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Instituciones de Derecho Civil», vol. II, *Derechos Reales. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 7.^a ed., Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1995.
- «Sistema de Derecho Civil», vol. III, *Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 7.^a ed., Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1995.
- DOMENGE AMER, B., *El Derecho de sobreedificación y subedificación*, Palma de Mallorca, 1983.
- DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «La conservación de la cosa hipotecada», en *RDP*, t. XLVI, 1962, págs. 500-515.
- *La fase de seguridad en la hipoteca*, Pamplona, 1967.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. I., «Controversias del derecho de sobreelevación», en *RDPa*, núm. 1, 1998, págs. 97-116.
- GALINDO Y DE VERA, L., y DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, R., *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*, t. III, Madrid, 1880, reimpresión 1903.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, t. I y II, Editorial Cívitas, Madrid, 1988-93.
- *Comentario al Código Civil*, ad artículos 1.974-1.880, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 1907-1912.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO y SILVIA DÍAZ ALABART, ad artículo 8, t. VII, vol. 3.^o, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1999, págs. 394-521.

- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, ad artículos 380-381, t. II, Madrid, 1852, págs. 340-347; ad artículos 1.800 y sigs., t. IV, Madrid, 1852, págs. 203 y sigs.
- GARCÍA MÁS, F. J., «Urbanismo: comentarios al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (en especial lo relativo a las obras nuevas y parcelaciones)», en *RCDI*, núm. 645, 1998, págs. 317-352.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 13 de octubre de 1995. Indemnización de las mejoras introducidas en la cosa por el obligado a restituir en caso de resolución. Enriquecimiento sin causa», en *RDP*, núm. 7-8, 1996, págs. 591-599.
- GIMÉNEZ ARNAU, E., *Tratado de Legislación Hipotecaria*, t. II, Ediciones Españolas, S. A., Madrid, 1941.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P., *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, vol. I y II, Madrid, 1982.
- GONZÁLEZ LAGUNA, M., «Algunos problemas actuales de la hipoteca a la luz de sus principios históricos», en *RCDI*, 1985, núm. 566, págs. 109-211.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Editorial Cívitas, S. A., Madrid, 1999.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1924.
- «Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical», en *RCDI*, núm. 1, 1925, págs. 1-40.
- *Derecho Inmobiliario y Derecho Hipotecario*, vol. I y II, Madrid, 1948.
- GUILARTE ZAPATERO, V., *La segunda hipoteca en el Derecho español*, Barcelona, 1966.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, ad artículo 1.874, t. XXXIII, EDESA, Madrid, 1990, págs. 568-580; ad artículos 1876-1877, t. XXIII, EDESA, Madrid, 1990, págs. 590-612.
- HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, J., «Estudio y fórmula de hipoteca previa en garantía de préstamo para adquirir una finca hipotecada», en *BIAGN*, 1989 (105), págs. 1547-1558.
- HERNÁNDEZ GIL, F., *Introducción al Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970.
- JIMÉNEZ LINARES, M. J., *El Derecho al aprovechamiento urbanístico*, Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona, 1997.
- JORDANO FRAGA, F., *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, Editorial Comares, Granada, 1999.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHEZ REBULLIDA, F. DE A.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVARRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F., y RAMS ALBESA, J., «Elementos de Derecho Civil» III, vol. II, *Derechos reales limitados, situaciones de cotitularidad*, 3.ª ed., Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 1994.
- LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. DE B., «La veda del enriquecimiento sin causa: una garantía de equilibrio respecto de la modificación de facto de las prestaciones de obra inicialmente contratadas», en *PJ*, 1994, págs. 489-496.

- LLOPIS GINER, J. M., «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de febrero de 1986», en *RGD*, núm. 42-3, 1986, págs. 3821-3823.
- «El objeto de la hipoteca inmobiliaria (comentario al art. 106 de la LH)», en *RCDI*, núm. 617, julio-agosto 1993, págs. 831-861.
- LANZAS GALVICHE, J., «El Real Decreto 1558/1992, de 28 de diciembre (RCL 1993/394), por el que se modifican determinados artículos de los Reglamentos Notarial (1945/57 y NDL 22309) e Hipotecario (RCL 1947/476, 642 y NDL 18733)», en *RCDI*, núm. 617, julio-agosto 1993, págs. 1115-1144.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M.^a, *Comentarios al Código Civil español*, ad artículos 334-335, t. III, Madrid, 1952, págs. 22 y sigs.; ad artículos 350 y sigs., t. III, Madrid, 1952, y ad artículos 1.877 y sigs., t. VIII, Madrid, 1952.
- MARTÍN MARTÍN, A. J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO y SILVIA DÍAZ ALABART, ad artículo 9, t. VII, vol. 3.º, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1999, págs. 522-629.
- MATEO VACCARELLI, H., «La finca como soporte físico de la registración», ponencia presentada al *II Congreso Internacional de Derecho Registral*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, 1975 (I), págs. 437-452.
- MARTÍNEZ DIE, R., «La hipoteca», en *CDI*, 1994 (38), págs. 783-861.
- MONTES PENADÉS, V., en AA.VV., *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- «Crédito y garantía en la hipoteca. Una reflexión sobre las ideas de J. M. Rey Portolés», en *RDPair*, núm. 1, 1998, págs. 25-44.
- MONTSERRAT VALERO, A., *El Procedimiento Judicial Sumario de Ejecución Hipotecaria (art. 131 LH)*, Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona, 1998.
- MORELL Y TERRY, J., *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, t. I, II y III, 2.ª ed., Madrid, 1928.
- MOSCOSO DEL PRADO Y ROZAS, J., *Tratado de Legislación Hipotecaria y de inscripción del dominio y demás derechos reales inmuebles en España*, Valencia, 1875.
- NAVAS NAVARRO, S., «La accesión industrial (especial atención al Derecho catalán)», en *ADC*, 1995-I, págs. 84 y sigs.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Compendio de Derecho Civil», t. III, *Derechos Reales e Hipotecario*, Madrid, 2.ª ed., 1988.
- OLIVA RODRÍGUEZ, A. M., «La hipoteca, el Registro de la Propiedad y la Ley de 30 de diciembre de 1944: breves acotaciones históricas», en *RCDI*, número conmemorativo de los cincuenta años de la reforma hipotecaria de 1994, Madrid, 1994.
- PABLO ESCOBAR, L. DE, «Normativa de los derechos de registro e hipoteca en la Comunidad y el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados», en *HPE*, 1985 (96), págs. 229-225.
- PASQUAU LIAÑO, M., «Comentario a la sentencia de 19 de febrero de 1999», en *CCJC*, núm. 50, 1999, págs. 885-901.
- PAU PEDRÓN, A., *Elementos de Derecho Hipotecario*, Ediciones ICAI-ICADE, Madrid, 1983.
- «Constitución unilateral de hipoteca», en *RCDI*, 1995, núm. 631, págs. 1191-1206.

- *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*, Editorial FUFAP, 1996.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, t. II, 2.^a ed., Madrid, 1986.
- *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, t. II, Centro de Estudios Registrales, 3.^a ed., Madrid, 1999.
- PÉREZ LÓPEZ, L. A., *Escritura de hipoteca que garantiza préstamo otorgado por entidad financiera. Sujeción al impuesto sobre actos jurídicos documentados*, Editorial Comares, Granada, 1999.
- PRESA DE LA CUESTA, A., «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de febrero de 1986», en *RCDI*, núm. 574, mayo-junio 1986, págs. 878-882.
- RAMÓN CHORNET, J. C., «Embargo y adjudicación del crédito hipotecario: La Resolución de la DGRN de 24 de abril de 1991», en *Libro Homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1998, págs. 437-474.
- REBOLLO GONZÁLEZ, M. R., «La colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario (comentario al Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre. RCL 1993, 394)», en *Jur. CLM*, núm. 9, abril 1994, págs. 203-208.
- ROCA SASTRE, R., *Suplemento al Derecho Hipotecario*, 5.^a ed., Barcelona, 1960.
- *Dictámenes jurídicos*, t. II, Barcelona, 1984.
- ROCA SASTRE, R. M.³ y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. II y IV-1.^o y 2.^o, 7.^a ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1979.
- *Derecho Hipotecario*, t. VIII, 8.^a ed., revisada, ampliada y puesta al día, Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 1998.
- RODRIGO RUIZ, M. A., «Tributación del derecho real de hipoteca en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales», en *REDF*, 1979, 23, págs. 7-9.
- RODRÍGUEZ HERRERO, A., *La hipoteca de bienes muebles registrales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997.
- ROVIRA MOLA, A. DE, voz «Finca», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. IX, Barcelona, 1958, págs. 818 y sigs.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «Algunas ideas en torno a la extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones», en *RDP*, octubre, 1993, págs. 906-925.
- SAAVEDRA MONTERO, E., «La extensión de la hipoteca a las agregaciones de terrenos y a los nuevos edificios donde antes no los hubiere y su ejecución», en *AC*, núm. 28/8-14, 1996, págs. 633-646.
- «Los derechos susceptibles de ser objeto de hipoteca y la extensión objetiva de la misma», en *AC*, núm. 3/13-19, 1997, págs. 41-80.
- «La extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria a los bienes muebles colocados permanentemente en la finca, a los frutos y a las rentas. Análisis del artículo 111 de la Ley Hipotecaria», en *GRAMMA*, 1998 (39), págs. 939-954.
- *El objeto hipotecado y la extensión objetiva de la hipoteca*, Editorial Dykinson, Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1996.

- *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.
- SANZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945.
- *Instituciones de Derecho hipotecario*, t. I y II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947.
- SCAEVOLA, Q. M., *Código Civil comentado y concordado*, dirigido por M. ALBALADEJO, ad artículos 350 y sigs., t. V, Madrid, 1955, págs. 523 y sigs.; ad artículo 1.877, t. XXIX, Madrid, 1955, págs. 521-533.
- VÁZQUEZ BOTE, E., «El objeto en la hipoteca en el Derecho puertorriqueño», en *RCDI*, 1998, 646, págs. 675-689.
- WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas*, t. III, vol. I y II, 10.^a edición revisada por WOLFF, M., y RAISER, L. Traducción española con anotaciones de Pérez González, B., y Alguer, J., Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 1936.

INMACULADA SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA
Profesora Asociada del Departamento de Derecho Civil
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada

El procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: una primera aproximación a sus particularidades

SUMARIO: I. REGULACION.—II. NATURALEZA JURIDICA DE ESTE PROCEDIMIENTO: 1. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN ESPECIAL QUE CONLLEVA LA REALIZACIÓN DE VALOR DE LA FINCA HIPOTECADA. 2. DE BASE EstrictAMENTE REGISTRAL. 3. EN EL QUE SE EJERCITA UNA ACCIÓN REAL. 4. CON FUNDAMENTO EN EL TÍTULO HIPOTECARIO DE EXCEPCIONAL FUERZA EJECUTIVA. 5. NO CABE PACTO PARA ALTERAR SUS TRÁMITES.—III. REFERENCIA A LA POSIBILIDAD DE PACTAR LA VENTA EXTRAJUDICIAL DEL BIEN INMUEBLE HIPOTECADO.—IV. AMBITO: 1. TEMPORAL. 2. MATERIAL: A) *Ejecución dirigida contra el bien hipotecado.* B) *Valor de tasación del bien hipotecado. Domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones:* a) Constancia registral del valor de tasación y del domicilio; b) Fundamento del valor de tasación y del domicilio; c) Importancia del domicilio; d) Cambio del domicilio; e) Significación de la expresión «un domicilio»; f) La omisión del domicilio o del tipo para subasta, o de ambas circunstancias: efectos que produce tal omisión; g) El domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones y su relación con el principio de tutela judicial efectiva.—V. COMPETENCIA: 1. REGULACIÓN. 2. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LA COMPETENCIA.—VI. DEMANDA EJECUTIVA Y DOCUMENTOS QUE DEBERÁN ACOMPAÑARSE A LA MISMA: 1. QUIÉN DEBE FIRMAR LA DEMANDA. 2. CUÁL ES SU OBJETO. 3. CONTRA QUIÉN DEBE DIRIGIRSE. 4. CONTENIDO: A) *Hechos y razones jurídicas determinantes de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito y de la competencia del Juzgado.* B) *La cantidad exacta que se reclame:* a) Individualización de los distintos conceptos garantizados hipotecariamente; b) Reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes y vencimiento anticipado de deudas a plazos. 5. DOCUMENTOS QUE HAN DE ACOMPAÑARSE A LA DEMANDA: A) *Título de crédito.* B) *Poder del procurador.* C) *Otros documentos que deben acompañarse: el referente a la liquidación de la cantidad a la que asciende el débito:* a) Qué se entiende por cantidad líquida; b) Documento por saldo de la cuenta. D) *Otros documentos que pueden acompañarse a la demanda: acta notarial de requerimiento, en su*

caso.—VII. REQUERIMIENTO DE PAGO: 1. REQUERIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE PAGO: A) *Su carácter potestativo.* B) *Domicilio donde debe practicarse tal requerimiento extrajudicial.* 2. REQUERIMIENTO JUDICIAL DE PAGO. 3. PERSONAS QUE DEBEN SER REQUERIDAS. 4. IMPORTANCIA DEL REQUERIMIENTO DE PAGO.—VIII. CERTIFICACION DE DOMINIO Y CARGAS: 1. REGULACIÓN. 2. DOCUMENTO JUDICIAL EN VIRTUD DEL CUAL SE INTERESA DICHA CERTIFICACIÓN. 3. CONTENIDO DE LA MISMA. 4. CONSTANCIA REGISTRAL DE LA EXPEDICIÓN DE TAL CERTIFICACIÓN. 5. EFECTOS QUE PRODUCE LA NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE LA CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS: A) *Presupone que la hipoteca ha entrado en «fase patológica».* B) *Opera igual que una condición resolutoria respecto de asientos practicados ulteriormente a la expedición de dicha certificación.* C) *Hace las veces de notificación a los titulares registrales posteriores a la misma, sin producir el efecto de cierre registral.* D) *Mientras no consta cancelada registralmente dicha nota marginal, no cabe la cancelación de la hipoteca base de la ejecución iniciada por causas distintas de la propia ejecución.*—IX. NOTIFICACIONES AL TERCER POSEEDOR Y A LOS TITULARES DE CARGAS O DERECHOS REALES POSTERIORES A LA HIPOTECA: 1. REGULACIÓN. 2. NOTIFICACIÓN A TERCER O TERCEROS POSEEDORES: A) *¿Quién debe realizar la notificación al tercer poseedor?* B) *Domicilio donde debe efectuarse tal notificación. Su importancia.* C) *Intervención del tercer poseedor.* 3. NOTIFICACIÓN A LOS TITULARES DE CARGAS O DERECHOS REALES POSTERIORES. A) *Regulación.* B) *¿Quiénes son esos titulares posteriores?* C) *Remisión del artículo 689.2 al artículo 659 de la LEC.* D) *Forma de practicar la notificación.* E) *Efectos de la ausencia de la notificación o de la notificación defectuosa.* F) *Derechos de los acreedores posteriores si pagan en lugar del ejecutante.* G) *Comunicación registral de ulteriores asientos que pudieran afectar a la ejecución.*—X. ADMINISTRACIÓN DE LA FINCA O FINCAS HIPOTECADAS: 1. REGULACIÓN. 2. *¿OBLIGATORIEDAD DE SU PACTO EN LA ESCRITURA?* 3. NATURALEZA. 4. ORDEN DE PREFERENCIA ANTE LA PLURALIDAD DE ACTORES. 5. DURACIÓN.—XI. SUBASTA: 1. PERSONAS QUE PUEDAN INSTARLA. 2. PLAZO PARA LA SUBASTA. 3. ANUNCIO DE SUBASTA: A) *Plazo para efectuar el anuncio.* B) *Forma de publicación del anuncio de subasta.* C) *Contenido del anuncio de subasta.* D) *Publicidad de la situación posesoria en el anuncio de subasta.* 4. CONDICIONES ESPECIALES DE LA SUBASTA. 5. REALIZACIÓN DE LAS POSTURAS. 6. SUBROGACIÓN EN LAS CARGAS O GRAVÁMENES PREFERENTES POR EL ADJUDICATARIO: EL PROBLEMA DE LA ASUNCIÓN DE DEUDA RESPECTO DE LAS HIPOTECAS PREFERENTES. 7. HIPOTECABILIDAD DEL DERECHO DEL REMATANTE. 8. SUBASTA SIN POSTORES. 9. SUBASTA SIMULTÁNEA. 10. REALIZACIÓN DE LA FINCA HIPOTECADA MEDIANTE CONVENIO O ENTIDAD ESPECIALIZADA: A) *Realización mediante convenio:* a) *Quién puede instarlo;* b) *Resolución judicial acordando la comparecencia;* c) *Celebración de la comparecencia;* d) *Supuesto en que medie acuerdo entre ejecutante y ejecutado en cuanto a la forma de realización;* e) *Efectos del cumplimiento o incumplimiento de tal acuerdo;* f) *Falta de acuerdo entre ejecutante y ejecutado en cuanto a la realización.* B) *Realización por persona o entidad especializada:* a) *Quién puede instarla. Determinación de la persona o entidad a la que se le encomienda la realización: Requisitos que ha de reunir la misma;* b) *Clases de entidades especializadas que puedan realizar el bien. Caución a prestar;* c) *Ingreso del importe procedente de la realización;* d) *Consecuencias de la falta de cumplimiento de la realización encomendada;*

e) Aprobación judicial de las enajenaciones realizadas a través de persona o entidad especializada.—XII. PAGO DEL CREDITO Y DESTINO DEL SOB-RANTE: 1. REGULACIÓN. 2. EL PRECIO DEL REMATE Y EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD O DETERMINACIÓN. 3. EL SUPUESTO CONTEMPLADO POR EL ARTÍCULO 692.1, PÁRRAFO 2.º DE LA LEC.—XIII. INSCRIPCIONES DE LA ADJUDICACION Y CANCELACION DE CARGAS: 1. TÍTULO INSCRIBIBLE: TESTIMONIO DEL AUTO DE ADJUDICACIÓN ACOMPAÑADO DEL CORRESPONDIENTE MANDAMIENTO CANCELATORIO O BIEN CONSTANCIA EN UN SOLO DOCUMENTO DE AMBOS (TANTO DEL TESTIMONIO COMO DEL MANDAMIENTO CANCELATORIO). 2. CIRCUNSTANCIAS: 1'. *Del auto de adjudicación*: A) Persona física o jurídica a cuyo favor se aprueba el remate o adjudicación. B) Descripción completa de la finca o fincas adjudicadas. C) Expresión separada de las cantidades que sean objeto de reclamación y sus respectivos conceptos. D) Expresión de haber sido demandado y requerido de pago el deudor, el hipotecante no deudor, y terceros poseedores. E) Expresión de haberse notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros comprendidos en la certificación de cargas. F) Firmeza del auto. G) Especial referencia a la situación arrendaticia de la finca: a) Constancia de la situación arrendaticia en el auto; doctrina al respecto de la DGRN; b) Hipoteca constituida sobre finca ya arrendada; c) Subsistencia o no del arrendamiento de finca hipotecada con anterioridad. 2'. *Del mandamiento cancelatorio de cargas*: a) Expresión de haberse notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros comprendidos en la certificación de cargas; b) Consignación del sobrante, en su caso; c) Demás circunstancias exigidas por la legislación hipotecaria; d) Asientos posteriores a la inscripción de hipoteca que no deben de ser cancelados.—XIV. CAUSAS DE SUSPENSION A LA EJECUCION. POSIBILIDAD DE RECLAMACIONES EN EL CORRESPONDIENTE JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO: 1. CAUSAS DE SUSPENSION Y CAUSAS DE OPOSICIÓN. 2. REGULACIÓN: A) *Extinción de la garantía o de la obligación garantizada en que se basa la ejecución*. B) *Error en la cantidad exigible*. C) *Tercería de dominio*. D) *Prejudicialidad penal*. 3. POSIBILIDAD DE RECLAMACIONES POR LA VÍA ORDINARIA: A) *Regulación*. B) *Referencia a la cancelación de las anotaciones preventivas de demanda previstas en el nuevo artículo 131 de la Ley Hipotecaria*.

I. REGULACION

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (1) (en lo sucesivo LEC), corregidos errores de la misma en *BOE* de 14 de abril del presente año (2), ha pretendido regular unitariamente todo lo relativo a la ejecución forzosa, sea común o de garantía hipotecaria, dedicando a esta última un capítulo especial por razón de las peculiares características que la misma ofrece respecto de la ejecución en general, manteniendo sustancialmente el

(1) Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, publicada en el *BOE*, núm. 7, de 8 de enero del mismo año, págs. 575 a 728.

(2) Corrección de errores de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en *BOE*, núm. 90, de 14 de abril del mismo año.

régimen anterior de la ejecución de hipoteca, y ello a pesar de que su regulación haya sido sustraída del ámbito normativo de la legislación hipotecaria. En tal sentido se ha pronunciado la propia Exposición de Motivos de la nueva LEC, que entre otras cosas, en su apartado XVII, declara:

«...En cuanto a la ejecución forzosa propiamente dicha, esta Ley, a diferencia de la de 1881, presenta una regulación unitaria, clara y completa. Se diseña un proceso de ejecución idóneo para cuanto puede considerarse genuino título ejecutivo, sea judicial o contractual o se trate de una ejecución forzosa común o de garantía hipotecaria, a la que se dedica una especial atención. Pero esta sustancial unidad de la ejecución forzosa no debe impedir las particularidades que, en no pocos puntos, son enteramente lógicas...»

La Ley dedica un capítulo especial a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados. En este punto, se mantiene en lo sustancial, el régimen precedente de la ejecución hipotecaria, caracterizado por la drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos de suspensión de ésta. El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que este régimen no vulnera la Constitución e introducir cambios sustanciales en el mismo podría alterar gravemente el mercado del crédito hipotecario, lo que no parece en absoluto aconsejable.

La nueva regulación de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados supone un avance respecto de la situación precedente ya que, en primer lugar, se trae a la Ley de Enjuiciamiento Civil la regulación de los procesos de ejecución de créditos garantizados con hipoteca, lo que refuerza el carácter propiamente jurisdiccional de estas ejecuciones, que ha sido discutido en ocasiones; en segundo término, se regulan de manera unitaria las ejecuciones de créditos con garantía real, eliminando la multiplicidad de regulaciones existente en la actualidad; y, finalmente, se ordenan de manera más adecuada las actuales causas de suspensión de la ejecución, distinguiendo las que constituyen verdaderos supuestos de oposición a la ejecución (extinción de la garantía hipotecaria o del crédito y disconformidad con el saldo reclamado por el acreedor), de los supuestos de tercería de dominio y prejudicialidad penal, aunque manteniendo, en todos los casos, el carácter restrictivo de la suspensión del procedimiento...»

Ya la necesidad de una regulación unitaria de los procesos de ejecución fue puesta de manifiesto, entre otros, por el procesalista JAIME GUASP (3), quien, en un estudio que realizó sobre el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, defendió la necesidad de un tipo único de ejecución sobre inmuebles, si bien con una regulación de las particularidades propias y específicas que concurrían en dicho procedimiento. Así se manifestaba dicho autor:

(3) GUASP, JAIME, *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*. Editorial Bosch, Barcelona, 1951, pág. 64.

«...¿Hasta qué punto esta especialidad debe subsistir en una ordenación futura de la ejecución procesal? El procedimiento hipotecario ha suscitado numerosas críticas doctrinales, que ponen de relieve, sobre todo, el hecho cierto de su ineficacia y de que los fines que con él pretendió lograr el legislador han quedado en su mayor parte sin ser alcanzados. Un juicio de conjunto no puede ahora formularse, ya que merecen críticas diferentes las varias innovaciones que contiene con respecto al régimen común. En general, puede decirse que las nuevas soluciones adoptadas responden a un sistema más perfecto que el de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero han incurrido en el defecto de no recoger todos los complementos necesarios para que tengan utilidad real, y así ha quedado a medias la sustitución de un régimen por otro. Ahora bien, lo que sí puede afirmarse es que no tiene razón de ser la existencia del procedimiento hipotecario como forma especial de ejecución, y, reconociendo la superioridad (que aun puede ser aumentada) del texto hipotecario sobre el de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que habrá de hacerse es elevar los preceptos del primero a supuestos de carácter general y ordenar un tipo único de ejecución sobre bienes inmuebles en que se recojan las soluciones mejores de aquél y en el que venga incluida la hipótesis del título hipotecario, al lado de las restantes, sin más que, a lo sumo, la determinación de los pocos artículos específicos que se juzguen indispensables...».

Pues bien, en virtud de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y a partir de su entrada en vigor, quedará suprimido el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, pasando a poder ejercitarse la acción hipotecaria directamente sobre los bienes hipotecados, siempre que dicha acción se ajuste a lo preceptuado en el Título IV del Libro III de dicha Ley, con las especialidades y particularidades que se especifican en su Capítulo V, que se titula «De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados», y que abarca los artículos 681 a 698, ambos inclusive, alguno de cuyos preceptos se remiten a otros artículos relativos a la ejecución en general o al procedimiento de apremio, propio de la ejecución ordinaria.

Se completa dicha regulación con la nueva redacción que la Disposición Final novena de la nueva LEC, en sus números 4 al 10, inclusive, ha dado a los artículos 129 a 130 de la Ley Hipotecaria, respectivamente, habiendo añadido, además, dicha Disposición Final un nuevo número, el 12.º, al artículo 107 de esta última Ley, relativo a los bienes y derechos que pueden ser hipotecados, cuya nueva redacción se ha llevado a efecto por el apartado 3 de dicha Disposición Final novena. Como afirma PRETEL SERRANO (4), el

(4) PRETEL SERRANO, J. J., en un trabajo pendiente de publicación relativo a un estudio analítico del artículo 153 de la Ley Hipotecaria y de próxima aparición en la obra «Comentarios a la Ley y Reglamento Hipotecarios».

contenido de los mismos (esto es, de los artículos citados de la Ley Hipotecaria que sufren nueva redacción) responde más a la finalidad de que no queden vacíos de texto más que a una regulación sistemática de algún aspecto de la ejecución hipotecaria.

La posibilidad de ejercitar tal acción de manera directa sobre los bienes hipotecados con sujeción a tal articulado lo consagra expresamente el artículo 681, en su apartado 1 cuando establece:

«...La acción para exigir el pago de las deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados o pignorados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en este título, con las especialidades que se establecen en el presente capítulo...»

Y en idéntico sentido se pronuncia claramente el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción dada por la precitada Disposición Final novena, apartado 4, de la expresada Ley Procesal. Y así establece:

«La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su capítulo V...»

Y el artículo 682.1 cuando dispone:

«Las normas del presente capítulo sólo serán aplicables cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes pignorados o hipotecados en garantía de la deuda por la que se proceda...»

Por lo tanto, **siendo objeto del presente trabajo solo y exclusivamente lo atinente a la ejecución directa de bienes inmuebles hipotecados**, cabe decir que no estaremos ya ante el ejercicio de la acción real hipotecaria a través del procedimiento «judicial sumario» (que quedará suprimido cuando entre en vigor la nueva LEC), sino que dicha acción real pasará a poder ejercitarse, como ya hemos dicho, en el procedimiento incardinado procesalmente dentro de la «*ejecución dineraria*» (Título IV), con las especialidades que regula el Capítulo V («De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados») del Libro III que se titula «De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares» de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Y ello no podría ser menos, ya que la hipoteca es un derecho real en funciones de garantía de una obligación pecuniaria (5). Por eso, entre otros preceptos, el artículo 579, declara:

(5) ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*. Tomo IV-1.º, pág. 204. Editorial Bosch, Barcelona, 1979.

«Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados ... en garantía de una deuda dineraria, se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si subastados los bienes hipotecados..., su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución».

El que se ejercite la acción real directamente sobre los bienes inmuebles hipotecados a través del cauce procesal antes referido, no obsta en absoluto para que, en lugar de este procedimiento, se acuda a la venta extrajudicial del bien o bienes hipotecados, cuya posibilidad contempla el artículo 129 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción, siempre que, lógicamente, se haya pactado así en la escritura de constitución de hipoteca y hecho constar tal pacto en la inscripción correspondiente.

II. NATURALEZA JURIDICA DE ESTE PROCEDIMIENTO

Como hemos dicho anteriormente, se puede seguir afirmando que, no obstante aparecer regulado en el seno normativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil recientemente publicada, dicho procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados **mantiene, en lo sustancial, similares características que delimitaban los contornos del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, toda vez que sigue siendo:**

- 1. Una vía de apremio o proceso de ejecución especial que conlleva la realización de valor de la finca hipotecada.**
- 2. De base estrictamente registral.**
- 3. En el que se ejercita la acción real hipotecaria.**
- 4. Con fundamento en el título hipotecario de excepcional fuerza ejecutiva y en el cual**
- 5. No cabe pacto para alterar sus trámites, dado el carácter de orden público de las normas reguladoras del mismo.**

Analicemos estos caracteres.

1. ES UN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN ESPECIAL QUE CONLLEVA LA REALIZACIÓN DE VALOR DE LA FINCA HIPOTECADA

Efectivamente, se trata de un proceso de ejecución, y más concretamente, de realización de valor de la finca o fincas hipotecadas, que carece de una fase de cognición. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (6), refiriéndose al procedimiento

(6) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999, págs. 163 y 164.

judicial sumario de ejecución hipotecaria, opina que «*en él la actuación del derecho de hipoteca puede, en rigor, desenvolverse sin enfrentamientos entre partes y, por tanto, sin verdadero proceso...*». En idéntico sentido se pronunció en su día MORELL Y TERRY (7) quien afirmaba (en referencia al procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria):

«*...El procedimiento judicial sumario que reglamenta la Ley Hipotecaria (la de 1909) no es un juicio, porque ni existe en él contención ni se admite que pueda promoverse durante su sustanciación...*»

Para ARAGONÉS —citado por MORELL Y TERRY—, en el procedimiento judicial sumario:

«*no hay reclamación que lo haga contencioso, aun dentro de sus mismos trámites; por ello hasta las apelaciones lo son, por regla general, en un solo efecto, y por ende además que no haya rebeldía... La verdadera calificación o nombre es el de un procedimiento especial de apremio, el de ejecución de una sentencia...*»

En cambio, GUASP (8), tras exponer y analizar las distintas posturas mantenidas sobre la naturaleza jurídica de este procedimiento (refiriéndola al todavía vigente procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria), llega a la conclusión de que, en esencia, es un verdadero procedimiento de ejecución, incardinado en la ejecución forzosa procesal, de carácter especial, que se aplica a los casos delimitados por la índole de los créditos que lo originan y en el que la escritura de constitución de hipoteca —en cuyo título concurren las circunstancias de tasación a efectos de subasta y domicilio para requerimientos y notificaciones fijado por la parte deudora—, es un verdadero título extrajudicial directamente ejecutivo, manteniendo dicho autor que, en realidad, no deja de ser dicho procedimiento un proceso, pues se pide algo del Juez frente a otra persona (deudor, propietario no deudor).

Para ROCA SASTRE (9) es una simplificación del procedimiento ejecutivo ordinario, lo cual le imprimió su verdadera naturaleza jurídica, al suprimirse en él la fase de juicio ejecutivo propiamente dicho; es decir, al suprimirse lo que es proceso de cognición, manteniendo sólo lo que es fase de vía de apremio o de proceso de ejecución *sensu strictu*, y además, eliminando varios de sus trámites, estando encaminado a realizar el valor en cambio de la finca

(7) MORELL Y TERRY, J., *Comentarios a la Legislación Hipotecaria (la del 1909)*. Tomo Cuarto. Artículos 118 a 264. Editorial Reus, Madrid, 1918, pág. 88 y sigs.

(8) GUASP, JAIME, *ob. cit.* Editorial Bosch, Barcelona, 1951, págs. 43 y sigs.

(9) ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*. Tomo IV-2.ª Séptima edición. Editorial Bosch, Barcelona, pág. 1102.

hipotecada. Y PLAZA, en opinión que recoge el propio ROCA SASTRE, lo considera como un caso típico de proceso de ejecución o de ejecución procesal, cualificado y caracterizado por versar sobre bienes inmuebles.

Por su parte, la sentencia de nuestro *Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1985* (10) afirma que es «un proceso puramente real directamente dirigido contra los bienes gravados».

Tal carácter de proceso de ejecución reiterado por la jurisprudencia y la doctrina, se pone nuevamente de manifiesto en la sentencia del *Tribunal Supremo de 25 de abril de 1998* (11), que lo define como:

«...un medio de realización del crédito real a través de una vía de apremio o proceso de ejecución en sentido estricto, tratándose, en definitiva, de un procedimiento de apremio...»

Y en la nueva LEC, en su artículo 681.1 se declara:

«La acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignoralos o hipotecados...»

Por otra parte, la garantía hipotecaria del propio crédito se basa, esencial y fundamentalmente, en la propia sujeción del valor del inmueble hipotecado que es, en principio, puramente potencial, pero que, no cabe duda, puede devenir efectiva si se incumple la obligación garantizada. El Juez, pues, se limita a realizar un derecho del acreedor. No habrá cosa juzgada, pues las cuestiones que sean de fondo podrán discutirse, en su caso, en el juicio declarativo correspondiente, pues no hay más causas de suspensión del procedimiento que las expresamente tasadas. En tal sentido se pronuncia la sentencia del *Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981* (12), antes aludida, de la que fue ponente LUIS DíEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, a propósito de la inconstitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria del Banco Hipotecario de España (que se limitó a declarar la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario, sin entrar en la inconstitucionalidad del procedimiento de tal Entidad Bancaria, por «privilegiado», cosa que sí hizo

(10) *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia*. Textos completos e índices. Navarra, 1 de enero de 1979 a 12 de noviembre de 1999.

(11) *Base de Datos Aranzadi* antes citada. Se cita también dicha sentencia por FERNÁNDEZ SELÚ, JOSÉ M.^ª, en su trabajo sobre «Procedimientos de ejecución de inmuebles», publicado en el libro *Protección registral de los derechos reales y tutela judicial efectiva*. Consejo General del Poder Judicial en colaboración con el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Estudios de Derecho Judicial, núm. 13, 1998. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 469 y 470.

(12) Sentencia del TC núm. 41/1981, de 18 de diciembre. En *Base de Datos Aranzadi* (en adelante BDA) Jurisprudencia.

dicho Tribunal en su sentencia de 5 de mayo de 1994) (13) en la que, entre otras cosas de muchísimo interés, se decía:

«...La garantía del crédito hipotecario consiste en la sujeción del valor de la finca hipotecada, que es simplemente potencial, porque la realización del valor sólo puede producirse si se da la conditio iuris de que se incumpla la obligación asegurada. Producida tal conditio iuris, la sujeción potencial se actualiza y el valor se realiza. El procedimiento es una vía de apremio, en que el Juez realiza un derecho del acreedor, que éste no puede realizar por sí solo porque se lo impide el principio de la paz jurídica...»

Y la *sentencia del mismo Tribunal de 16 de enero de 1992* (14), de la que fue ponente don FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, insistía en el carácter de procedimiento de realización de valor del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, cuyo carácter (de realización de valor) sigue imperturbable en el nuevo procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados, no obstante su incardinación dentro de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así decía:

«...cuyo objeto (de tal procedimiento) se dirige a realizar el valor de la finca hipotecada; procedimiento de ejecución de créditos hipotecarios que se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de oponerse a la ejecución solicitada mediante la formulación de excepciones, las cuales sólo pueden plantearse, por regla general, en el juicio declarativo correspondiente, salvo los supuestos rigurosamente tasados de suspensión que se reseñan en el artículo 132 de la referida Ley...»

Y más recientemente el propio *Tribunal Constitucional* se pronuncia en idéntico sentido en su *sentencia de 4 de diciembre de 1997* (15), la cual, aunque se refiere al judicial sumario, es aplicable a este procedimiento que analizamos, como reiteradamente venimos afirmando:

«...que es un proceso especial de ejecución, mediante el cual el acreedor hipotecario ejercita el ius distrahendi que le confiere el derecho real de hipoteca para conseguir la realización del valor de la finca hipotecada y obtener así la satisfacción de su derecho de crédito. El legislador, en atención a la extraordinaria fuerza ejecutiva del título hipotecario, ha configura-

(13) Sentencia del TC 128/1994, de 5 de mayo. En *BDA de Jurisprudencia*.

(14) Sentencia del TC 6/1992, de 16 de enero. En *BDA de Jurisprudencia*.

(15) Sentencia del TC de 4 de diciembre de 1997. En *BDA de Jurisprudencia*. Citada también por FERNÁNDEZ SEIJÓ, JOSÉ M.^a, en «*Problemas de ejecución sobre bienes inmuebles*» antes reseñado, pág. 469.

do este procedimiento como un proceso especial de ejecución, en el que se excluye la controversia entre las partes y se limitan las posibilidades de defensa de los afectados por la ejecución, reduciéndose al máximo la intervención del deudor y de los demás interesados, al objeto de impedir la suspensión del procedimiento fuera ... de los supuestos taxativamente señalados en el artículo 132 LH, remitiendo "todas las demás reclamaciones que puedan formular, así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados", al correspondiente juicio declarativo. Ha sido precisamente esta posibilidad que queda abierta a todos los afectados por la ejecución de acudir a la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, la que ha llevado a este Tribunal a declarar que la regulación legal de los artículos 131 y 132 de LH, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 CE (SSTC 41/1981, 64/1985, 8/1991, 6/1992, 217/1993, 21/1995, 69/1995).

2. ES UN PROCEDIMIENTO DE BASE Estrictamente REGISTRAL

Como no puede ser de otra manera. La hipoteca no existe si no consta registrada, al ser la inscripción de la misma de los pocos casos de inscripción constitutiva. El carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca ha sido, y es, opinión de la gran mayoría de los autores (ALBALADEJO, AMORÓS, CAMY, ROCA SASTRE, CASTÁN, CHICO ORTIZ, COSSÍO, Díez PICAZO, GULLÓN BALLESTEROS, NÚÑEZ LAGOS, VILLARES...), habiendo estudiado muy recientemente esta materia JORDANO FRAGA (16), quien pone de manifiesto el carácter muy minoritario de la doctrina discrepante, entre la que milita SANZ FERNÁNDEZ (que entiende que sólo se exigiría su inscripción para que la hipoteca desenvuelva su eficacia: para el ejercicio y efectividad del derecho), y RAMÓN FOLQUÉS, CANALS, así como GORDILLO.

Dicho carácter constitutivo de la hipoteca aparece consagrado ya expresamente en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción, como más adelante veremos. Y del carácter constitutivo de la inscripción del derecho real de hipoteca y de la fuerza legitimadora de dicho asiento (arts. 1.3.º, 38, 253.1 y 132 de la Ley Hipotecaria), se deriva que la ejecución hipotecaria deba basarse exclusivamente en los datos dimanantes del Registro: Lo que no está en el Registro no debe de estar en el mundo a efectos de la ejecución hipotecaria. La presunción de exactitud de los pronunciamientos registrales y el principio de legitimación traen como consecuencia en el ámbito de la

(16) JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, pág. 136 y sigs., si bien todo el libro se dedica a esta materia. Editorial Comares, Granada, 1999.

ejecución hipotecaria, el que la hipoteca se pueda ejecutar directamente sin necesidad de que medie una previa sentencia judicial condenatoria. Ya se pronunció en tal sentido la importante sentencia de nuestro *Tribunal Supremo de 8 de junio de 1948* (17), que afirmaba lo siguiente:

«...Es por tanto inconcuso que este procedimiento, exclusivamente peculiar para el ejercicio de la acción hipotecaria, hay que encuadrarle en el marco restringido del Registro de la Propiedad en cuanto a las personas, cosas, derechos y acciones, ya que sobre lo que de estos elementos resulte en cada caso y momento de los asientos registrales, será la verdad legal respecto de los mismos y las realidades jurídicas diferentes que se produzcan no tendrán virtualidad por sí mismas para alterar, modificar o influir en el procedimiento...»

En idéntico sentido existe jurisprudencia reiterada sobre la materia. Así la sentencia de nuestro *Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1983* (18) que insiste en el carácter registral de tal procedimiento, al decir

«...el procedimiento de que se trata se ajusta a la constancia tabular...»

Y la del mismo *Tribunal de fecha 11 de julio de 1990* (19). Y no digamos la importantísima sentencia del *Tribunal Constitucional, ya citada, de 18 de diciembre de 1981*, que reitera clara y expresamente la naturaleza, a todas luces registral de este procedimiento, consagrado por el carácter constitutivo de la hipoteca:

«...La hipoteca voluntaria, dice el artículo 145 de la Ley Hipotecaria, se constituye en escritura pública, con la especial garantía que ello trae consigo, y se inscribe en el Registro con una inscripción que tiene valor constitutivo. El nacimiento de la hipoteca se halla así sometido a la voluntad del constituyente en la fase anterior al Registro y en la propiamente registral. Este dato permite sostener que la contradicción en el sentido amplio del término, y la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar procedimiento registral, que permite al deudor oponerse a la inscripción o instar la cancelación de la hipoteca cuando concurren los requisitos para ello. Así, la fa-

(17) Citada dicha sentencia en la página 46 del libro *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, de GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. Editorial Civitas, Madrid, 1994. En dicho libro se recogen también otras sentencias que aquí igualmente se reseñan.

(18) *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia.*

(19) *BDA de Jurisprudencia.*

vorecida posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título...»

Y la de 9 de febrero de 1995 (20), también de nuestro Tribunal Supremo, que declara que el proceso de ejecución hipotecaria *«ha de dirimirse a través de la disciplina estricta y exclusiva de la constancia en el Registro de la Propiedad»*.

Tal carácter estrictamente registral del procedimiento que nos ocupa aparece recogido de manera expresa y manifiesta en el nuevo artículo 130 de la Ley Hipotecaria en su redacción dada por la Disposición Final novena, en su número 5, de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando afirma que tal procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados *«sólo se podrá ejercitar sobre la base de una hipoteca inscrita y sobre la base de los extremos de la misma contenidos en el correspondiente asiento»*. Y corrobora lo dicho el artículo 688.3 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, al declarar:

«3. Si de la certificación (se refiere a la de dominio y cargas) resultare que la hipoteca en la que el ejecutante funda su reclamación no existe o ha sido ejecutada, el tribunal dictará auto poniendo fin a la ejecución. Contra esta resolución podrá interponerse recurso de apelación».

En definitiva, cuando se produce el incumplimiento de la obligación garantizada por el deudor, el acreedor hipotecario tiene la facultad de realizar el valor en que consiste la hipoteca, pudiendo ejercitar dicha facultad sobre la finca hipotecada, partiendo de los pronunciamientos legitimadores que la inscripción de hipoteca consagra.

Ya previó lo dicho a este respecto el legislador de 1909. Resulta reveladora la discusión parlamentaria de la Ley de 1909, cuando se pretendió por BLANCO RAJOY que se estableciese un trámite de audiencia a la parte deudora en el procedimiento, y le contestó magistralmente ALVAREZ GUIJARRO (21):

«...En ese artículo (se refiere al art. 2 de dicha Ley), que, efectivamente, es muy largo y que no puede menos de parecer así a cuantos lo leen, como

(20) *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia*. Sentencia recogida por GARCÍA GARCÍA, J. M., en el trabajo «El Registro de la Propiedad y los procedimientos de realización de valor de la hipoteca. Dos enmiendas imprescindibles al proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», publicado en la revista *«Lunes Cuatro Treinta»*, núm. 57, pág. 15.

(21) *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*. Tomo II, Volumen I. Leyes de 1909, págs. 460 y sigs. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Editorial Castalia, Madrid, 1989.

le parece a la Comisión, se establece un solo precepto, y es que tan luego como la obligación esté vencida y no satisfecha se celebre la subasta judicial, así es que cuando se nos viene diciendo si este procedimiento es bueno o malo, nosotros contestamos: ¡Si no es procedimiento!

“Que este juicio es eficaz o ineficaz, deficiente o exagerado”. ¡Si no hay juicio! “Que quedarán desamparados derechos o intereses de alguno”. ¡Si no vamos a declarar nada contra nadie! “Que el deudor podrá tener mermada su defensa”. ¡Si no le vamos a atacar en nada!, si no vamos a hacer más que cuando una hipoteca pese sobre una finca o sobre un derecho, siendo vencida la obligación y no pagada, obedeciendo a lo prescrito en el Código Civil y en la Ley Hipotecaria, se subaste judicialmente con sus naturales consecuencias.

Ya sabe el señor Blanco Rajoy que el Código Civil dio por hecho que después de constituida la obligación prendaria no había que esperar más que a una fecha; toda la cuestión de derecho estaba en el contrato resuelta y decidida y, por eso, llegado el día del plazo concedido al deudor en su beneficio, para antes que no se le pudiera molestar exigiéndole el pago, llegado ese día y no cumplida la obligación, el acreedor pudiera, por medio de notario, vender en pública subasta la prenda. Pues aquí decimos: establecida la obligación de la escritura de constitución de hipoteca, registrada la hipoteca no cabe pleito sobre eso, porque cada finca responde de la parte de crédito a que está afecta, importándole poco a esa finca ni a su tenedor las relaciones que puedan existir entre el acreedor y el deudor.

Y por eso decimos que llegado el plazo que se ha concedido al constiuir la hipoteca al deudor, para que no se moleste durante él, exigiéndole el pago de la obligación, constando viva y no cancelada esta obligación en el Registro, no hay que hacer más que vender judicialmente esa finca, como notarialmente se vende la prenda, y eso es todo. Nosotros no hemos querido modificar ningún juicio, no hemos querido establecer un juicio nuevo; no hay nada de eso, ni en el proyecto ni en la mente de la Comisión...»

Y dicen las actas de esa sesión:

«...El señor Blanco Rajoy retiró finalmente las cuatro enmiendas que tenía presentadas al artículo 2.º (relativo a que la acción hipotecaria podría ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados dentro del procedimiento sumario que establecía dicho artículo).

3. ES UN PROCEDIMIENTO EN EL QUE SE EJERCITA UNA ACCIÓN REAL

En efecto, no se trata aquí de ejercitar una acción de naturaleza personal de mera reclamación de cantidad por el impago del préstamo o crédito, como ocurre en el juicio ejecutivo o en el declarativo ordinario. Aquí nos dirigimos

directamente contra el bien hipotecado, realizando su valor que, en principio era potencial, y que se convierte en real y efectivo como consecuencia del incumplimiento de la obligación garantizada. Reiterada es la jurisprudencia al respecto. Cítase, entre otras, la *sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1985* (22) que, en síntesis, confirma que estamos no ante un juicio declarativo, sino «*ante un proceso puramente real directamente dirigido contra los bienes gravados*»: nos encontramos ante una vía de apremio dirigida directamente contra la finca hipotecada, y que no va precedida de fase de cognición; no estamos, por lo tanto, ante el ejercicio de una acción de naturaleza personal en la que haya una previa contienda, sino que nos hallamos ante el ejercicio de una acción real, y en cuya tramitación se reducen al máximo tanto la intervención del deudor como la del tercer poseedor.

El artículo 129 en la nueva redacción antes dicha establece con claridad meridiana tal carácter de acción real:

«...La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados...»

Y el 130, en su nueva redacción dada por la expresada Disposición Final novena, en su número 5, recoge esta naturaleza real de la acción que se ejercita y también el carácter estrictamente tabular o registral del procedimiento en cuestión, cuando afirma contundente y categóricamente:

«El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo».

4. TIENE SU FUNDAMENTO EN EL TÍTULO HIPOTECARIO QUE ESTÁ REVESTIDO DE UNA ESPECIAL FUERZA EJECUTIVA

La inmensa generalidad de la doctrina, así como reiteradísimas sentencias dictadas por nuestro Tribunal Constitucional (v.gr., la antes citada de 4 de diciembre de 1997), pasando por otras del Tribunal Supremo y de las diversas Audiencias Provinciales, han resaltado este carácter, refiriéndolo al antiguo procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria; carácter que igualmente puede venir en aplicación, en términos generales, respecto del procedimiento que ahora analizamos.

Premisa básica es que la inscripción de hipoteca es de naturaleza constitutiva. Pues bien, en el Registro de la Propiedad deberán constar reflejados en

(22) BDA de Jurisprudencia.

la correspondiente inscripción de hipoteca, previa calificación del Registrador, todos los datos necesarios y esenciales —y sólo ellos— que delimiten y configuren tabularmente los contornos de dicho derecho real. De ahí que el Juez no deba admitir la ejecución por causas que no estén en íntima conexión con la hipoteca que se ejecuta, sin que pueda, por otra parte, dejar de tener en cuenta el contenido de la inscripción practicada.

Lo dicho, unido a una serie de garantías elementales y suficientes, como son los requerimientos y notificaciones, según los casos, al deudor, al hipotecante no deudor, a los terceros poseedores y a los titulares de cargas y derechos reales posteriores, son fundamento suficiente para que la ejecución se inicie. Por eso, como muy bien afirma GARCÍA GARCÍA (23) (si bien referido al procedimiento judicial sumario), estamos ante un procedimiento caracterizado por la *«ausencia de la fase de audiencia o de contradicción procesal»*. En términos semejantes se pronuncia LARRONDO LIZÁRRAGA (24) (también en relación con dicho procedimiento, y que asimismo es igualmente aplicable al procedimiento que ahora nos ocupa):

«...excluye la controversia entre las partes con limitación de las posibilidades de defensa de los afectados por la ejecución, reduciéndose al máximo la intervención del deudor y de los demás interesados. Carece de fase contradictoria, por lo que no prejuzga las cuestiones de fondo. Por esta razón no produce efectos de cosa juzgada...»

«...No cabe plantear en él cuestiones de competencia por inhibitoria (sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de octubre de 1994, si bien esto es discutido). No puede ser suspendido por un incidente (como afirma referida sentencia). Tampoco puede ejercitarse la declinatoria (ATC de 8 de marzo de 1999). Tampoco cabe la acumulación de sus autos, ni la excepción de litispendencia (sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 18 de febrero de 1995)...»

Ahora bien, ello no quiere decir que el deudor, tercer poseedor, hipotecante no deudor o cualquier interesado no pueda defenderse en el procedimiento, pues cabe alegar oposición a la ejecución por las causas tasadas previstas en la LEC (v. arts. 695 a 697 de la misma), de lo cual más adelante hablaremos. Y es más, cualquier reclamación que puedan formular y que no tengan su fundamento en alguna de dichas causas de oposición, incluso las que versen

(23) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, ya referenciado. Editorial Civitas, Madrid, 1994, pág. 47.

(24) LARRONDO LIZÁRRAGA, JOAQUÍN MARÍA, «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria: Exposición sistemática», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 86 (noviembre-diciembre de 1999), Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Barcelona, pág. 386.

sobre la nulidad del propio título hipotecario, o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se pueden instar a través del correspondiente juicio declarativo, en el que —aquí sí— ya cabe alegar lo que proceda, si bien dicho procedimiento no podrá en ningún caso paralizar ni entorpecer el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados (v. art. 698 nueva LEC).

5. NO CABE PACTO PARA ALTERAR SUS TRÁMITES

No se recoge expresamente en la nueva LEC una afirmación tan categórica como la del artículo 129.1.º de la Ley Hipotecaria, aún vigente, cuando a propósito del procedimiento judicial sumario declara que «ninguno de sus trámites puede ser alterado por convenio entre las partes». Pero como estamos ante normas de carácter procesal y de claro orden público, no cabe introducir cambios por las partes más allá de los que expresamente prevé la propia Ley.

En efecto, ya, entre otras, las *Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 y 26 de octubre de 1987* (25), puso de relieve el carácter de orden público del procedimiento judicial sumario, carácter que continúa, como ya hemos dicho, en el procedimiento sobre la exclusión registral de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado y, en especial, de la vulneración del principio hipotecario de determinación o especialidad a la hora de configurar la responsabilidad hipotecaria de la finca hipotecada), resaltaron el carácter de orden público de los derechos reales y, en especial, del de hipoteca, en los siguientes términos:

«...En la configuración de los derechos reales predominan los criterios de orden público, aunque sin negar totalmente el juego de la autonomía de la voluntad; ello es consecuencia de la propia naturaleza del dominio y de los derechos reales, pues tienen trascendencia erga omnes y afectan directamente al estatuto jurídico del aprovechamiento y circulación de los bienes y, por tanto, a la economía de la nación. Por eso la flexibilidad de la configuración de una obligación debe ceder ante las exigencias del orden público, en cuanto al contenido y alcance de esa misma obligación vengan a determinar, como ocurre en el caso, el contenido y alcance de un derecho real (en esta hipótesis, el de hipoteca)...»

(25) Resoluciones de la DGRN de 23 y 26 de octubre de 1987. *Boletín del Colegio Nacional de Registradores (BCNR)*, núm. 239 (1.ª época), correspondiente al mes de noviembre de 1987, págs. 2219 y sigs.

Y con anterioridad, otra *Resolución del Centro Directivo de 27 de noviembre de 1986* (26), que versaba sobre la negativa del Registrador a inscribir determinada escritura de disolución de condominio, y que, entre otros motivos de la nota de calificación, se denegó su inscripción por entender que no procedía reflejar en la inscripción «...el precio como pagado cuando de la escritura... resulta que está aplazado, dado el carácter imperativo del artículo 10 de la Ley Hipotecaria...», resaltó igualmente el carácter indisponible, sustraído a la autonomía de la voluntad, por ser de *ius cogens*, de todo lo relativo a las normas que regulan la forma, requisitos y efectos de los asientos que se practican en el Registro. Y así dicha resolución declaró:

«...de modo que no queda al arbitrio de los particulares el estipular la consignación registral de un modo de pago distinto del efectivamente convenido, ni so pretexto de la limitación del alcance de la expresión del aplazamiento no garantizado especialmente, en virtud de los artículos 1.124, 1.295 y 1.298 del Código Civil y 11 de la Ley Hipotecaria; así lo confirman el carácter indisponible de la normativa reguladora de la forma, requisitos y efectos de los asientos registrales (art. 608 del Código Civil), así como el valor y alcance de la calificación registral, que no puede desconocer ninguno de los elementos integrantes del negocio, tal como aparece configurado en la escritura presentada (art. 18 LH)...»

Y mucho antes, ya la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, en su *Resolución de 11 de noviembre de 1958* (27), recogida por GÓMEZ GÁLLIGO (28) en un estudio sobre los «aspectos registrales del procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH (procedimiento judicial sumario), relativa a un procedimiento judicial sumario, declaró la imposibilidad de celebrar, dentro de dicho procedimiento, una cuarta subasta, al resultar desierta la tercera, y ello con arreglo a lo preceptuado en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en la redacción que dicho precepto tenía conforme a la Ley Hipotecaria de 1909 (no hay que olvidar que las disposiciones transitorias de la Ley de 1946, habían dejado a salvo los procedimientos que

(26) Resolución de la DGRN de 27 de noviembre de 1986. *Boletín del Colegio Nacional de Registradores (BCNR)*, núm. 229 (1.ª época), correspondiente al mes de diciembre de 1986, págs. 2553 y sigs.

(27) Resolución de la DGRN de 11 de noviembre de 1958, en *Jurisprudencia Registral. Tomo IX. Años 1951-1963*, por ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, Editorial Bosch, Barcelona, 1967, págs. 664 a 668.

(28) GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER, «Aspectos registrales del procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH (procedimiento judicial sumario), publicado en el libro *Práctica Hipotecaria. Procedimiento Judicial Sumario. Artículo 131 de la Ley Hipotecaria (Jornadas sobre ejecución hipotecaria)*, núm. 2. Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 97.

se encontrasen tramitando a la fecha de su entrada en vigor). Y así, referida Resolución declaró en su último Considerando, en términos tajantes, lo siguiente:

«...Considerando que las reglas contenidas en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria presentan las características de públicas, imperativas o necesarias, que en general corresponden a las normas procesales e impiden a los particulares desplegar cualquier actividad dirigida a modificarlas, conforme expresamente previene el artículo 129 de la misma Ley, lo que reducido a la necesidad de reducir al mínimo el sacrificio de los intereses del deudor y a que la finca ha sido subastada en épocas tan distantes como las de 27 de enero de 1945 y 19 de noviembre de 1955, fechas de la tercera y cuarta subasta, respectivamente, con la posibilidad apuntada por el Registrador de que haya caducado la instancia, llevan a la conclusión de no estimar inscribible el documento calificado...»

Hasta aquí, pues, y en esencia, los caracteres de este procedimiento, que siguen siendo los mismos que aquéllos que configuraban el procedimiento judicial sumario y que siguen persistiendo en este nuevo procedimiento, no obstante su nueva ubicación —como ya se ha dicho con anterioridad— en la recientemente publicada Ley Procesal.

III. REFERENCIA A LA POSIBILIDAD DE PACTAR LA VENTA EXTRAJUDICIAL DEL BIEN INMUEBLE HIPOTECADO

Reseñar, antes de adentrarnos en un análisis más exhaustivo de la reforma operada en la ejecución directa sobre los bienes inmuebles hipotecados, que la ley permite el pacto relativo a la venta extrajudicial del bien hipotecado. Al respecto, cabe decir que antes en el párrafo segundo del artículo 130 de la Ley Hipotecaria se hablaba de que *«...en la escritura de constitución de hipoteca podrá válidamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria...»*

El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria fue declarado inconstitucional por nuestro Tribunal Supremo, y más concretamente por su Sala Primera, en sentencias de fechas 4 de mayo de 1998 y 6 de abril de 1999 (29). Dichas sentencias han derivado de demandas formuladas en los Juzgados de Onteniente y Azpeitia, respectivamente, en las que se instaron la declaración de nulidad de los correspondientes procedimientos de ejecución

(29) *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia*, reiteradamente citada con anterioridad, como lo será a lo largo del presente estudio.

extrajudicial de hipoteca, habiendo desestimado las mismas tanto los Juzgados de Primera Instancia como las Audiencias Provinciales de Valencia y San Sebastián, respectivamente. Y como consecuencia de ello, y una vez interpuesto el pertinente recurso de casación basado en dos cuestiones, a saber: infracción de normas constitucionales, en aplicación de la Disposición Derogatoria tercera de la Constitución (inaplicación de normas preconstitucionales por inconstitucionalidad sobrevenida por los Tribunales ordinarios), y la violación del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Carta Magna, el Tribunal Supremo declaró inaplicable, por inconstitucional, dicho procedimiento. Dicha sentencia ha sido defendida por un sector doctrinal, entre los que figura X. O'CALLAGHAN (30), quien estima (es su opinión), que ambas sentencias crean jurisprudencia con la doctrina que consagra dicho Tribunal, pues «dicha doctrina no es fuente del derecho, pero sí complementa el ordenamiento jurídico y los órganos jurisdiccionales saben que cualquier demanda de nulidad de un concreto procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria será, en definitiva, estimada».

El *Tribunal Supremo*, al dictar esta sentencia, pareció olvidarse que con ella dejaba en «fuera de juego» a la ejecución extrajudicial prendaria, cuando el propio Tribunal, en dos sentencias previas de su *Sala 3.^a, de 16 y 23 de octubre de 1995* (31), en el orden contencioso-administrativo, y en *Auto de 4 de abril de 1995*, había declarado que la ejecución notarial de la hipoteca era constitucional y ajustada a la ley, a raíz de la última reforma de dicho procedimiento. Procedimiento a cuya validez había hecho referencia con anterioridad el propio Tribunal Constitucional en sentencia de 18 de diciembre de 1981, por vía de ejemplo en relación con la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria.

Así, la *sentencia de 16 de octubre de 1995* aludía a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento judicial sumario de ejecución de la hipoteca «*dotado de algunas características expeditivas que el que es objeto del presente litigio (el extrajudicial), ya que en ambos se trata de obtener la eficaz realización del derecho de hipoteca para pago del crédito del acreedor*» y que «*la sumariedad de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario*» procedimiento que, por otra parte, es equivalente al regulado por el artículo 1.872 del Código Civil para que el acreedor pueda proceder a la enajenación de la prenda

(30) O'CALLAGHAN, XAVIER, *La jurisprudencia del artículo 131 de la LH: Doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional*, págs. 9 y sigs. de dicho trabajo. Mesa Redonda sobre Ejecución Hipotecaria en *Jornadas sobre operaciones bancarias: Conceptos matemáticos, aspectos jurídicos y malas prácticas bancarias, organizadas por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC)*, celebradas del 21-24 de febrero de 2000.

(31) *Base de Datos Aranzadi de Jurisprudencia*.

ante Notario», con ello lo que se trata es de evitar «que sea el propio acreedor quien ejecute por sí mismo el derecho de hipoteca» a través del pacto comisorio, porque su objeto no es otro que «ejecutar ante Notario un derecho de hipoteca de origen contractual, no una resolución judicial, extrajudicialidad del procedimiento que se encuentra reconocida, previo acuerdo de las partes, en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria».

Y la *sentencia de 23 de octubre de 1995* declara que *«el artículo 117.3 de la Constitución, lo que consagra es la potestad exclusiva y excluyente de los Juzgados y Tribunales para ejecutar lo juzgado en los procesos de que aquéllos conozcan, según las reglas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan y, en consecuencia, el referido “monopolio de las actividades de ejecución” se circunscribe a lo juzgado por los propios órganos jurisdiccionales...» «...Así pues, la regulación de un procedimiento de ejecución extrajudicial de hipotecas, permitido por el artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria, no contraviene el precepto contenido en el mentado artículo 117.3 de la Constitución, ni lo dispuesto por el artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que la existencia de tal procedimiento de ejecución extrajudicial no impide el ejercicio de la potestad jurisdiccional, atribuido exclusivamente a los Juzgados y Tribunales por los referidos artículos 117.3 de la Constitución y 2.1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial...»*

Y la aludida *sentencia del Tribunal Constitucional* ya había dicho:

«...La ausencia de cognición parece tan esencial a la ejecución hipotecaria, que se halla presente por imperativo legal en la ejecución extrajudicial ante Notario... Nos hallamos, pues, ante una ejecución tan expeditiva como la judicial. Las causas de suspensión son, según el artículo 236 del Reglamento Hipotecario, las mismas que se prevén en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, con la diferencia, respecto de la ejecución judicial, de que la suspensión procede también cuando antes de la subasta se anota preventivamente la demanda formulada en el juicio declarativo...»

Doctrinalmente, también se ha discutido acerca de la constitucionalidad de este procedimiento. Así, MONTERO AROCA (32) entendía que dicho procedimiento podría ser inconstitucional, al tratarse de una ejecución forzosa realizada por alguien no dotado de potestad jurisdiccional, aunque tal procedimiento pretenda basarse en el derecho del acreedor a la enajenación de la cosa

(32) MONTERO AROCA, JUAN, «Las ejecuciones hipotecarias y la tutela judicial privilegiada. La constitucionalidad de algunas tutelas judiciales efectivas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 633, correspondiente a marzo-abril de 1996, págs. 254 y sigs.

ejecutada, pues ese derecho no podría obtener tutela excluyendo a la jurisdicción. Y en idéntico sentido se ha pronunciado ROBLEDOS VILLAR (33), tras la sentencia de 4 de mayo de 1998.

Sin embargo, en la Mesa Redonda celebrada el día 27 de mayo de 1998 en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, sobre la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria (arts. 129 LH y concordantes del RH), en la que fueron ponentes nuestros compañeros FERNANDO DE LA PUENTE ALFARO y JAVIER ANGULO RODRÍGUEZ y el magistrado del Tribunal Constitucional y catedrático de Derecho Procesal, don JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA, se llegó a la conclusión de la validez y constitucionalidad de este procedimiento. Y así, en síntesis, se extrajeron las siguientes conclusiones:

1. No hay en nuestra Constitución un inflexible principio de exclusividad jurisdiccional de las ejecuciones (téngase en cuenta, por ejemplo, la ejecución por la Administración de sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo).

El artículo 1.872 del Código Civil rompe igualmente esa pretendida unidad.

2. Estamos en presencia de un supuesto de disponibilidad y ejercicio de un derecho privado y, por tanto, en el campo de la autonomía de la voluntad, dentro del cual cabe que las partes acudan a equivalentes jurisdiccionales en materia de ejecución.

3. La tutela judicial efectiva no se extiende a la ejecución: la ejecución civil es materia en la que puede tener su manifestación la autonomía de la voluntad.

4. El procedimiento de ejecución extrajudicial no es supuesto de autodefensa, prohibida por la Constitución, ni puede equipararse al pacto comisorio.

5. Por tanto, ya se niegue carácter procesal a la ejecución extrajudicial y se considere que se trata de un supuesto de ejercicio de un derecho de realización con la garantía de la intervención de un funcionario público independiente, ya se considere que la ejecución extrajudicial es un verdadero proceso pero que no existe en nuestra Constitución una reserva judicial de la ejecución civil, debe concluirse que la ejecución extrajudicial no incurre en inconstitucionalidad (así lo ha entendido el Tribunal Supremo en sentencias de la sala de lo contencioso-administrativo de 16 y 23 de octubre de 1995).

(33) ROBLEDOS VILLAR, ANTONIO, «La inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria (a propósito de la STS, Sala 1.ª de 4 de mayo de 1998, y sus repercusiones en la realización forzosa de bienes)», en *Revista General de Derecho*, año 999, pág. 3593 y sigs.

6. En cuanto al alcance de la sentencia de 4 de mayo de 1998, se llegó a la conclusión de que por tratarse la sentencia en cuestión de doctrina *contra legem*, no vincula a ningún otro Juzgado o Tribunal, sino que se trata de un fallo dado para un caso concreto y sobre materia en la que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo carece de competencia para crear doctrina legal.

Todos los ponentes, menos uno de ellos (no precisamente el magistrado del Tribunal Constitucional) entendieron que dicha sentencia no suponía, por tanto, derogación de norma alguna, cuya nulidad se declarase con efecto general. La situación en cuanto a una ejecución hipotecaria extrajudicial no variaría por la publicación de la sentencia dicha. El Registrador actuaría aplicando las normas vigentes.

Por su parte, MAGARIÑOS BLANCO (34) había analizado ya previamente la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial, tanto desde el principio de exclusividad de la jurisdicción como desde el de tutela judicial efectiva, llegando a la conclusión de que dicho procedimiento no es inconstitucional. En idéntico sentido, DÍAZ FRAILE y DE LA PUENTE ALFARO (35) han defendido la constitucionalidad de dicho procedimiento extrajudicial.

También, en sentido favorable a la validez de tal procedimiento, se ha pronunciado abiertamente GARCÍA GARCÍA, quien ha declarado:

«...Por ello, en el procedimiento judicial sumario y en el procedimiento extrajudicial, tanto el Juez como el Notario ejercen una mera “función de garantía de derechos” del artículo 117.4 de la Constitución, y no una “función jurisdiccional del artículo 117.3”, pues carecen de competencia para desvirtuar el contenido de los asientos registrales en que se basan esos procedimientos de realización de valor.

En definitiva, no puede haber “función jurisdiccional” allí donde el Juez no puede conocer de alegaciones, ni puede declarar con firmeza de cosa juzgada un derecho. De lo que se trata en estos procedimientos es la “efectuación registral de los asientos que están bajo la salvaguardia de los Tribunales”, y esa mera efectuación se basa en la presunción de legalidad de los mismos. El control jurisdiccional de legalidad corresponde, en último término, a los Jueces y Tribunales, pero no en el procedimiento judicial sumario (ni al Notario en el procedimiento extrajudicial), sino en el juicio declarativo ordinario ante los que se planteen toda clase de alegaciones

(34) MAGARIÑOS BLANCO, VICTORIO, «El procedimiento extrajudicial de realización de hipoteca. Su viabilidad», en *RCDI*, núm. 641, correspondiente a los meses de julio-agosto de 1997, págs. 1297 y sigs.

(35) DÍAZ FRAILE, J. M.^a, «El procedimiento extrajudicial de ejecución de hipoteca», en *RCDI*, núm. 635, correspondiente a los meses de julio-agosto del año 1996, págs. 1346 y sigs.

sobre existencia o nulidad de la hipoteca o sobre la nulidad de la tramitación del propio procedimiento de realización de valor o de los asientos registrales...» (36).

Y POVEDA DÍAZ, en la reciente conferencia que sobre «El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria» pronunció en el Centro de Estudios Registrales de Andalucía Occidental en las «Jornadas sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil» (37), se ha declarado igualmente partidario de la validez de tal procedimiento.

Por su parte, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (38), con la extraordinaria agudeza jurídica que le caracteriza, estima errónea la doctrina derivada de dichas sentencias, en especial la de la última de 4 de mayo de 1998, que es la que analiza. Y ello fundamentalmente por las siguientes razones:

- a) *«...Este tipo de ejercicio del derecho real de hipoteca es compatible con la Constitución porque el desenvolvimiento de las facultades de realización que el derecho de hipoteca confiere al acreedor no comporta por sí actuación procesal. La intervención del Juez (y sustitutivamente del Notario) en la realización del bien hipotecado es una más de las cautelas legales que tradicionalmente se imponen en este ejercicio del derecho real de garantía con el fin de evitar fraudes a la prohibición del pacto comisorio. Tiene aquí, la función del Juez (o la del Notario) el carácter no de función jurisdiccional sino la de esas otras funciones que, conforme al artículo 117-4 CE, pueden serle "atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho". No hay, pues, propiamente procesos, porque en estas actuaciones el Juez, mientras no haya enfrentamiento de partes, ni juzga, ni hace "ejecutar lo juzgado" (cfr. art. 117-3 CE)».*

Por lo tanto, si dicho procedimiento extrajudicial no tiene naturaleza procesal, entonces el Reglamento Hipotecario no vulnera la reserva de Ley que para materia procesal prevé el artículo 117.3 de nuestra Constitución Española.

- b) Que no es cierto, como dice dicha sentencia, que dicho procedimiento carezca de tradición en España, antes del Código Civil e incluso posteriormente. Pues el Código Civil acepta distintos supuestos de

(36) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.* «El Registro de la Propiedad y los procedimientos de realización de valor de la hipoteca», pág. 19, publicado en la revista «*Lunes Cuatro Treinta*», núm. 257.

(37) POVEDA DÍAZ, JOSÉ, en la conferencia citada pronunciada en el Centro de Estudios Registrales de Andalucía Occidental. «*Jornadas sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*».

(38) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *ob. cit.*, págs. 167 y sigs.

ejecución extrajudicial de derechos reales de garantía e incluso del derecho real de hipoteca (v.gr., arts. 1.872 del Código Civil). Así en Las Partidas se regulaba el caso de que al constituirse el «pignus» (derecho real de garantía sobre muebles e inmuebles), se pactara «la manera» en que, si el deudor no pagaba, se vendería la cosa. La voluntad de los contrayentes era verdadera ley, debiendo guardarse lo pactado.

- c) Que el juicio definitivo sobre la posible inconstitucionalidad —entendiendo PENA— no corresponde propiamente a los Tribunales ordinarios, sino al Tribunal Constitucional, no debiendo tener alcance general la declaración de inconstitucionalidad que, en relación sólo con dicho procedimiento, ha hecho el Tribunal Supremo respecto del Reglamento Hipotecario, pues si bien cualquier autoridad judicial no debe aplicar aquellos reglamentos que vulneren nuestra Constitución, no es menos cierto que sólo el orden jurisdiccional contencioso-administrativo debe de conocer de las pretensiones de impugnación de las disposiciones reglamentarias.
- d) Incluso el propio legislador ha seguido estableciendo supuestos de ejecución extrajudicial de derechos reales de garantía: ejecución del derecho del acreedor sobre bienes muebles vendidos a plazo (art. 16.2 de la Ley 28/1998, de 13 de julio); ejecución de las prendas a que se refiere la Disposición Adicional 6.ª de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley del Mercado de Valores...).

En sentido parecido se ha pronunciado DÍAZ MORENO (39), quien, en síntesis, ha sostenido lo siguiente:

- a) Que es conceptualmente rechazable la posibilidad de que el Tribunal Supremo declare la inconstitucionalidad de una norma, pues lo que cabe, respecto de ese Tribunal, es la declaración de inaplicación de la misma por entenderla derogada por la Constitución como *lex posterior*, ya que la declaración de inconstitucionalidad de una norma implica su expulsión del ordenamiento jurídico con efectos *ex tunc*, mientras que la sentencia del Tribunal Supremo, declarativa de la inaplicación de una ley, cualitativamente, y en lo que se refiere a sus efectos, no difiere de los que puede producir cualquier sentencia evacuada por el mismo Tribunal Supremo, pues la sentencia que se dicte no produce una transformación en la naturaleza de la norma por el hecho de que la Ley derogante sea la propia Constitución.

(39) DÍAZ MORENO, ALEJANDRO, «El alcance de la doctrina de la Sala 1.ª del TS ante el “Procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria”». Artículo publicado en la *Revista de Derecho Patrimonial*, Navarra, Aranzadi, 1999, págs. 135 a 151.

- b) Que las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sólo producen efectos *inter partes* y que la jurisprudencia ordinaria no es, en definitiva, fuente del ordenamiento jurídico, a diferencia de las sentencias que dicta el Tribunal Constitucional que sí producen, en cambio, efectos frente a todos (v. art. 164.1 de nuestra Constitución), habiendo empleado dicho Tribunal Constitucional, incluso, como argumento *ad simile* el propio procedimiento extrajudicial para justificar la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria.
- c) La Disposición Derogatoria de la Constitución no legitima a cualquier operador jurídico para apreciar si una norma preconstitucional se adecua o no a nuestra Constitución, y así poder dejar de aplicarla por estimar su falta de adecuación, pues esa inaplicación sólo puede ser decretada por los órganos judiciales correspondientes, ya que, en otro caso, se estaría invadiendo la esfera reservada al poder judicial.

En relación a este último apartado c), no lo ha entendido así el *Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en Auto de 26 de octubre de 1998* (40), auto que ha sido confirmado en cuanto a su contenido por otro dictado por *ese mismo Tribunal con fecha 30 de septiembre de 1999 (auto núm. 28/98)* (41), los cuales autos han desestimado el recurso contra la calificación del Registrador que denegaba las inscripciones derivadas de un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria por haberse declarado inconstitucional por nuestro Tribunal Supremo, declarando el primero de dichos autos, cuyos argumentos reitera el segundo de los autos citados, que *...«la actividad de calificación, momento cumbre de la actividad registral, no se limita a un mero control de formalidades —valga el pleonismo— extrínsecas sino que ha de penetrar en las entrañas del acto jurídico calificado e indagar sobre sus contenidos esenciales y su ajuste a la legalidad... Así pues, en este caso lo sometido a debate es precisamente la “validez” en la vertiente constitucional del acto contenido en la escritura. Como no puede ser menos, este control de constitucionalidad alcanza al Registrador en su función calificadora cuando el acto estudiado ha sido expulsado del ordenamiento jurídico por el Tribunal Supremo».*

(40) Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 26 de octubre de 1998. Publicado en la revista *«Lunes Cuatro Treinta»*, núm. 255, págs. 27 a 31.

(41) Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 30 de septiembre de 1999. Publicado en la revista *«Lunes Cuatro Treinta»*, núm. 274, pág. 17 y sigs.

De parecer distinto fue el *Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla*, que en *auto número 35/98, de fecha 19 de noviembre de 1998* (42) resolvió sobre un recurso gubernativo interpuesto contra la calificación de un Registrador que denegó la inscripción de la escritura pública derivada de un procedimiento extrajudicial de ejecución de hipoteca.

Dicho auto, en síntesis, llega a las siguientes conclusiones:

1. La seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución Española) se encuentra en la misma base de la organización dispuesta por nuestra Carta Magna, conforme a la cual sólo determinados órganos pueden llevar a efecto plenamente la virtualidad que lleva consigo el principio de jerarquía normativa. Y así, por ejemplo, los reglamentos, en principio, no pueden ser inaplicados por cualquier operador jurídico (entre ellos, los Registradores) que los considere ilegales, sino sólo por los Tribunales de Justicia.

2. Sólo los órganos judiciales, y no ningún otro operador jurídico (entre ellos, los Registradores), pueden inaplicar una ley preconstitucional por considerarla derogada por la Constitución.

3. Que en base a lo antes expuesto en los precedentes números 1 y 2, podría pensarse que, si bien el Registrador no puede inaplicar una Ley preconstitucional, sin embargo, sí debería estar vinculado por la decisión al respecto de un órgano judicial. Pero en contra de ese parecer, hay que afirmar que no hay precepto legal alguno que así lo disponga, ni es una exigencia que se derive de ninguna institución o que venga impuesta por nuestro sistema jurídico en su comprensión sistemática. Es más, no sólo no se dispone tal efecto expresamente, sino que no hay articulado en nuestro ordenamiento jurídico los mecanismos necesarios para que tal eficacia pudiera tener virtualidad alguna, como es, en esencia, la publicación en un periódico oficial de la decisión de inaplicación. Por lo tanto, tal decisión tiene un alcance limitado exclusivamente al proceso en que se ha acordado.

4. Que, por lo tanto, la sentencia (o sentencias) dictadas al respecto por nuestro Tribunal Supremo tienen tan sólo un efecto *inter partes* y no *erga omnes*, siendo, por otra parte, sumamente discutible que la jurisprudencia haya de ser seguida en este caso concreto por el Registrador (máxime cuando hay sentencias contradictorias del propio Tribunal Supremo —Salas 3.^a y 1.^a—), pues parece ser que sólo los órganos judiciales del orden jurisdiccional en el que ejerce sus funciones la Sala respectiva, autora de los correspondientes fallos, pueden sentirse «vinculados» por los mismos, lo que viene reforzado por la circunstancia de no ser propiamente la jurisprudencia fuente del derecho.

(42) En *Base de Datos Aranzadi (BDA). Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales*. Primera entrega del año 2000. Comprende desde 1992 a 1999. También se recoge dicho Auto en la revista *«Lunes Cuatro Treinta»*, núm. 249, págs. 28 a 30.

Lo cierto y evidente es que el Tribunal Supremo (concretamente su Sala 1.^a del orden civil), ante otras dos sentencias dictadas por la Sala 3.^a de ese mismo Tribunal (Sala 3.^a perteneciente al orden contencioso-administrativo), debería haber resuelto la posible discrepancia acudiendo a un pronunciamiento expreso por parte del Tribunal Constitucional. Máxime cuando este último ha declarado en materia de leyes preconstitucionales, en su sentencia 4/1981 (43), seguida posteriormente por otras, que «...*los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas* (obsérvese, inaplicarlas, no declararlas inconstitucionales) *si entienden que han quedado derogadas por la Constitución al oponerse a la misma; o puede, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad*».

Parece ser que el propio Tribunal Supremo se ha olvidado de lo declarado en la sentencia 14/81, de 21 de mayo de 1981, del Tribunal Constitucional, quien reclamaba su intervención «...*en los supuestos en que la persistencia de interpretaciones contrarias a la Constitución o la dispersión de criterios reclamen una solución de carácter general*...»

Pero es que el propio *Tribunal Supremo*, en sentencia de fecha 30 de enero de 1999 (44), no cuestiona para nada la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, resolviendo incluso sobre dos cuestiones referentes a la competencia notarial y al carácter irrevocable del poder que se le confirió a la entidad acreedora, al desestimar las pretensiones de la parte recurrente, declarando que el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria debe seguirse ante el Notario hábil para actuar en el lugar en el que radique alguna de las fincas hipotecadas, sin que la sumisión expresa pactada (que lo era sólo para el caso de acudir al procedimiento judicial sumario) pueda oponerse a lo dispuesto en el actual artículo 236 del Reglamento Hipotecario y que el mandato para proceder a la venta de la finca a favor de los ejecutantes por fallecimiento del hipotecante subsiste, pese a la muerte del mandante, debido a que también interesa su cumplimiento al mandatario y a terceros.

Y la *Dirección General de los Registros y del Notariado* ha dictado recientemente dos *Resoluciones de 26 de febrero y 2 de marzo de 2000* (45), relativas también a dicho procedimiento extrajudicial que, aunque referentes a escrituras y notas de calificación anteriores a las sentencias del Tribunal Supremo de la Sala 1.^a, sin embargo, no se plantean para nada la posible inconstitucionalidad de tal procedimiento.

(43) *BDA de Jurisprudencia*.

(44) Publicada en la *RCDI*, núm. 653, correspondiente a los meses de julio-agosto de 1999, pág. 1646.

(45) La Resolución de 26 de febrero de 2000 aparece publicada en el *BOE*, núm. 71, de 23 de marzo de dicho año, págs. 12294 a 12298, y la de 2 de marzo del mismo año, en el *BOE*, núm. 77, del día 29 del mismo mes y año, págs. 13418 y 13419.

Llegados a este punto de discrepancia, se podría dar la paradoja de que pudiese llegar al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad relativa al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria.

Pues bien, ante toda esta problemática, en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil se había excluido el procedimiento extrajudicial, cuando en un borrador previo se había previsto tal posibilidad. Sin embargo, no ha prosperado la postura mantenida en el proyecto y sí se ha consagrado abiertamente la posibilidad de pactar la venta extrajudicial (obsérvese que se habla de «venta extrajudicial» y no de «procedimiento extrajudicial»). Así el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción dicha, declara:

«...Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario...»

No podría ser menos: se trata de una venta extrajudicial, porque estamos ante una realización de valor del bien hipotecado, ante el ejercicio del *ius distrahendi* que le corresponde al acreedor hipotecario. Ese es el carácter que acentuaba ya nuestro Código Civil en este tipo de procedimiento de ejecución, tanto judicial como extrajudicial, de ejecución hipotecaria y prendaria, al establecer claramente en su artículo 1.858:

«...Es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, pueden ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor».

Como afirma, GUILARTE ZAPATERO (46):

«...El precepto establece y atribuye al acreedor la facultad de instar la venta del bien gravado como derivada de la propia esencia de los contratos que hacen nacer la garantía real. Más exactamente, ...debe precisarse que es facultad inherente a la naturaleza de ésta... El ius distrahendi resulta, pues, manifestación y consecuencia de la naturaleza real de la garantía, ineludiblemente necesario para que la finalidad de seguridad que desenvuelve no resulte ilusoria. Unida a la sujeción de la cosa al cumplimiento de la obligación asegurada y a la preferencia que otorga a su titular para cobrarse del precio obtenido en la venta, constituye el nervio y contenido de este tipo de garantía en el Derecho moderno...»

(46) GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, en el comentario que hace a dicho artículo 1.858 del Código Civil en *Comentario del Código Civil*. Tomo II. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 1861 y 1862.

«...Tratándose de garantía real, sólo su válida constitución y el vencimiento de la obligación determinan, sin necesidad de otros requisitos, la procedencia de ejecutar los bienes gravados, cualquiera que sea el patrimonio donde se encuentren, mediante el ejercicio de los oportunos procedimientos de naturaleza especial y acomodados a la propia esencia de la garantía cuestionada. En relación con éstos, existen determinados tipos de ejecución, sin que el artículo 1.858 requiera que la venta, instada por el acreedor, se formalice judicialmente, estableciendo el propio Código Civil para la prenda un procedimiento de enajenación mediante subasta pública y ante Notario (art. 1.872); procedimiento extrajudicial, asimismo, sancionada para la hipoteca en la LH...»

Además, tal posibilidad de la venta extrajudicial viene confirmada al admitir la LEC incluso la posibilidad de la realización del bien por convenio y por persona o entidad especializada (v. arts. 640, 641 y 642 LEC). Con más motivo no podría dejar de admitirse dicha venta extrajudicial cuando quien vela por ella es un funcionario y un profesional tan cualificado como lo es el notario.

Dicha venta extrajudicial se habrá de efectuar, pues, conforme a los artículos 234 a 236-o, inclusive, del Reglamento Hipotecario, que recobran su virtualidad, si bien en algunas materias, v.gr., la remisión que el artículo 236-o hace al artículo 132 de la Ley Hipotecaria (reclamaciones a través de la vía judicial ordinaria), han de entenderse referidas al artículo 698 de la nueva LEC. No obstante, lo lógico hubiese sido que la propia LEC hubiese dejado expresamente a salvo las alegaciones sobre existencia, subsistencia, exigibilidad o validez de la hipoteca o sobre nulidad del procedimiento que pudieran hacerse en el correspondiente proceso declarativo ordinario y no tener que acudir a labores interpretativas de integración de la norma que, a veces, pueden resultar más que dudosas.

Hecho este paréntesis necesario relativo a cómo la Ley ha venido a consagrar definitivamente la «venta extrajudicial», procede adentrarnos ya en el análisis exhaustivo de la nueva regulación relativa a **las «Particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados»**.

IV. AMBITO

Cabe distinguir, en cuanto a su aplicación, entre ámbito:

1. Temporal.
2. Material.

1. TEMPORAL

Dicho ámbito lo consagra la **Disposición Final vigésimo primera de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**, al establecer que dicha *«Ley entrará en vigor al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado»*; publicación que ha tenido lugar en dicho Boletín el sábado día 8 de enero del año 2000. Por lo tanto, su entrada en vigor será el día 8 de enero del año 2001.

No obstante, conviene recordar y tener en cuenta lo dispuesto en la Disposición Transitoria sexta, que declara:

«Disposición Transitoria sexta. Ejecución forzosa.

Los procesos de ejecución ya iniciados al entrar en vigor esta Ley se regirán por lo dispuesto en ella para las actuaciones ejecutivas que aún puedan realizarse o modificarse hasta la completa satisfacción del ejecutante.»

2. MATERIAL

Es necesario para que pueda acudirse a este procedimiento:

- A) Que la ejecución se dirija contra la finca hipotecada y
- B) Que se pacte un valor de tasación del inmueble o inmuebles hipotecados y fijación de un domicilio por el deudor para requerimientos y notificaciones.

A) *Ejecución dirigida contra el bien hipotecado*

El nuevo artículo 682, número 1 de la LEC, consagra expresamente que las normas del Capítulo V, del Título IV, *«sólo serán aplicables cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes pignorados o hipotecados en garantía de la deuda contra la que se proceda...»*

B) *Valor de tasación del bien hipotecado. Domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones*

Pero la Ley no sólo establece lo antes dicho, que la ejecución verse directamente sobre bienes hipotecados (o pignorados, cosa que aquí no nos ocupa, como antes dijimos). Exige, además, en el apartado 2 de dicho artículo 682, y como requisitos acumulativos al anterior, que concurran los dos siguientes:

«...1.º Que en la escritura de constitución de hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta.

2.º *Que en la misma escritura conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y notificaciones».*

a) Constancia registral del valor de tasación y del domicilio

Y en el artículo 682, en su número 3, establece que *«El Registrador hará constar en la inscripción de hipoteca las circunstancias a que se refiere el apartado anterior»* (esto es, tipo a efectos de subasta y domicilio); y ello como no podría ser de otro modo, dado el carácter estrictamente registral de la ejecución hipotecaria, la naturaleza constitutiva de la inscripción de hipoteca y la fuerza del principio de legitimación registral.

Los citados números 2 y 3 del expresado artículo 682 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil coinciden sustancialmente con el párrafo primero del anterior artículo 130 de la Ley Hipotecaria.

b) Fundamento del valor de tasación y del domicilio

El fundamento de estos requisitos arranca de la Ley Hipotecaria de 1909, como veremos inmediatamente:

El del domicilio, como muy bien recoge JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (47), es evitar abusos por parte de deudores de mala fe, pues una vez fijado el domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones en la escritura de constitución de hipoteca, ese será el domicilio a tener en cuenta para tal finalidad.

El del valor de la finca o fincas hipotecadas a efectos de subasta, porque se abrevian trámites que antes se dilataban sobremanera en el tiempo.

Así se pronunciaba el señor LASTRES, en contestación al señor BLANCO RAJOY en la discusión parlamentaria del articulado de la Ley Hipotecaria de 1909, a propósito de dichos dos requisitos (48):

«...Lo del domicilio está perfectamente explicado con sólo exponerlo. Sabe perfectamente mi querido compañero que cuando se tropieza con un deudor de mala fe, éste encuentra gran facilidad para eludir aquellos requerimientos que la ley exige que sean personales, trasladándose sucesivamente de domicilio, y hasta en algún caso ha conseguido traspasar la frontera, obligando

(47) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, págs. 77 y 78, y 85 y 86.

(48) Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. *Leyes Hipotecarias y Registrales de España, Fuentes y evolución*. Tomo II, Volumen. Leyes de 1909, págs. 413 y sigs. Editorial Castalia, Madrid, 1989.

a un acreedor a que acuda nada menos que a la vía diplomática para hacer tramitar un exhorto con esas condiciones y esa formalidad.

Hoy, ya, desde el momento en que en la escritura se consigna el domicilio, allí se han de hacer todos los requerimientos y todas las notificaciones, y esto abreviará de una manera evidentísima la rapidez del procedimiento. Además de tener estas ventajas, que desde luego se demuestran con sólo exponerlas, también nosotros hemos procurado atender a la garantía del deudor, porque sabe el señor Blanco que hasta ahora ha habido un procedimiento por el cual se requería al deudor muchas veces en un domicilio cualquiera o en el domicilio del alcalde, y esto era expuesto a sorpresas que hoy han desaparecido ya por completo, desde el momento en que la escritura queda señalado el domicilio en el cual han de recibirse todas las notificaciones y los requerimientos, y no se pueda dar el caso de esas sorpresas, que nosotros evitamos con la redacción dada al artículo.

Además, en cuanto al precio, también la ventaja salta a la vista. La Comisión ha tenido delante algunos casos tan extraordinarios como el de un préstamo hipotecario en que, habiéndose deducido la demanda ejecutiva, siendo primera hipoteca y no habiéndose opuesto el deudor, se tardaron cinco años en llegar a la vía de apremio, sencillamente porque como había de requerirse al deudor para que nombrase perito que tasare la finca y después requerir a ese perito para ver si se aceptaba, según el procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el deudor de mala fe, con no presentarse en el sitio donde se le llamaba o dar un domicilio equivocado, y cuando se hacía un requerimiento decir: "ayer, precisamente, se ha marchado a Canarias"; iba el exhorto a Canarias; y entonces decir "ayer marchó a Baleares"; iba el exhorto a Baleares, y contestar "precisamente ayer ha marchado a París"; de este modo pasaba el tiempo, y así se pasaron, como he dicho, cinco años, antes de poder entrar en la vía de apremio, tratándose de una escritura de hipoteca en la que no había habido oposición. Estos obstáculos no se pueden presentar hoy con la redacción de este artículo...»

c) Importancia de dicho domicilio

Ese domicilio es muy importante, pues determinará el lugar donde debe efectuarse el requerimiento de pago, entre otros casos. *Requerimiento de pago que debe hacerse no sólo al deudor, sino también, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor* contra quienes se hubiera dirigido la demanda, domicilio que debe de ser el vigente en el Registro. Así se pronuncia el artículo 686.1 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil:

«En el mismo auto en que se despache ejecución se mandará que se requiera de pago al deudor, y en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer

poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro...»

La Ley no ha hecho sino consagrar de manera expresa lo que antes se debía también de hacer, como así se infería de los artículos 130 y 131, reglas 3.^a y 5.^a, en cuanto al deudor y tercer poseedor.

Y respecto del *hipotecante no deudor*, no había antes una alusión expresa al mismo a efectos de la fijación de un domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones; si bien en la reforma que se hizo de la regla 7.^a, del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, operada por la Ley 19/1986, de 14 de mayo (BOE del 20, corrección de errores en BOE núm. 209, de 1 de septiembre), se aludía expresamente al hipotecante, no como deudor, sino como uno de los interesados que podría solicitar a la autoridad judicial la celebración de la primera subasta, una vez transcurridos los treinta días desde las notificaciones, lo que implicaba que previamente había tenido que ser notificado para tal caso y circunstancia, lo mismo que el deudor y el tercer poseedor. En tal sentido se pronuncia GARCÍA GARCÍA (49) y la propia Ley Hipotecaria. Pero antes de tal reforma, no había alusión expresa «al hipotecante no deudor», por entender que lo dicho para el deudor y el tercer poseedor en cuanto al domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones valía también para el hipotecante no deudor. Así sucedía en la discusión parlamentaria de la Ley Hipotecaria de 1909 (50):

«El señor Blanco Rajoy: La duda que yo abrigaba y que he expuesto a la consideración de la Comisión existe todavía, y creo de necesidad para aclararla, formular un caso concreto. Se trata de un crédito garantizado con hipoteca, constituido, no por el deudor, sino por un tercero con bienes suyos propios, es decir, del tercero; el hipotecante resulta obligado subsidiariamente al pago de ese crédito; no se determina su domicilio en la escritura; tampoco fija aquél, de acuerdo con el acreedor, el precio que habrá de tener la finca para la subasta; y yo pregunto ahora: si en la escritura no consta el domicilio del hipotecante contra el cual necesaria y forzosamente ha de encaminarse el ejercicio de la acción, ¿cómo vais a aplicar lo estatuido en el artículo 2 (relativo al ejercicio de la acción hipotecaria directamente contra los bienes hipotecados)... De manera que yo entiendo que para el caso de que la acción haya de dirigirse contra el hipotecante, no hay términos hábiles de ejercitarle sin que en la escritura se haga constar su domicilio (el señor Guzmán: del deudor). No; es el hipotecante el deudor. He sentado que la hipoteca era contrato de garantía, contrato accesorio; el contrato funda-

(49) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, pág. 78.

(50) *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, *ob. cit.*, pág. 414 y sigs.

mental es el de préstamo. ¿Quién es el deudor? El prestatario; el otro podrá ser un fiador, pero no es bajo concepto alguno, y perdone el señor Santos Guzmán que discuta con él, que se halla a mucha más altura que yo en todas las materias, el deudor al cual tratará de exigirse la responsabilidad en primer término. De ahí que sea necesario reformar el artículo haciendo mérito de que si la hipoteca se constituye con bienes de tercero, sea forzoso que en la escritura consten el nombre y domicilio del hipotecante...

Si no se le requiere de pago (al hipotecante), yo pregunto a la Comisión: ¿cuándo, en qué tiempo, en qué forma, en qué periodo de ese expediente sumario va el hipotecante a hacer uso del beneficio de excusión?... De suerte que el hipotecante se encontrará privado de sus bienes, sin que se le haya practicado una mala diligencia de requerimiento de pago.

El señor Lastres (de la Comisión): Yo creo que el señor Blanco y Rajoy ha padecido una ligera ofuscación, que no puede ser más que de momento, sosteniendo algo que no está enteramente conforme con la naturaleza de la acción real, habiendo sostenido principios y doctrinas que no se acomodan, enteramente, a la esencia de la acción hipotecaria que... es esencialmente real y, por consiguiente, va contra los bienes... ¿No ha constituido éste (el hipotecante) una garantía con bienes suyos para la seguridad de la obligación de un tercero? ¿No sabe que esta obligación produce tales y cuales efectos, y que se ha de satisfacer en una fecha determinada? Pues que se preocupe de salvar esas dificultades, porque cuando llegue la hora, si no lo ha hecho, no podrá utilizar la acción especial consignada en la ley. (El señor Blanco y Rajoy: Tampoco lo ignora el deudor y, sin embargo, se establece la diligencia de requerimiento de pago)... Pues qué ¿se va a apremiar al hipotecante por esa vía que establece el artículo 2.º, sin audiencia de ningún linaje, va a expropiársele de sus bienes, sin que previamente se le otorgue el medio de defensa, cuando ese mismo medio de defensa puede establecerse en la escritura, porque si no se obliga solidariamente, claro es que, dentro del plazo de requerimiento, tiene derecho a exigir y hacer valer el beneficio de excusión? De modo que yo entiendo que el artículo pudiera modificarse en el sentido de que para apremiar al hipotecante, se consignara en la escritura su domicilio...»

d) Cambio de domicilio

Como ya hemos dicho, en la reforma operada por la nueva LEC se alude ya expresamente al domicilio no sólo del deudor, sino también del hipotecante no deudor y del tercer poseedor. Así se pone claramente de manifiesto en el artículo 683 cuando regula el cambio de domicilio señalado para requerimientos y notificaciones:

«1. El deudor y el hipotecante no deudor podrán cambiar el domicilio que hubieren designado para la práctica de requerimientos y notificaciones, sujetándose a las reglas siguientes:

1.^a Cuando los bienes hipotecados sean inmuebles (supuesto que ahora nos ocupa en el presente trabajo), no será necesario el consentimiento del acreedor, siempre que el cambio tenga lugar dentro de la misma población que se hubiere designado en la escritura, o de cualquier otra que esté enclavada en el término en que radiquen las fincas y que sirva para determinar la competencia del Juzgado.

Para cambiar ese domicilio a punto diferente de los expresados, será necesaria la conformidad del acreedor...

2. Los cambios de domicilio a que hace referencia el apartado anterior se harán constar en acta notarial y en el Registro correspondiente por nota al margen de la inscripción de hipoteca.

3. A efectos de requerimientos y notificaciones, el domicilio de los terceros adquirentes de bienes hipotecados será el que aparezca designado en la inscripción de su adquisición. En cualquier momento podrá el tercer adquirente cambiar dicho domicilio en la forma prevista en el número anterior.»

Como vemos, los apartados 1 y 2 del indicado artículo 683, coinciden sustancialmente con el párrafo tercero y cuarto del todavía vigente artículo 130 de la Ley Hipotecaria (hasta la entrada en vigor de la nueva Ley Procesal). No ocurre así con el apartado 3 de dicho artículo 683 en relación con el último párrafo del expresado artículo 130 de la Ley Hipotecaria, pues según aquel precepto el domicilio de los terceros adquirentes será el designado en la inscripción de su adquisición, mientras que este último (aún vigente) consagraba la vinculación para el tercer poseedor del domicilio fijado para notificaciones por el deudor en la escritura de constitución de hipoteca, al decir:

«Todo posterior adquirente de la finca podrá variar el domicilio que encontrare fijado (en el Registro) al tiempo de la adquisición, pero sujetándose a las condiciones y requisitos antes expresados, y, en su defecto, quedará subsistente el que aparezca en el Registro».

En relación con lo expuesto, MORELL Y TERRY (51) consideraba una tiranía inconcebible el que el tercer poseedor de la finca hipotecada tuviese que someterse al domicilio fijado por el deudor. Y así decía:

«...Bueno está que el tercer poseedor ponga en conocimiento del acreedor su domicilio, como variación del anteriormente designado para que se sepa

(51) MORELL Y TERRY, J., *ob. cit.*, pág. 98.

dónde han de practicarse respecto a él toda clase de diligencias judiciales; pero que haya caso en los que el acreedor tenga el derecho de conformarse o no conformarse, es una tiranía inconcebible. El domicilio no debe nunca convertirse en una simple fórmula o ficción para cumplir cómodamente un trámite legal; el domicilio debe ser siempre el verdadero y real del deudor y del tercer poseedor en su caso para que puedan enterarse de cuanto les interese y el conocimiento de ese domicilio verdad es lo único que debe en justicia exigir la ley. Lo demás es sacrificar en aras del cumplimiento de un trámite, la verdad, la justicia y los derechos de personas que no merecen semejante desconsideración...»

Esto es, el domicilio fijado para el deudor lo fijaba dicha parte deudora no sólo, en principio, respecto de sí misma, sino también lo era para los sucesivos terceros poseedores que en el futuro pudieran adquirir la finca hipotecada. Ahora no: el apartado 3 del artículo 683 consagra expresamente que el domicilio de los terceros adquirentes, a efectos de requerimientos y notificaciones, será el que aparezca designado en la inscripción de su adquisición. En la práctica, hay que reconocer que se había consagrado en los Registros la costumbre, respecto de las escrituras de compraventa con subrogación de hipoteca en la que no intervenía la entidad acreedora, de incluir en el cuerpo del asiento correspondiente la manifestación del domicilio del adquirente de la finca a efectos de requerimientos y notificaciones, a pesar de lo que preceptuaba el artículo 130 de la Ley Hipotecaria (cuya redacción actual desaparecerá tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, como ya hemos dicho).

e) Significación de la expresión «un domicilio»

En cuanto al domicilio, se ha planteado también la duda de si la expresión «un domicilio» (expresión que se reitera en el número 2.º, del apartado 2, del artículo 683), es un numeral o un artículo indefinido, o dicho de otro modo, si se pueden señalar varios domicilios o sólo se puede consignar uno. A este respecto, GARCÍA GARCÍA (52) opina lo siguiente:

«...Entendemos que la expresión “un domicilio” no tiene sentido “numeral” de un único domicilio, sino un sentido de artículo o incluso adjetivo indefinido (algún) que permite fijar uno o varios, según conveniencia del deudor o del hipotecante no deudor. Así, puede haber varios deudores en que cabe que fijen un solo domicilio o varios uno para cada uno de ellos; puede

(52) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, pág. 81.

que el deudor y el hipotecante no deudor fijen dos domicilios o uno solo; cabe que el único deudor fije dos domicilios teniendo en cuenta su doble residencia; cabe incluso que, siendo varias las fincas hipotecadas, se fije como domicilio el de la respectiva finca hipotecada sobre la que, en su caso, se ejercite el procedimiento...»

Es más, la propia *Dirección General de los Registros y del Notariado*, en *Resolución de fecha de 5 de septiembre de 1998* (53), declaró que cuando el que presta la garantía es hipotecante no deudor pueden fijarse, a los efectos de los artículos 130 de la Ley Hipotecaria y 234 de su Reglamento, dos domicilios para requerimientos; el del deudor y el del hipotecante. Con lo cual reitera lo dicho, y la conveniencia, ya consagrada legalmente, de fijar un domicilio para el deudor e hipotecante no deudor y tercer poseedor, en su caso. Así se manifestaba el Centro Directivo en sus fundamentos de derecho segundo y tercero:

«2.º Teniendo en cuenta que la expresión “un domicilio” no parece que tenga el sentido de un solo domicilio, sino más bien la palabra “un” puede ser un artículo indeterminado; además la expresión de distintos domicilios para hipotecante y deudor puede facilitar en su día el desarrollo del procedimiento.

3.º Siendo necesario que, pactándose el procedimiento ejecutivo extrajudicial, el domicilio tiene que ser el mismo que el que se pacta para el judicial sumario y, si bien en éste la Ley habla que fijará el domicilio el deudor, en aquél el Reglamento, dice que lo hará el hipotecante, ante esta duda que plantea la legislación, no es defecto, sino más bien prudencia el fijar el domicilio de ambos.»

Con anterioridad, también AVILA ALVAREZ venía afirmando que «nada obsta a que se prevea un domicilio para notificaciones y requerimientos (del hipotecante)» (54).

f) La omisión del domicilio o del tipo para subasta, o la de ambas circunstancias: sus consecuencias

Puede ocurrir que se haya omitido en la escritura de constitución de hipoteca el domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones, o el valor de

(53) *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 42 (2.ª época); noviembre de 1998, págs. 2843 a 2845.

(54) AVILA ALVÁREZ, PEDRO, *La hipoteca (estudio registral de sus cláusulas)*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, pág. 209.

la finca o fincas hipotecadas a efectos de tasación para subasta, o bien ambas circunstancias. En tal supuesto, no podría acudir, por lo tanto, a este procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados por no concurrir en la escritura los requisitos exigidos por el artículo 682.2, 1.º y 2.º de la LEC. Ahora bien, ello no quiere decir que la escritura de constitución de hipoteca no sea inscribible. Lo que ocurre es que la ejecución de la hipoteca deberá efectuarse, en su caso, por otros cauces procesales. No obstante ello, dada la consecuencia que acarrearía la omisión de uno o de ambos de dichos dos requisitos en la escritura de constitución de hipoteca, se debería notificar al presentante o al interesado o interesados dicha circunstancia para que se subsane dicha omisión, si así se desea, y se pueda acudir, en su caso y en su día, al procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados regulados en la nueva LEC.

A este respecto conviene recordar la *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de octubre de 1999* (55), cuyo supuesto, en síntesis, era el siguiente: En autos de separación conyugal se interpuso demanda solicitando la constitución de una hipoteca para garantizar el pago de las pensiones a favor del cónyuge demandante y de los hijos del matrimonio, y a cargo del otro cónyuge sobre una mitad indivisa de una finca perteneciente a este último. Anotada la demanda, se dictó sentencia acordando la constitución legal de la hipoteca, librándose el oportuno mandamiento al Registro de la Propiedad y practicándose la inscripción pertinente de dicho derecho real. Posteriormente la finca fue vendida a una entidad mercantil. Y más tarde, el Juzgado que decretó la inscripción de la expresada hipoteca legal, libró mandamiento interesando del Registro la constancia registral tanto del domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones (lo que así hizo el Registrador), como respecto del valor de la mitad indivisa hipotecada a efectos de subasta que constaba en dicho mandamiento (suspendiendo el Registrador la inscripción, en cuanto a dicho último extremo). El Centro Directivo, sin prejuzgar por qué se inscribió el mandamiento calificado en cuanto al domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones, declara:

«...es lo cierto que siendo principios básicos de nuestro sistema registral el de tracto sucesivo y el de legitimación..., debe confirmarse el defecto señalado por el Registrador ya que, constando inscrita la finca a favor de un tercero, no le es indiferente a éste la valoración que a efectos de subasta se pretende hacer constar en el Registro, pues dicha valoración determinará el desarrollo de la subasta sin que dicho tercero tenga, en el procedimiento judicial sumario (salvando lo dicho, vale para el procedimiento que ahora analizamos), posibilidad alguna de intervenir en su determinación. Por el contra-

(55) BOE, núm. 286, de 30 de noviembre de 1999, págs. 41472 y 41473.

rio, cuando por no constar en el Registro el valor de la finca a efectos de subasta, el acreedor debe acudir al procedimiento ejecutivo ordinario, los terceros adquirentes tendrán derecho a intervenir en el avalúo de los bienes como resulta del artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (ver art. 639, en relación con el art. 658, párrafo segundo, y 662 de la nueva LEC, que permite la presentación por dicho tercero de alegaciones a la valoración en el procedimiento de apremio)... Por tanto, si en el asiento de constitución de hipoteca no se hizo constar el valor de la vivienda y el tercero adquirió confiando en la existencia de un derecho de hipoteca que sólo podrá hacerse efectivo por la vía judicial ordinaria —con sus trámites judiciales específicos—, no podrá acceder ahora al Registro la valoración que los constituyentes den al bien en perjuicio de un posterior adquirente, sin su intervención...»

Sin prejuzgar el cambio de domicilio respecto del cual se practicó el asiento, de la doctrina que emana de esta Resolución se infiere que si se omitió en la escritura de constitución de hipoteca el valor de tasación de la finca o fincas hipotecadas a efectos de subasta, y con posterioridad a la correspondiente inscripción de hipoteca se pretende consignar dicho valor de tasación, en el supuesto de que exista una inscripción de dominio de la finca a favor de un tercero posterior a dicha inscripción de hipoteca, no puede hacerse constar en el Registro dicha valoración. Esta era la tesis que, en cierto modo, mantenía ROCA SASTRE (56) en cuanto a la modificación del tipo de subasta al declarar dicho autor:

«...No obstante, la nueva fijación del tipo de subasta puede repercutir desfavorablemente para los acreedores posteriores si tal tipo se ha disminuido en forma que el remate pueda arrojar un precio insuficiente. Creemos que la ley debería autorizar y regular expresamente esta modificación ulterior, del mismo modo que prevé la alteración del domicilio paccionado, si bien en caso de existir posteriores titulares de derechos reales debería obtenerse el asenso de los mismos...»

En contra de esta última opinión relativa a que para la modificación del tipo de subasta se requiera el consentimiento de los terceros que existan después de la inscripción de constitución de hipoteca, se manifiesta GARCÍA GARCÍA (57), por entender que dichos terceros no tienen aún ningún derecho adquirido, sino «una simple esperanza de carácter procesal, que no puede ser considerada ni siquiera “expectativa” en sentido técnico-jurídico».

(56) ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, Volumen IV-2.º Séptima edición. Editorial Bosch, Barcelona, pág. 1112. Obra ya citada antes.

(57) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, pág. 95.

- g) El domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones y su relación con el principio de tutela judicial efectiva

Por último, y en relación con el domicilio, hay que resaltar la enorme trascendencia que el mismo tiene para que el principio constitucional de tutela efectiva tenga plena operatividad. Y ello por la sencilla razón de que los órganos jurisdiccionales tienen la obligación ineludible de efectuar las citaciones, emplazamientos y notificaciones de una forma personal a los interesados, y esa notificación personal debe de hacerse en el domicilio pertinente, siempre que ello sea posible. De ahí que la *publicación de edictos para la realización de actos de comunicación procesal tiene un carácter marcadamente excepcional y supletorio*, de tal manera que sólo podrá acudirse a esta forma de notificación por los tribunales (y por la propia Administración, en su caso), sólo cuando se haya intentado infructuosamente la notificación personal en el domicilio pertinente y exista una rotunda convicción judicial de que es totalmente infructuosa la comunicación personal.

Son muchísimas las sentencias que avalan lo dicho, habiéndose pronunciado al respecto, de manera profusa, nuestro Tribunal Constitucional, en materia de actos de comunicación procesal. Así entre otras, las sentencias números 9/1981, 29/1984, 37/1984, 71/1984, 157/1987, 171/1987, 47/1989, 141/1989, 166/1989, 132/1991, 242/1991, 167/1992, 103/1993, 275/1993, 312/1993, 108/1995, 180/1995, 80/1996, 81/1996, 126/1996, 99/1997, 65/1999 (58).

Entre las más recientes figura la 109/1999, de 14 de junio de 1999 (59) que, en su fundamento de derecho tercero, sintetiza la doctrina de dicho Tribunal en esta materia, declarando:

«...Desde muy antiguo (STC 9/1981) este Tribunal ha venido señalando la importancia de asegurar la defensa procesal de los ciudadanos mediante la debida contradicción y audiencia. Corolario de ello es la afirmación (y cita diversas de las sentencias antes reseñadas), “del deber que tienen los órganos judiciales de emplear la máxima diligencia en el cumplimiento efectivo de las normas reguladoras de los actos de comunicación procesal, cuidando siempre de asegurar, cuando ello sea factible, que la comunicación llegue al conocimiento real de la parte, ya que este deber judicial constituye parte integrante del derecho a la tutela de los Jueces y Tribunales que garantiza el artículo 24.1 de la C.E. De tal forma que la omisión o la defectuosa realización de los actos de comunicación procesal constituye violación de ese derecho fundamental, siempre que con ello se

(58) *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia.*

(59) *BOE*, núm. 162, de 8 de julio de 1999, pág. 32.

impida a las partes litigantes llegar al conocimiento real que éstas necesitan para defender sus derechos en los procesos en que intervengan, a no ser que la falta de ese conocimiento real tenga su origen y causa determinante en el desinterés, pasividad, negligencia o malicia del interesado o éste haya adquirido dicho conocimiento a pesar del defectuoso emplazamiento". Y en las SSTC 275/1993, 108/1995 ó 126/1996 hemos reiterado, por una parte, que los actos de comunicación procesal no pueden ser considerados como meros trámites que permiten la continuación del proceso, y por otra, la necesidad de que los órganos jurisdiccionales extremen su celo a la hora de "poner en conocimiento de las partes pasivas de un pleito la propia existencia del proceso", dada la trascendencia que estos actos tienen para asegurar el principio de contradicción o audiencia entre las partes. En este sentido, y en relación con la citación a juicio como primer acto procesal de comunicación o emplazamiento, es doctrina reiterada que se trata de un requisito que cobra especial importancia: "La citación es, así, algo más que un mero requisito de forma y por ello se hace preciso, desde el punto de vista de la garantía del artículo 24.1 CE, que el órgano judicial asegure, en la medida de lo posible, su efectividad real (y cita, a continuación, diversas sentencias del TC)..."

En concreto, sobre la notificación edictal ...dijimos lo siguiente: "La citación por edictos... se concibe como 'una modalidad de carácter supletorio y excepcional'"... De ahí que, ciertamente, el emplazamiento personal deba considerarse un instrumento ineludible por cuya efectividad debe el Juez velar, poniendo en la actividad de comunicación la diligencia que sea razonablemente exigible a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso, ...de tal suerte que sólo será admisible (se refiere a la citación edictal) cuando "una vez intentada la comunicación no conste el domicilio del interesado o se ignore su paradero" (STC 303/1994i, STC 190/1995)...»

Y más recientemente, la *sentencia del Tribunal Constitucional 219/1999, de 29 de noviembre de 1999*, se refiere igualmente a un emplazamiento edictal sin haber agotado las posibilidades de comunicación en juicio ejecutivo por préstamo seguido a instancia de una entidad crediticia, que viene a reiterar lo antes dicho al declarar lo siguiente:

No se puede acudir «...a la notificación edictal sin haber agotado otras posibilidades de comunicación que aseguran en mayor grado la recepción por el destinatario de la cédula, ya que dado el carácter de emplazamiento edictal como remedio último para la comunicación del órgano judicial con las partes, debía éste haber extremado los medios que permitiesen el emplazamiento personal y en este sentido resultaba exigible del órgano judicial que garantizase, formalmente al menos, que el demandado podría llegar a tener

conocimiento de la citación, siendo a él únicamente imputables, en caso de que no llegase a ser efectivo, las consecuencias anudadas al emplazamiento edictal, de manera que si este conocimiento no llegara a producirse, en modo alguno ello sería debido a la pasividad del órgano judicial. Pero es que, además, se decidió la citación edictal sin que existiera dato en base al cual pudiera entenderse suficientemente fundado el hecho de que era desconocido el domicilio del demandado o que por haberse mudado de domicilio se encontraba en ignorado paradero, circunstancias que son el presupuesto necesario para la citación edictal...»

Lógicamente, hay que precisar, a nuestro entender, que esta reiterada doctrina de nuestro más alto Tribunal no es de aplicación en los especiales supuestos en que la propia Ley establece la notificación edictal (v. art. 202 de la Ley Hipotecaria en materia de expediente de dominio reanudador del tracto sucesivo interrumpido cuando la inscripción contradictoria tenga más de treinta años de antigüedad).

Un trabajo muy interesante de nuestro compañero LARRONDO LIZÁRRAGA, relativo a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (60), aborda esta materia, partiendo del principio constitucional de tutela judicial efectiva, resaltando especialmente que —en lo que aquí respecta sigue siendo aplicable— son cuatro los intereses que se pretenden proteger con el régimen de requerimientos y notificaciones, según la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional (sentencias 29/1984, 71/1984, 47/1989, 132/1991):

«...a) que el deudor pueda satisfacer el importe de lo adeudado, con anterioridad a la ejecución...; b) concederle la posibilidad de intervenir para oponerse a cualquier irregularidad del procedimiento de apremio; c) que pueda personarse en la subasta para pujar o para provocar la subida de la puja; d) que pueda realizarse mejor el crédito del actor, lo que directamente aminora la responsabilidad universal del artículo 1.911 del Código Civil.

Dada su importancia, el régimen del artículo 131 de la Ley Hipotecaria sobre las notificaciones personales del deudor en el domicilio de la finca hipotecada, es trámite esencial que no puede ser suprimido por ningún otro medio de comunicación (sentencias del Tribunal Supremo de 19-7-94 y 1-6-95). La nulidad del trámite vicia el procedimiento en su conjunto, y la adjudicación (art. 6.3 del Código Civil)...»

(60) LARRONDO LIZÁRRAGA, *ob. cit.*, pág. 311.

V. COMPETENCIA

1. REGULACIÓN

Viene determinada en el artículo 684.1 de la nueva LEC, que establece:

«1. Para conocer de los procedimientos a que se refiere el presente capítulo será competente:

1.º Si los bienes hipotecados fueran inmuebles, el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique la finca y si ésta radicare en más de un partido judicial, lo mismo que si fueran varias y radicaren en diferentes partidos, el Juzgado de Primera Instancia de cualquiera de ellos, a elección del demandante, sin que sean aplicables en este caso las normas sobre sumisión expresa o tácita contenidas en la presente Ley...

2. El tribunal examinará de oficio su propia competencia territorial.»

Este precepto coincide sustancialmente con la regla 1.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en su redacción todavía vigente (pero que ha sufrido una nueva redacción), y que fue redactada por la Disposición Final 1.ª de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal (BOE de 5 de mayo).

2. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LA COMPETENCIA

Se ha discutido si el Registrador puede calificar las reglas de competencia judicial. La cuestión ha perdido trascendencia, a nuestro entender, tras la reforma introducida por la nueva LEC.

A este respecto, y en un análisis evolutivo sobre la materia, cabe citar la *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de diciembre de 1981* (61), que consagraba la doctrina de que la sumisión de las partes a un juzgado determinado podía ser (lógicamente antes de la reforma), no sólo expresa, sino también tácita, sin que en este último caso pudiese el Registrador apreciar la incompetencia del Juez. Y la *Resolución de 17 de julio de 1989* (62), declaró que aun cuando en la escritura de hipoteca las partes se hubieran sometido a determinado Tribunal, podían luego acudir a

(61) *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (BCNR)*, núm. 176. Ver también VILLAPLANA GARCÍA, CONSTANCIO, *Fichero Hipotecario (Jurisprudencial y doctrinal, cerrado a 31-12-1995)*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, págs. 287. Madrid, 1996.

(62) *BCNR*, núm. 258, y *Fichero Hipotecario*, pág. 301.

otro; sin que tal aspecto pudiese ser calificado por el Registrador, quien únicamente podría calificar la falta de competencia objetiva o funcional, mas no la territorial.

RODRÍGUEZ LÓPEZ (63), en un comentario a la Resolución de 31 de diciembre de 1981 (no olvidemos que entonces se admitía la sumisión expresa o tácita a los tribunales en relación con el ejercicio de la acción real hipotecaria sobre bienes inmuebles), partiendo de la redacción que entonces tenía la Ley Hipotecaria que declaraba competente al «Juez al que las partes se hubiesen sometido en la escritura de constitución de hipoteca», planteó si cabía la posibilidad de que con posterioridad a dicha escritura se alterase la sumisión expresa y, todavía más, si cabría igualmente dicha alteración sin necesidad de escritura (e inscripción). Y llegó a la conclusión de que la dicha Resolución de la Dirección General vino a aceptar la sumisión tácita al no estar prohibido expresamente —entonces, repetimos— por el artículo 131 de la Ley Hipotecaria y concurrir en el caso de dicha resolución una serie de circunstancias que aconsejaban la inscripción del testimonio del auto de adjudicación, cuales eran: la conducta positiva del deudor durante el procedimiento, puesto que recibió incluso el sobrante del precio del remate, sin que hubiese indefensión para el demandado; la posible deuda que al actor pudo plantearle la supresión del Juzgado originariamente competente y su absorción por dos Juzgados, y el haberse seguido el procedimiento ante uno de esos Juzgados en los que el anterior quedó absorbido, y ser justamente el escogido aquél en cuyo partido el deudor tenía su domicilio (hay que decir que la doctrina de tal Resolución se encuentra ya superada por la nueva redacción que se dio al art. 131, regla 1.ª de la Ley Hipotecaria, así como por la redacción del art. 684 de la nueva LEC).

Sin embargo, en contra de la opinión mantenida por las Resoluciones anteriormente citadas, un *Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*, concretamente el número 19, de 9 de septiembre de 1999 (64), declara que el Registrador puede apreciar, siendo extremo sujeto a su calificación, la incompetencia del Juzgado o Tribunal en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, entendiendo que procede la denegación de la inscripción (65). Así, dicho Auto se pronuncia, entre otros extremos, del siguiente modo:

(63) RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, «Comentarios a la Resolución de 31 de diciembre de 1981», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 556. Madrid, págs. 701 y sigs.

(64) Auto núm. 19, de 9 de septiembre de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Publicado en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 85, págs. 224 y sigs.

(65) *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 85, págs. 224 y sigs., en las que se incluye también el informe del Registrador don Antonio García Conesa y un comentario del mismo a dicho Auto.

«...El artículo 100 del Reglamento (Hipotecario), como hemos visto, no distingue entre las tradicionales clases de competencia: funcional, objetiva y territorial. Ocurre que la Ley de Enjuiciamiento Civil, junto a los criterios de delimitación de la competencia territorial, admite la sumisión expresa o tácita, como regla general, al entenderse que tal competencia atiende prevalentemente al interés privado de las partes. Pero cuando la Ley excluye expresamente la sumisión y obliga al Juez a examinar su propia competencia, la competencia territorial se constituye en un elemento de admisibilidad de la demanda y se configura como un requisito de orden público, porque se considera que el interés del negocio u objeto del litigio desborda el de las puras partes intervinientes.

En atención a lo anterior, es cierto que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 17 de julio de 1989, estimó el recurso contra la calificación del Registrador por entender que ésta, en cuestiones de competencia, debiera limitarse a los casos en que pudiera ser apreciada de oficio por el Juez, lo que no incluía la competencia territorial. Y es que, ciertamente, la redacción anterior de la regla 1.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria permitía la sumisión expresa en el procedimiento judicial sumario cuando la misma aparecía pactada en la escritura de constitución de la hipoteca. Pero tras la reforma operada por la citada Ley 10/1992, la regla 1.ª fija claramente la competencia territorial y, además, establece taxativamente: "El Juez examinará de oficio su propia competencia territorial, sin que resulten aplicables las normas generales sobre sumisión expresa o tácita de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

La Magistrada aduce... que no cabe en el presente caso la nulidad, pues el artículo 238.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sólo alude, en concreto, a la infracción de las competencias objetiva o funcional. La afirmación es cierta en su literalidad, más, desbordando el ámbito del presente recurso, debe decirse que es, por lo menos, dudoso que la infracción de las normas que regulan la competencia territorial no pueda aducirse como motivo de nulidad procedimental en los casos en que la misma viene imperativamente marcada en la Ley con proscripción de la sumisión, porque entonces se trata, como se decía, de defender los intereses prevalentes públicos o de terceros frente a los privados de las partes...»

Por otro lado, como ya hemos dicho, el apartado 2 del artículo 684 establece: «El tribunal examinará de oficio su propia competencia territorial». Lo que viene a confirmar lo preceptuado en el artículo 58 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a la apreciación de oficio de la competencia territorial por los Jueces y Tribunales (apreciación de oficio que se pone también de manifiesto en la competencia objetiva —v. art. 48 de la nueva LEC— y en la competencia funcional cuando se trata de conocer de los recursos —v. art. 62 de dicha LEC—).

Respecto a la calificación de la competencia, GÓMEZ GÁLIGO (66) y GARCÍA GARCÍA (67) entienden, con referencia al procedimiento judicial sumario aún vigente, que no sólo la falta de jurisdicción o la falta de competencia objetiva o funcional, sino también la territorial, son calificables por el Registrador, y ello con base en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, por ser una materia no ya de orden privado (antes sí cabía el acuerdo de sumisión expresa o tácita), sino de orden público.

Cierto que el artículo 100 del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria alude a la calificación por el Registrador de «la competencia del Juzgado o Tribunal», sin distinguir entre la competencia objetiva, funcional o territorial. Ya la Resolución antes citada de 17 de julio de 1989, si bien declaró que el Registrador no era competente para entrar en el análisis de la competencia territorial, sí afirmó que podría alegar la falta de competencia objetiva y funcional. Sin embargo, el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción, es una norma más específica que el artículo 100 de dicho Reglamento. Y aquel precepto cuando se refiere expresamente a la calificación por el Registrador en lo que atañe a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que puedan dar lugar los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, en ningún momento alude, como extremo al que se extienda la calificación de los documentos que puedan provocar la inscripción dominical y la consiguiente cancelación de cargas posteriores en este procedimiento, a las cuestiones de competencia. Ello podría llevarnos a la conclusión de que ese aspecto de la competencia no puede ser abarcado por la calificación registral en el procedimiento de ejecución directa de bienes inmuebles hipotecados. Sobre todo si tenemos en cuenta que es un precepto de rango legal (art. 132 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción) y no reglamentario (art. 100 del Reglamento Hipotecario) el que regula, además específicamente, el ámbito de la calificación del Registrador en lo que se refiere a la documentación causante de la inscripción dominical y la consiguiente cancelación de los asientos pertinentes en este procedimiento que nos ocupa. De ahí que consideremos que la interpretación que entiende que el citado artículo 132 de la Ley Hipotecaria se ve complementado por el artículo 100 de su Reglamento, aparece debilitada por los argumentos antes expuestos y por la tendencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de competencia y en lo relativo a la calificación registral

(66) GÓMEZ GÁLIGO, FRANCISCO JAVIER, Obra antes citada, «Aspectos registrales del procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH (procedimiento judicial sumario)», publicado en *Práctica Hipotecaria (Jornadas sobre Ejecución Hipotecaria)*, núm. 2. Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Editorial Marcial Pons, Barcelona, 1994, págs. 95 y 96.

(67) GARCÍA GARCÍA, J. MANUEL, *ob. cit.*, págs. 98 y sigs.

de los documentos judiciales, tendente en cuanto a esto último, a que los extremos de la calificación se circunscriban más bien a aquellos supuestos en que se pueda haber incurrido en indefensión (así ausencia de notificaciones).

VI. DEMANDA EJECUTIVA Y DOCUMENTOS QUE DEBERAN ACOMPAÑARSE A LA MISMA

Como cuestión previa, no se puede olvidar que estamos ante el ejercicio de una acción real hipotecaria que pretende la realización de valor de la finca hipotecada, y no ante el ejercicio de una acción personal de reclamación de cantidad que se ejercite como consecuencia de haber tenido lugar el impago de la obligación garantizada. Aquí se trata de obtener la ejecución de la finca hipotecada, independientemente de la cantidad que debe de ser satisfecha. Distinguiremos, pues, entre:

1. **Quién debe firmar la demanda.**
2. **Cuál es su objeto.**
3. **Contra quién debe de dirigirse.**
4. **Contenido.**
5. **Documentos que han de acompañarse a la misma.**

1. QUIÉN DEBE DE FIRMAR LA DEMANDA

A diferencia de la regla 2.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria que aludía «a demanda autorizada por letrado», ahora en el artículo 685 no se hace referencia a ello. Como tampoco se hace alusión en dicho artículo a los «documentos comprobantes de la personalidad, incluso los que acrediten el poder del Procurador», a que hacía referencia la regla 3.^a del indicado precepto. No obstante, creemos que continúan claramente vigentes los criterios anteriores al respecto: la demanda deberá ser autorizada por abogado y acompañarse el poder pertinente del correspondiente procurador por aplicación, además, de principios generales consagrados en la propia LEC. A pesar de que no haya litigio en este tipo de procedimiento, así parece deducirse del articulado de la nueva Ley Procesal y, en concreto, de su artículo 31, en cuanto a la autorización mediante la firma de abogado; y en cuanto a la intervención y apoderamiento del procurador, de los artículos 23 y 24 de dicha Ley, y del artículo 550.1.2.º, que alude al «poder otorgado a procurador, siempre que la representación no se confiera *apud acta* o no conste ya en las actuaciones».

2. OBJETO DE LA DEMANDA

Hay que partir de la consideración de que nos encontramos ante el ejercicio de la acción real hipotecaria, no de una acción personal. Como muy bien afirma GARCÍA GARCÍA (68):

«...El objeto propiamente dicho de la demanda es obtener la ejecución, y que el impago de las cantidades no opera directamente como objeto, sino que es el presupuesto de la ejecución, y por eso se acompaña el acta de requerimiento de pago sin haber obtenido resultado positivo...»

Por otra parte, la obtención del cobro de la cantidad opera también como el resultado o consecuencia mediata de la realización de valor de la finca hipotecada, pues con el importe de la subasta se ha de hacer pago en primer lugar al acreedor hipotecario demandante. Pero eso no obsta para que el objeto directo del procedimiento sea la ejecución de la finca hipotecada, pues no se discute en el procedimiento la cantidad que ha de ser pagada...»

3. CONTRA QUIÉN SE DIRIGE LA DEMANDA

A este respecto, el apartado 1 del artículo 685 establece claramente:

«La demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes...»

Y esto es muy importante, pues es un extremo calificable por el Registrador, según se desprende del número 1.º del artículo 132 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción dada por la Disposición Final novena, número 7, de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que extiende la calificación registral al extremo, entre otros, de que haya sido demandado y requerido de pago el deudor, y, en su caso, el hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse la certificación de cargas en el procedimiento.

4. CONTENIDO DE LA DEMANDA

No alude expresamente a este contenido el artículo 685 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, pero sí, en cierto modo, el artículo 575. Creemos

(68) GARCÍA GARCÍA, J. MANUEL, *ob. cit.*, pág. 132.

que sustancialmente el contenido mínimo continúa siendo el que exigía la regla 2.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, esto es:

A) *Los hechos y las razones jurídicas determinantes de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito y de la competencia del Juzgado* (este último extremo parece ser ya que no es calificable por el Registrador, como ya hemos dicho anteriormente). Cabe tener en cuenta al respecto el artículo 399 de la LEC, referente a la demanda y a su contenido en cuyo precepto se determinan los datos que deben de reflejarse en la demanda y la forma de incluirlos en la misma (entre cuyos datos figuran las alegaciones que procedan sobre la competencia).

Por «certeza» entendemos que es la especificación y concreción del crédito que viene determinado según los distintos tipos de hipotecas en cuestión (cuenta corriente, interés variable...).

Por «subsistencia» de la hipoteca debe entenderse que la hipoteca base de la ejecución se encuentra vigente registralmente, lo que fácilmente se acredita al expedir la certificación de cargas en el procedimiento.

Por «exigibilidad» del crédito se entiende el transcurso del plazo pertinente sin haber satisfecho la cantidad que correspondía al período pactado. Hay que decir que la exigibilidad del crédito entra en clara conexión con las causas de vencimiento anticipado y con la famosa sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de marzo de 1999, como más adelante veremos.

Pues bien, todo lo dicho tiene fácil acreditación con el título o títulos de crédito inscrito en el Registro competente. Por eso debe acompañarse a la demanda dicho título de crédito, como se desprende del apartado 2 del artículo 685 de la nueva Ley Procesal.

B) *La cantidad exacta que se reclame*

En la regla 2.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria se hablaba de «la cantidad exacta que por todos los conceptos sea objeto de reclamación». En el artículo 575 de la nueva LEC, en su apartado 1, se establece lo siguiente:

«La ejecución se despachará por la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva en concepto de principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos, incrementada por la que se prevea para hacer frente a los intereses que, en su caso, puedan devengarse durante la ejecución y a las costas de ésta. La cantidad prevista para estos dos conceptos, que se fijará provisionalmente, no podrá superar el 30 por 100 de la que se reclame en la demanda ejecutiva, sin perjuicio de la posterior liquidación».

Obsérvese que dicho precepto se encuentra incardinado dentro del Capítulo I (De la ejecución dineraria: Disposiciones generales), del Título IV (De la ejecución dineraria), por lo que estamos en sede de disposiciones generales, máxime si atendemos a la nueva redacción del artículo 129 de la Ley Hipotecaria.

a) Individualización de los distintos conceptos garantizados hipotecariamente

Ahora bien, ¿estaría correcta la formulación de la demanda si no se especifica individualmente lo que se reclama por principal, por intereses remuneratorios, por intereses de demora, por costas y gastos, y/o por otras prestaciones accesorias, en su caso? Rotundamente creemos que no: reiteradísimas son las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de nuestro Tribunal Supremo, que en aras del principio hipotecario de especialidad o determinación exigen la perfecta determinación en la escritura de constitución de hipoteca, con la debida claridad, individualidad y especificidad de los diferentes conceptos que integran la responsabilidad hipotecaria, conceptos que no pueden ser mezclados ni intercambiados. Porque entonces, ¿qué sentido tiene que el artículo 692, en su apartado 1, afirme que *«el precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos, exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria»*, o que el nuevo artículo 132 de la Ley Hipotecaria, al determinar la calificación del Registrador en este tipo de procedimiento, declare que se extiende, entre otros extremos, a *«que lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no exceden del límite de la respectiva cobertura hipotecaria»* (núm. 3.º del art. 132 de la Ley Hipotecaria)?

A este respecto, una reciente *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2 de marzo de 2000* (69) (BOE núm. 77, de 29 de marzo del presente año), a propósito de una hipoteca ejecutada mediante procedimiento extrajudicial a través de notario (y dado el carácter estrictamente registral de la hipoteca, aplicable también al procedimiento que nos ocupa) hace hincapié en la especial trascendencia que para todos los interesados en el procedimiento tiene la fijación exacta, desde su inicio, de lo reclamado por cada uno de los diversos conceptos. Entraremos más de lleno en el análisis de dicha Resolución más adelante al tratar el tema del sobrante

(69) Resolución de la DGRN de 2 de marzo de 2000. Publicada en el BOE, núm. 77, de 29 del mismo mes y año.

que pueda resultar, en su caso, como consecuencia del remate o adjudicación de la finca o fincas subastadas.

- b) Reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes y vencimiento anticipado de deudas a plazos

En relación con las cantidades objeto de reclamación, debe de traerse especialmente a colación la *sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999, de su Sala 1.ª* (70), cuyo ponente fue MELÉNDEZ HERNÁNDEZ, que tanta alarma ha causado entre las entidades crediticias. En especial, dicha sentencia, por otra parte aislada, vino a afirmar que los bancos no podían exigir el vencimiento anticipado de un crédito hipotecario, en el caso de que el deudor dejase de pagar alguna de las cuotas de amortización. Para tan Alto Tribunal dichas cláusulas constituyen un pacto «contrario a las leyes» y son nulas por contravenir varios preceptos del Código Civil y dos artículos de nuestra Ley Hipotecaria: el 127 y el 135. Dice dicha sentencia, entre otros extremos:

«...Podemos afirmar que la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes (a los varios preceptos del Código Civil y a los arts. 127 y 135 de la Ley Hipotecaria, a los que se opone frontalmente). Por tanto, da lugar a un pacto nulo, subsumible en el claro anatema del artículo 6 del Código Civil: “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno Derecho...”

“Los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria demuestran elocuentemente que la condición que precipita el vencimiento del préstamo constituye una cláusula poderosamente revolucionaria en el juego normal de los préstamos hipotecarios, tal como los regula nuestro Derecho sustantivo”.

Entronizando esta condición se puede abortar anticipadamente la biología del préstamo garantizado».

GARCÍA GARCÍA (71) declara que lo negativo de esta sentencia es considerar nulas, sin más consideraciones, cualquier cláusula de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, que dicha sentencia llama «cláusulas de con-

(70) Sentencia de 27 de marzo de 1999, Sala 1.ª del TS. *Base de Datos de Jurisprudencia Aranzadi (BDA)*.

(71) GARCÍA GARCÍA, J. M., «Los llamados “pactos de vencimiento anticipado de la hipoteca” como condición resolutoria explícita del préstamo hipotecario. Lo positivo y lo negativo de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999». Artículo publicado en la revista *«Lunes Cuatro Treinta»*, núm. 264, págs. 10 a 26.

dición resolutoria del préstamo hipotecario», ignorando que hay cláusulas de vencimiento anticipado que son perfectamente válidas, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, cuando están en íntima conexión con la garantía real hipotecaria y que, por ello, deben de tener trascendencia real inmobiliaria e inscribirse en el Registro de la Propiedad; y que, en cambio, las que son ajenas a la garantía hipotecaria no deben de ser inscribibles, por ser de carácter puramente obligacional o incluso ilícitas por ir en contra de disposiciones legales o por carecer de causa. Y entre las cláusulas admisibles debe figurar la de vencimiento anticipado por falta de pago de los intereses y cuotas de amortización, siempre que ello así se haya pactado en la escritura de constitución de hipoteca y se halla inscrito tal pacto en el Registro, por la sencilla razón de que los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria no excluyen la validez del pacto de vencimiento anticipado, ni se lo cuestionan, sino que sencillamente no se ocupan de él, pues no se trata de materia propia de tales preceptos, sino del artículo 1.255 del Código Civil y, por lo tanto, dichos artículos no contienen ninguna prohibición que impida tal tipo de cláusulas. Como veremos, esta es la tesis que mantiene la recientemente publicada LEC.

Por su parte, LÓPEZ LIZ (72) entiende que el «préstamo no se resuelve, ni mucho menos la hipoteca, sino que simplemente se precipita el vencimiento, con lo que se hacen cesar los efectos de la obligación». El mismo autor, así como otros autores, han sostenido el carácter aislado de esta sentencia, y que la hipoteca se constituye precisamente para eso: para garantizar el vencimiento anticipado del préstamo, de tal manera que «el impago de la obligación produce el vencimiento del préstamo y la ejecución de la hipoteca, es decir, pasa ésta de la fase de seguridad a la fase de ejecución». En el mismo sentido de la validez del pacto se pronuncian ROCA SASTRE y CAMY SÁNCHEZ CAÑETE. El primero, citado igualmente por LÓPEZ LIZ, sostiene que la llamada hipoteca de amortización no es de «tracto sucesivo», a diferencia de la que garantiza plazos diferentes (arts. 135, párrafo 2.º y 127, párrafos 1.º y 2.º de la Ley Hipotecaria); es decir, no existe ninguna relación de tracto sucesivo, ya que por el hecho de que la amortización del crédito se realice gradualmente, no por eso la hipoteca deja de garantizar un «capital unitario», en la cual lo que es deuda principal queda jurídicamente diferenciado de lo que son intereses o prestaciones accesorias, aunque económicamente se comprendan parte del capital y parte de los intereses, en todas y cada una de las cuotas correspondientes de amortización. Y CAMY por su parte, sostiene la validez de tal pacto, por entender que implícitamente se recoge en el propio artículo 145 de la Ley

(72) LÓPEZ LIZ, JOSÉ, «Perfecta legalidad de la causa de vencimiento anticipado por incumplimiento por el deudor de su obligación de pago en los contratos de hipotecas», publicado en *La Ley*, núm. 4887, págs. 1 y sigs.

Hipotecaria, aparte de considerar que tal pacto es una concreción de un principio general del Derecho Civil, que permite al acreedor ponerse a salvo del posible incumplimiento de las obligaciones, implicado en un estado de insolvencia del deudor, sobrevenido con posterioridad al nacimiento de ellas, pero anterior a su consumación o cumplimiento.

El magistrado de la Audiencia Provincial de Sevilla, CONRADO GALLARDO CORREA (73), en la conferencia que sobre «Intereses, costas y vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria» pronunció el 20 de enero del presente año en el Centro de Estudios Registrales de Andalucía Occidental, en el ciclo de conferencias que sobre «Jornadas sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Ejecución y Registro de la Propiedad», organizó el Decanato Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, trató sobre esta sentencia de nuestro Tribunal Supremo, afirmando que la misma le parece coherente con la línea jurisprudencial que trata de restablecer el equilibrio entre las partes, *«preconizando claramente la perdurabilidad del préstamo hipotecario, de manera que el préstamo ha de prolongarse hasta el último día convenido en el contrato, de tal manera que el artículo 127 de la Ley Hipotecaria sólo permite dos posibilidades al comprador del bien: o se soporta la hipoteca hasta el futuro vencimiento del último plazo convenido o se deposita el dinero que el acreedor sólo podrá cobrar en el futuro cuando venzan los plazos. A su vez, el vigente artículo 135 de la Ley Hipotecaria preconiza igualmente en los casos de venta de la finca por el impago de alguno de los plazos o de los intereses que se venda la finca, pero ésta se transferirá al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviese satisfecho»*.

Sin embargo, dicho magistrado no comparte la sentencia en el sentido de que hay otros preceptos del ordenamiento jurídico de los que se desprende la validez de todas aquellas cláusulas que se funden en una disminución de las garantías que en su día se tuvieron en cuenta para formalizar el préstamo (así el art. 5 de la Ley del Mercado Hipotecario y 205 del Código de Comercio), siempre que se trate de una disminución significativa y relevante y se fije un criterio objetivo para su determinación; además, *«porque no parece se pueda prohibir la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento por parte*

(73) GALLARDO CORREA, CONRADO, «Intereses, costas y vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria». Conferencia pronunciada en *Jornadas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ejecución y Registro de la Propiedad*, organizadas por el Decanato Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España a través de su Centro de Estudios Registrales, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, los días 19, 20 y 21 de enero del presente año 2000. Se publicó dicha conferencia en el Boletín interno de información registral «La Buhaira», núm. 17, págs. 94 y sigs.

del deudor de sus obligaciones si el artículo 1.124 del Código Civil considera implícita la facultad de resolver las obligaciones en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe...»

Por su parte, el notario LOIS PUENTE (74) ha venido defendiendo que el pacto de vencimiento anticipado en los créditos hipotecarios vulneraba el artículo 1.129 del Código Civil, no constituyendo dicho pacto la modalización de un plazo y no siendo un supuesto más de excepción del artículo 1.129 de dicho Cuerpo legal, al mismo tiempo que ha sostenido que en realidad tal pacto es una auténtica condición resolutoria.

Dada la difusión de dicha sentencia de nuestro Tribunal Supremo, la *Asociación Hipotecaria Española trató de delimitar el alcance de la misma y formuló consulta al respecto, con fecha 28 de junio de 1999, a la Dirección General de los Registros y del Notariado, quien dictó Resolución de fecha 2 de julio del mismo año*, en la que reiteró su doctrina del carácter inscribible de las cláusulas de vencimiento anticipado por falta de pago de cualquier cantidad adeudada y la no admisibilidad de dichos pactos por comportamiento distintos del incumplimiento mismo de la obligación garantizada; declarando asimismo que, en el ámbito sustantivo civil, el plazo se presume establecido en beneficio de ambas partes, acreedor y deudor, salvo que otra cosa resulte del tenor de la obligación, por lo que es perfectamente ajustado al artículo 1.255 del Código Civil y el cumplimiento en el artículo 1.124 de dicho Cuerpo Legal, el pacto de vencimiento anticipado por impago de alguna cuota de amortización de capital o abono de intereses. Concluye dicha Resolución declarando que la Dirección no puede pronunciarse por vía de consulta sobre materias propias de la calificación registral, reiterando que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y que las sentencias judiciales sólo producen efectos *inter partes* y que no afectan a la presunción de existencia del derecho, titularidad y posesión jurídica derivadas de la inscripción que produce efectos *erga omnes* a menos que se dicten en procedimiento seguido contra el titular registral y que las mismas produzcan la oportuna inscripción.

A este respecto cabe citar algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo como la de 28 de febrero de 1958, 14 de abril de 1986 ó 20 de octubre de 1993, a la luz de las cuales se ha querido ver la posibilidad del vencimiento anticipado de la total deuda garantizada. Así se puso de manifiesto en la Mesa Redonda sobre ejecución hipotecaria, organizada recientemente por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC), en cuya mesa se

(74) LOIS PUENTE, JOSÉ MANUEL, en *Análisis de las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo y en especial en los préstamos hipotecarios. Examen de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999. Examen de los aspectos conflictivos del vencimiento anticipado en los que la sentencia no ha entrado*. V. Dicho trabajo y pág. 2 del mismo. *Mesa redonda antes referida organizada por AUSBANC*.

citaron sentencias incluso de las Audiencias Provinciales, avalando dicha tesis (así la de la A.P. de Valencia de 17 de octubre de 1990, A.P. de Barcelona de 31 de octubre de 1990, y A.P. de Ciudad Real de 3 de mayo de 1993) (75).

En resumen, todo el debate que ha causado esta sentencia de nuestro Tribunal Supremo se centra en dilucidar si el espíritu del legislador hipotecario fue en su día que la obligación principal garantizada hipotecariamente (normalmente lo es un préstamo) debiera subsistir hasta el final del plazo pactado o, por el contrario, entendió el legislador que no debía regular materia sustraída al principio de autonomía de la voluntad. O, dicho de otro modo: si tienen carácter imperativo o no los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria.

Tal vez el legislador, ante el impacto causado en las entidades crediticias por dicha sentencia, que podrían restringir la concesión de créditos hipotecarios ante la falta de viabilidad de las eventuales ejecuciones de hipotecas en cuyas escrituras se hubiese pactado tal cláusula, ha optado por pronunciarse abiertamente al respecto y dar solución a tal asunto. Así dice el artículo 693 de la nueva LEC, titulado «Reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes. Vencimiento anticipado de deudas a plazos»:

«1. Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si venciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro....

Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha...»

Se recogen en este primer apartado casi idénticamente los párrafos primero y segundo del artículo 135 de la Ley Hipotecaria. Pero es el apartado 2 del artículo 693, el que marca claramente la diferencia atacando frontalmente la doctrina de la sentencia antes referida del Tribunal Supremo, pues admite la reclamación por la totalidad del débito cuando se ha pactado expresamente

(75) *Análisis de las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo, y en especial en los préstamos hipotecarios. Examen de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999, por ROCHE NAVARRO, ALEJANDRO, pág. 11, de dicho trabajo en el que cita dichas sentencias. Mesa redonda antes citada sobre Ejecución Hipotecaria. Jornadas sobre operaciones bancarias: conceptos matemáticos, aspectos jurídicos y malas prácticas bancarias, 21-24 de febrero de 2000. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC).*

y se ha inscrito tal pacto de vencimiento anticipado en caso de falta de pago de alguna cuota:

«2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro».

Por lo tanto, habiendo pacto expreso en tal sentido, cabe la reclamación por la totalidad.

Y a continuación establece dicho artículo en su apartado 3 un derecho del acreedor, aun cuando se haya declarado el vencimiento anticipado del préstamo por impago de alguna cuota, consistente en que el mismo solicite del juzgado libre comunicación al deudor para que el mismo, si quiere —y puede—, libere el bien antes de la celebración de la subasta, pagando las cantidades a que se refiere dicho apartado. Apartado que, asimismo, prevé como derecho del deudor el que ésta pueda proceder, por una sola vez, y caso de ser la finca hipotecada la vivienda familiar, y aunque no medie el consentimiento del acreedor hipotecario, a la liberación mediante la consignación de dichas cantidades.

Dicho apartado en cuestión reza del modo siguiente:

«3. En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

Si el bien hipotecado fuese la vivienda familiar, el deudor podrá, por una sola vez, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en el apartado anterior, se liquidarán las costas y, una vez satisfechas éstas, el tribunal dictará providencia declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante».

Estimamos la conveniencia (por no decir necesidad) cuando se solicite la publicidad registral —en especial certificaciones—, de reflejar el pacto de

vencimiento anticipado en el que se establece tal vencimiento de la totalidad de la deuda por impago de algún plazo; no faltando autores, como GARCÍA GARCÍA (76), que sostiene la conveniencia de reflejar en el acta de la inscripción del préstamo hipotecario dicho pacto de manera expresa mediante su sujeción a condición resolutoria.

5. DOCUMENTOS QUE HAN DE ACOMPAÑARSE A LA DEMANDA

A estos documentos se refiere el apartado 2 del artículo 685, que se remite, a su vez, en cuanto a los mismos, al artículo 550 y, en sus respectivos casos, a los artículos 573 y 574 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A) *Título de crédito*

En primer lugar, como antes ya hemos dicho, y como regla general, a la demanda se acompañará *el título o títulos de crédito* con los requisitos establecidos legalmente para que pueda despacharse la ejecución. *Y si no se puede presentar* o aportar junto con la demanda el título inscrito, esto es, la copia autorizada de la escritura de constitución de hipoteca inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente, deberá presentarse entonces *otra copia autorizada de dicha escritura junto con certificación del Registro acreditativa de haberse practicado la inscripción* de dicha hipoteca y la subsistencia de la misma. En dichos términos se pronuncia el apartado 2, del expresado artículo 685, que es prácticamente fiel trasunto del número 2.º de la regla 3.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria aún en vigor. Establece dicho artículo 685.2:

«A la demanda se acompañarán el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución, así como los demás documentos a que se refieren el artículo 550 y, en sus respectivos casos, los artículos 573 y 574 de la presente Ley. En caso de ejecución sobre bienes hipotecados... si no pudiese presentarse el título inscrito, deberá acompañarse con el que se presente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca...»

Por lo tanto, lo normal es presentar, como hemos dicho, la copia inscrita de la escritura de la constitución de hipoteca cuya ejecución se pretende, con

(76) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, Trabajo antes citado, en *Lunes Cuatro Treinta*, núm. 264, pág. 22 y sigs.

los requisitos exigidos por la LEC, para que se pueda despachar la ejecución. A este respecto, el artículo 517 de la LEC, en su apartado 1 y en el número 4.º, de su apartado 2, establece:

«1. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución.

2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos:

4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda, que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar o, de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes...»

Supletoriamente, pues, si no se puede aportar dicho título inscrito, se presentará otra copia autorizada de la escritura de hipoteca junto con el certificado del Registro acreditativo de la inscripción de la misma y de su subsistencia. Ciertamente, *se podría haber exigido que sólo se aportase dicha certificación*, por la sencilla razón de que estamos, como reiteradamente venimos afirmando, ante un procedimiento de base estrictamente registral, en el que lo importante es que la hipoteca conste inscrita y subsistente. Piénsese, además, que en no pocas ocasiones se modifica la hipoteca, y esa modificación, en el caso de que haya tenido reflejo en el Registro de la Propiedad, constará en la certificación registral, sin necesidad de acudir a copia autorizada de la misma. Todo ello vendría avalado, por otra parte, por el carácter de documento público de la propia certificación registral, que consagra el artículo 317.4.º de la nueva LEX, cuando afirma:

«A efectos de prueba en el proceso, se considerarán documentos públicos:

4.º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales».

En materia de hipotecas que puedan estar constituidas sirviendo de cobertura en el Mercado Hipotecario, el propio artículo 685 de la nueva LEC, en su apartado 4, que es fiel reproducción del último párrafo del número 2.º de la regla 3.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, cuyo párrafo fue incorporado por la Ley 19/1996, de 14 de mayo, dice:

«Para la ejecución de las hipotecas sobre bienes inmuebles constituidas a favor de una Entidad de las que legalmente pueden llegar a emitir cédulas hipotecarias o que, al iniciarse el procedimiento, garanticen créditos y préstamos afectos a una emisión de bonos hipotecarios, bastará la presentación de una certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca. Dicha certificación se completará con cual-

quier copia autorizada de la escritura de hipoteca, que podrá ser parcial, comprendiendo tan sólo la finca o fincas objeto de la ejecución.»

Obsérvese que este precepto es, en cierto modo, una excepción a la regla general, pues se habla de acompañar «cualquier copia», sin que sea necesaria primera copia, incluso puede defenderse que no es necesario que la autorizada lo sea conforme dispone lo dispuesto en el artículo 517.2.4.º

No obstante, el principio general de que a la demanda se acompañe el título o títulos de crédito, tiene también otras excepciones. Así:

- a) En «la hipoteca en garantía de títulos», el artículo 155 de la Ley Hipotecaria exige tan sólo que en el procedimiento para hacer efectiva la acción hipotecaria nacida de los títulos, se acompañen los mismos títulos u obligaciones junto con el certificado de la inscripción de hipoteca en el Registro de la Propiedad.
- b) El artículo 6 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación de préstamos hipotecarios:

«La entidad subrogada deberá presentar para la ejecución de la hipoteca, además de su primera copia auténtica inscrita de la escritura de subrogación, el título de crédito, revestido de los requisitos que la LEC exige para despachar la ejecución. Si no pudiese presentar el título inscrito, deberá acompañar, con la copia de la escritura de subrogación, certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca».

B) Poder del procurador

Un segundo documento que debe acompañarse a la demanda, a que se refiere el artículo 550, apartado 1, número 2.º de dicho Cuerpo Legal, por remisión que al mismo hace el apartado 2 del artículo 685 de la nueva LEC, y al que ya se ha aludido anteriormente, es «el poder otorgado a procurador, siempre que la representación no se confiera *apud acta* o no conste ya en las actuaciones».

C) Otros documentos

Continúa el artículo 550.1.3.º y 4.º especificando como documento que acompañarán a la demanda ejecutiva:

«3.º Los documentos que acrediten los precios o cotizaciones aplicados para el cómputo en dinero de deudas no dinerarias, cuando no se trate de datos oficiales o de público conocimiento.

4.º *Los demás documentos que la ley exija para el despacho de la ejecución».*

Hay que tener en cuenta que en este tipo de procedimientos estamos, no ante deudas no dinerarias, sino ante ejecución dineraria, a la cual le es de aplicación el artículo 571 y siguientes de la nueva Ley Procesal (Título IV), y sabido es que, conforme al artículo 571, «las disposiciones de dicho Título se aplicarán cuando la ejecución forzosa proceda en virtud de un título ejecutivo del que, directa o indirectamente, resulte el deber de entregar una cantidad de dinero líquida». El número 3.º del artículo 550.1 contempla, pues, un método para lograr la conversión en dinero, a efectos de cómputo, de deudas que no son dinerarias.

a) Qué se entiende por cantidad líquida

Por *cantidad líquida* habrá que estar a lo que preceptúa el apartado 1 del artículo 572, que declara lo siguiente:

«Para el despacho de la ejecución se considerará líquida toda cantidad de dinero determinada que se exprese en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles. En caso de disconformidad entre distintas expresiones de cantidad prevalecerá la que conste con letras. No será preciso, sin embargo, al efecto de despachar la ejecución, que sea líquida la cantidad que el ejecutante solicite por los intereses que se pudieran devengar durante la ejecución y por las costas que ésta origine...»

b) Documento por saldo de la cuenta

Y el apartado 2 de dicho artículo 572 prevé que pueda *«despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo. Y en este caso, el último párrafo de indicado precepto establece que «sólo se despachará la ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación».*

Del apartado 2 de dicho artículo 572 se desprende, pues, que para la determinación de la liquidez de la cantidad objeto de reclamación por la que puede despacharse ejecución, se considerará también como cantidad líquida la

resultante de la liquidación efectuada por la parte acreedora en la forma estipulada por las partes en el propio título ejecutivo. Y ya no añade más dicho artículo. Como dice PRETEL SERRANO (77), *«no se especifica más: no hay ninguna referencia a entidades de crédito, ni a la doble libreta, ni tampoco salvedad o modificación alguna para el caso en el que la obligación estuviere garantizada con hipoteca»*.

Por su parte, el artículo 695.1.2.^a de la LEC (relativo a las llamadas por dicha Ley Procesal «causas de oposición») viene a consagrar la posibilidad de oponer como causa de «oposición» (que debería ser más bien de «suspensión», pues las causas de «oposición» deberían ser ilimitadas, como en su momento veremos) el error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo de una cuenta entre ejecutante y ejecutado, centrando la discrepancia en el saldo que arroje la libreta de ambos, deudor y acreedor. Pero es que el párrafo segundo de dicha causa 2.^a, establece la no obligatoriedad de acompañar la libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación que expida la entidad acreedora, si bien se deja la posibilidad al ejecutado para que determine los puntos en que muestra su desacuerdo con la liquidación efectuada por la entidad.

Así pues, nos encontramos ante una serie de obligaciones garantizadas hipotecariamente respecto de las cuales, en caso de ejecución, deberá acompañarse a la demanda, no sólo el correspondiente título ejecutivo (título hipotecario inscrito o el que legalmente haga las veces en su sustitución), sino también el documento que justifique y determine el saldo que resulte de la liquidación efectuada.

PRETEL SERRANO (78) pone en relación los elementos objetivos y subjetivos de los artículos 572, 573 y 695 de la Ley 1/2000, y los conecta con el análisis que hace del artículo 153 de la Ley Hipotecaria y extrae el siguiente ámbito referido sólo a bienes hipotecados o pignorados:

«...A) Ejecución cuando se garantice con hipoteca el saldo de una cuenta corriente u operación similar:...

1. Cuando se trate de particulares (es decir, no entidades de crédito): en este caso el único mecanismo posible para fijar el saldo será el de la doble libreta (que no hay que pactarlo expresamente) y solamente se aplicará a los contratos de cuenta corriente que existan entre ellos, ya sea de apertura de crédito unilateral o bilateral...

(77) PRETEL SERRANO, J. J., *ob. cit.* Pendiente de su publicación.

(78) PRETEL SERRANO, J. J., *ob. cit.* Pendiente de publicación.

2. Cuando se trate de entidades de crédito, ahorro o financiación, podrá utilizarse la doble libreta o pactarse que el saldo se determine por certificación expedida por la entidad acreedora (igual que en el art. 153 de la Ley Hipotecaria), pero no solamente para los contratos de cuenta corriente, sino también —y ésta es la novedad— para operaciones similares derivadas de contratos mercantiles.

B) Cuando no se trate de obligaciones de cuenta corriente u operaciones similares:

Por aplicación del artículo 572.2, podrá pactarse en la escritura la forma en la que ha de realizarse la liquidación, que no tiene que ser necesariamente ni certificación de la entidad acreedora ni doble libreta, sino que es posible pactar cualquier otro, siempre y cuando no exista riesgo posterior de pluspetición (cfr. art. 558.2 de la Ley 1/2000) o de incertidumbre derivada del tipo de cálculo a realizar (cfr. art. 575.3 de la Ley 1/2000)...

De lo expuesto se deduce, como afirma dicho autor, que la Ley concede mayor libertad a las partes precisamente cuando no se trata de una hipoteca en garantía del saldo de una cuenta corriente.

En cuanto a que se entiende por «entidades de crédito, ahorro o de financiación», lo regula la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (Ley 26/1988, de 29 de julio) (79) y la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de Entidades de Crédito a la segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero (80).

¿Cuál debe de ser el contenido de dicha certificación acreditativa del saldo? Ante el Juez deben de quedar acreditados dos extremos importantes: que la liquidación ha sido practicada en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo, y que el saldo coincide con el que aparece en la cuenta abierta al deudor. Así se ha pronunciado al respecto la sentencia del *Tribunal Constitucional* 47/1992, de 2 de abril, y diversas sentencias de las *Audiencias Provinciales*, como la de *Castellón —Sección 1.ª— de 15 de mayo de 1993*, y la de la misma *Audiencia y Sala de 19 de junio de 1993* (81).

La liquidación deberá tomar como base, lógicamente, los apuntes contables de la entidad crediticia que ejecuta. A este respecto cabe decir que en la

(79) Se recoge dicha Ley en *BCNR* (1.ª época), núm. 247, correspondiente a los meses de julio-agosto de 1988, págs. 1513 y sigs.

(80) Aparece publicada la citada Ley 3/1994, de 14 de abril, en el *BCNR*, núm. 310, correspondiente al mes de abril de 1994, págs. 916 y sigs.

(81) *Monografías para la práctica: El juicio ejecutivo*, por FERNÁNDEZ BALLESTEROS, MIGUEL ÁNGEL; RIFA SOLER, JOSÉ M.ª, y VALLS GAMBÓU, JOSÉ FRANCISCO. Editorial La Ley-Actualidad, Madrid, 1997. Citadas dichas sentencias en la pág. 246.

nueva LEC no se hace alusión alguna a la intervención a efectos de la oportuna comprobación del fedatario público (82). Pero creemos que la misma sigue siendo necesaria.

Frente a esta liquidación, los ejecutados pueden oponerse a la ejecución alegando error, pero no de una manera vaga e imprecisa en base a una descalificación global, como veremos al analizar las causas llamada por la LEC de «oposición».

Por último, es necesario precisar que la aludida certificación expedida por la entidad de crédito carece de valor probatorio en lo relativo a la existencia y cuantía del débito, pues ningún Juez está obligado a despachar ejecución de manera automática aunque se le presente una certificación de saldo fehaciente, correspondiendo al ejecutante acreditar que la liquidación ha sido practicada en la forma pactada por las partes, quedando al libre arbitrio del juzgador la apreciación de si de la certificación presentada se pueden inferir los datos necesarios para estimar que procede la ejecución: Incluso después de haber despachado la ejecución, en caso de oposición, puede el Juez fijar, en el auto que dicte, la cuantía por la que deberá seguirse la ejecución (v. art. 695). Todo ello se desprende de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional sobre la materia (sentencia 14/92, de 10 de febrero, y sentencias 26/92, 47/92 y 141/95, de 3 de octubre).

Por su parte, el número 4.º de dicho apartado de referido artículo hace una remisión a los restantes documentos que, en cada caso, las disposiciones legales exijan para el despacho de la ejecución. En el procedimiento que nos ocupa, el apartado 2 del artículo 685 de la LEC, hace una remisión, en cuanto otros documentos que se deberán acompañar a la demanda «y, en sus respectivos casos, a los documentos a que se refieren los artículos 573 y 574 de la presente Ley».

El artículo 574 se refiere a la ejecución en casos de intereses variables, como puede suceder en las hipotecas que se constituyen en garantía —entre otros conceptos asegurados— de dichos intereses; hipoteca que, como es sabido, es de «máximo», no pudiendo admitirse respecto de la misma una reclamación por importe superior al fijado como máximo en la cláusula de constitución de hipoteca por razón de intereses variables. Prevé el referido artículo lo siguiente:

«1. El ejecutante expresará en la demanda ejecutiva las operaciones de cálculo que arrojan como saldo la cantidad determinada por la que pide el despacho de la ejecución en los siguientes casos:

(82) Dichos fedatarios públicos son los Corredores de Comercio y los Notarios, tras la integración de los primeros en el Cuerpo de los segundos. Ver *Disposición Adicional vigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOE, núm. 312, de 30 de diciembre de 1999)*.

1.º *Cuando la cantidad que reclama provenga de un préstamo o crédito en el que se hubiere pactado un interés variable.*

2.º *Cuando la cantidad reclamada provenga de un préstamo o crédito en el que sea preciso ajustar las paridades de distintas monedas y sus respectivos tipos de interés.*

2. En todos los casos anteriores será de aplicación lo dispuesto en los números segundo y tercero del apartado primero del artículo anterior (art. 573) y en los apartados segundo y tercero de dicho artículo».

Dichos números segundo y tercero del apartado primero del artículo 573 y los apartados segundo y tercero de dicho artículo, establecen lo siguiente:

«1. ...En los casos a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior, a la demanda ejecutiva deberán acompañarse, además del título ejecutivo y de los documentos a que se refiere el artículo 550, los siguientes:...

2.º *El documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo.*

3.º *El documento que acredite haberse notificado al deudor y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible.*

2. También podrán acompañarse a la demanda, cuando el ejecutante lo considere conveniente, los justificantes de las diversas partidas de cargo y abono.

3. Si el acreedor tuviera duda sobre la realidad o exigibilidad de alguna partida o sobre su efectiva cuantía, podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que le resulta indubitada y reservar la reclamación del resto para el proceso declarativo que corresponda, que podrá ser simultáneo a la ejecución».

Estos artículos 572 y siguientes, a los que antes hemos hecho referencia, merecerían un comentario muy detenido, lo que desborda las pretensiones de este trabajo.

C) *Otros documentos que pueden acompañarse a la demanda*

Termina el artículo 550, en su apartado 2, estableciendo la posibilidad —que no obligación— de que a la demanda se acompañen por el ejecutante aquellos documentos que puedan contribuir al mejor desarrollo de la ejecución. Y así establece:

«También podrán acompañarse a la demanda ejecutiva cuantos documentos considere el ejecutante útiles o convenientes para el mejor desarrollo de la ejecución y contengan datos de interés para despacharla».

Otro documento que se puede acompañar a la demanda es el acta notarial de requerimiento extrajudicial de pago, como veremos inmediatamente.

VII. REQUERIMIENTO DE PAGO

Como ya hemos dicho, otro de los documentos que pueden acompañarse a la demanda es el acta notarial acreditativa de haberse requerido de pago al ejecutado.

Tal requerimiento de pago debe de realizarse judicialmente, salvo que antes se acredite el haberse efectuado previamente el requerimiento de forma extrajudicial. Distinguiremos en esta materia:

1. REQUERIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE PAGO

A) *Su carácter potestativo*

Otro documento que puede acompañarse a la demanda, como ya afirmamos con anterioridad, es el acta notarial acreditativa de haberse requerido de pago al ejecutado. Ciertamente que no alude directamente a dicha acta el artículo 685 de la nueva LEC, titulado «Demanda ejecutiva y documentos que han de acompañarse a la misma», pero el hecho de que tal acta pueda acompañarse a la demanda se infiere del artículo 686.2 de dicho Cuerpo Legal, que se remite a lo preceptuado en el apartado 2 del artículo 581.

Obsérvese que *no es preceptivo u obligatorio que tal acta notarial de requerimiento se acompañe a la demanda, sino que es meramente potestativo su acompañamiento*, y quizá por ello no alude a tal acta directamente el precitado artículo 685, acta a la que sí aludía expresamente el artículo 131, regla 2.ª, número 3.º de la Ley Hipotecaria, cuando declaraba:

«3.ª Con este escrito (demanda) presentará el actor los documentos siguientes:...

3.º Acta notarial de haberse requerido de pago con diez días de anticipación, cuando menos, al deudor, y también al tercer poseedor de las fincas en el caso de que éste hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble...»

Ello planteó entonces el alcance obligatorio o meramente potestativo del acompañamiento de tal acta, que fue resuelto por la generalidad de la doctrina como meramente facultativo, ya que la propia regla 4.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, hablaba de «ordenar que se practiquen los requerimientos

cuando no se haya presentado acta notarial que los acredite...» Y así lo entendió la famosa sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 4 de junio de 1952.

En tal sentido establece el artículo 686.2:

«2. Sin perjuicio de la notificación al deudor del despacho de la ejecución, no se practicará el requerimiento a que se refiere el apartado anterior cuando se acredite haberse efectuado extrajudicialmente el requerimiento o requerimientos, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 581...»

En efecto, el artículo 581.2 declara:

«No se practicará el requerimiento establecido en el apartado anterior cuando a la demanda ejecutiva se haya acompañado acta notarial que acredite haberse requerido de pago al ejecutado con al menos diez días de antelación».

Confirma lo dicho el artículo 690.1 de la LEC cuando dice:

«1. Transcurrido el término de diez días desde el requerimiento de pago o, cuando éste se hubiera efectuado extrajudicialmente...»

B) Domicilio donde debe de practicarse tal requerimiento extrajudicial

Lo resuelve el artículo 686.2 en su último párrafo:

«...A estos efectos, el requerimiento extrajudicial deberá haberse practicado en el domicilio que resulte vigente en el Registro, bien personalmente si se encontrare en él el deudor, el hipotecante no deudor o el tercer poseedor que haya de ser requerido, o bien al pariente más próximo, familiar o dependiente mayores de catorce años que se hallaren en la habitación del que hubiere de ser requerido y si no se encontrare a nadie en ella, al portero o al vecino más próximo que fuere habido».

Vale aquí lo dicho y expuesto con anterioridad en lo referente al cambio de domicilio señalado para requerimientos y notificaciones que aparece contemplado en el artículo 683 de la LEC.

2. REQUERIMIENTO JUDICIAL DE PAGO

Puede ocurrir que la parte actora no haya hecho uso de la posibilidad de requerir notarialmente de pago mediante la pertinente acta al deudor y, en su

caso, al hipotecante no deudor o tercer poseedor del inmueble hipotecado. En ese caso, hay que proceder a practicar tal requerimiento de pago. Así lo contempla el artículo 581.1 para el juicio ejecutivo ordinario, y 686.1 para la ejecución de bienes hipotecados, cuando establecen:

«581.1. Cuando la ejecución para la entrega de cantidades determinadas de dinero no se funde en resoluciones judiciales o arbitrales, o en transacciones o convenios no aprobados judicialmente, despachada la ejecución, se requerirá de pago al ejecutado por la cantidad reclamada en concepto de principal e intereses devengados, en su caso, hasta la fecha de la demanda y si no pagase en el acto, el tribunal procederá al embargo de sus bienes en la medida suficiente para responder de la cantidad por la que se haya despachado ejecución y las costas de ésta...»

«686.1. En el mismo auto en que se despache la ejecución se mandará que se requiera de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro...»

Como resulta de lo expuesto anteriormente sobre esta materia, la nueva LEC presume que el requerimiento de pago debe hacerse, en principio, judicialmente, salvo que se acredite que tal requerimiento se ha efectuado extrajudicialmente. En cambio, en la Ley Hipotecaria en el número 3.º, de la regla 3.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, se preveía primero el requerimiento notarial de pago, y en defecto del mismo, la regla 4.ª de dicho precepto establecía el requerimiento por parte de la autoridad judicial.

3. PERSONAS QUE DEBEN SER REQUERIDAS

Pero obsérvese que no sólo hay que requerir de pago al deudor, sino también, en su caso, al hipotecante no deudor y al tercer poseedor del inmueble. De ahí que dicho apartado 2 del artículo 686, alude al «requerimiento o requerimientos», y el propio artículo 686, en su apartado 1, habla de requerimiento de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor; criterio este que aparece confirmado con la nueva redacción dada al artículo 132 de la Ley Hipotecaria, que extiende la calificación del Registrador al requerimiento de pago a dichos deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento.

Ya la reforma que se hizo de la regla 7.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria por la Ley de 14 de mayo de 1986, parecía dar a entender la necesidad de previo requerimiento de pago al «hipotecante no deudor», cuando alude a que «transcurridos treinta días desde que tuvieron lugar las noti-

ficaciones y requerimientos, se procederá a instancias del actor, del deudor, del tercer poseedor o del hipotecante, a la subasta de la finca ante el Juzgado que conozca del procedimiento».

Hay que poner de relieve que la sentencia del Tribunal Constitucional 148/88, de 14 de julio (83), amparó al adquirente de un bien hipotecado en documento privado que no había inscrito su derecho sobre la finca hipotecada y que asimismo no había sido requerido de pago, pero que había acreditado al acreedor hipotecario la adquisición del inmueble, argumentando la sentencia que la parte acreedora tenía conocimiento de referida adquisición (pagaba las cuotas mensuales del préstamo hipotecario a la entidad acreedora), y si bien es cierto que al no tener inscrito su derecho el tercer poseedor no podía tener conocimiento la autoridad judicial de su adquisición para así poder requerir de pago, no era menos cierto que la parte actora tenía la obligación de requerir por el conocimiento que tenía de esa situación, y «haberse acreditado al acreedor la adquisición del inmueble» (regla 3.^a, 3.º del art. 131 de la Ley Hipotecaria).

A este respecto, cabe decir que el artículo 685.1 de la nueva LEC se pronuncia en términos semejantes en cuanto a la persona o personas contra quienes se debe dirigir la demanda, citando, en su caso, entre otras, «al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble».

4. IMPORTANCIA DEL REQUERIMIENTO DE PAGO

La importancia del requerimiento de pago es capital, pues su omisión *puede acarrear la indefensión* del que debería ser requerido y no lo ha sido o lo ha sido defectuosamente sin haber llegado a tener conocimiento de tal requerimiento, a pesar de haber sido diligente. Así, no basta con requerir al tercer poseedor, sino también debe ser requerido el deudor, como muy bien vino a consagrar la sentencia del *Tribunal Supremo de 29 de junio de 1992* (84). Y por eso también devino nulo el requerimiento efectuado a través de notario, en el que no se pudo comprobar quién era el receptor de la cédula de notificación, si era dicho receptor idóneo, si tenía o no capacidad, y sin que hubiera constancia documental de que tal cédula le fuese o no entregada, como bien reconocieron otras sentencias del mismo *Tribunal Supremo de 18 de marzo y 30 de octubre de 1982* (85). Y como también recoge LARRONDO LIZÁRRAGA (86), si el requerimiento se realiza por notario pero limitándose el

(83) *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia.*

(84) *Base de Datos Aranzadi de Jurisprudencia.*

(85) *BDA de Jurisprudencia.*

(86) LARRONDO LIZÁRRAGA, JOAQUÍN M.^a, *ob. cit.*, pág. 305 y sigs.

mismo a efectuar su depósito en la Oficina de correos, está viciado el acto de comunicación. En tal sentido, la sentencia aludida de 30 de octubre de 1982. Sin embargo es válido el requerimiento realizado, bien a parientes, bien a empleados, siempre que los mismos tengan idoneidad y capacidad para su recepción (*sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1995*) (87).

Asimismo, a pesar de que la notificación se hubiese realizado con defectos y la misma hubiese devenido irregular, sin embargo, si el deudor o tercer poseedor tuvo conocimiento fuera del proceso de los trámites del procedimiento (incluido tal requerimiento) y ello resultara probado, no habría indefensión y quedaría subsanado el defecto en tal notificación, como así lo declaró también el *Tribunal Supremo en sentencia de 19 de julio de 1994* (88).

En idéntico sentido a la anterior sentencia, se pronuncia la sentencia del *Tribunal Constitucional de 4 de julio de 1995* (89), que rechazó la denuncia de indefensión que la recurrente invocó en ese supuesto concreto, y, por consiguiente, el amparo solicitado. Del examen de los hechos concurrentes en el que se dictó tal sentencia resultaba: que la recurrente y su esposo habían adquirido en documento privado de compraventa no elevado a escritura pública y, por tanto, sin constancia registral, habiéndose subrogado en el pago del préstamo hipotecario que gravaba la finca; que la recurrente dejó de satisfacer los recibos de dicho préstamo hipotecario a la entidad bancaria, promoviendo la misma el oportuno procedimiento de ejecución, que dirigió únicamente contra la entidad vendedora (que era la deudora hipotecaria constituyente de la hipoteca); que se notificó en el domicilio de dicha entidad vendedora primero el requerimiento de pago, luego la convocatoria de subasta (ambas notificaciones entregadas a una vecina del inmueble) y una tercera (recogida personalmente por la propia recurrente) relativa a la liquidación de intereses y costas; que en el domicilio de la recurrente se produjo la diligencia de otorgamiento de la posesión de la finca adjudicada, y que por último, la propia recurrente ante el Tribunal Constitucional demandante de amparo suscribió contrato de arrendamiento de la vivienda en el que reconocía la titularidad dominical de la parte adjudicataria. En base a tales hechos, se declara por el Tribunal Constitucional que correspondía a la recurrente probar que había mostrado en su día la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión por haberse colocado a sí misma en tal situación, ya que podría no haber quedado indefensa de actuar con la diligencia razonablemente exigible.

(87) *Idem BDA*.

(88) *BDA de Jurisprudencia*.

(89) Sentencia del TC de 4 de julio de 1995. *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia*. Comentada por LARRONDO LIZÁRRAGA, JOAQUÍN M.², en *Jurisprudencia patrimonial comentada 1995-1998. Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, págs. 451 y sigs.

De lo expuesto, se deduce claramente que el requerimiento de que tratamos es, pues, un requisito *ad substantiam*. Sin tal requerimiento, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1987 (90), se puede «privar del derecho de saldar la deuda garantizada con la carga que el derecho real de hipoteca representa». Y la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1988 (91), ya citada, ahonda en tal sentido, al declarar que es nulo todo lo actuado por no haber sido notificado el actual propietario de la finca de la existencia del procedimiento, aunque su titularidad no conste inscrita en el Registro, pero cuya existencia constaba al acreedor hipotecario.

Y la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 19 de noviembre de 1996 (92), ha declarado, a propósito de dicho requerimiento de pago:

«...la omisión del previo requerimiento de pago al deudor o tercer poseedor legítimo de la finca taxativamente ordenado en la Regla 3.ª del artículo 131, y reiterado como obligación del Juez por la Regla 4.ª del mismo precepto, son defectos tan esenciales y generadores de indefensión, que debe de ser considerada en cada caso la posibilidad de su subsanación mediante la declaración de nulidad de actuaciones, sin necesidad de esperar a un ulterior juicio declarativo para su apreciación, máxime en supuestos, como el aquí enjuiciado, en que no hay perjuicios para terceros adquirentes. Como también se afirma en las sentencias del Tribunal Constitucional (sentencias 148/1988 y 8/1991), ningún límite resulta del artículo 132 de la LH a la facultad que a los Jueces y Tribunales otorga el artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo ejercicio no sólo contraría las características del proceso sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, sino que es conforme con la salvaguardia de las garantías de las partes y con el principio de economía procesal».

Por eso el artículo 689 de la nueva LEC, relativo a las comunicaciones del procedimiento al titular inscrito y a los acreedores posteriores, en su apartado 1, impone la necesidad de notificación de la existencia del procedimiento a la persona que aparezca registralmente como titular de la última inscripción de dominio practicada, si la misma no ha sido requerida de pago a la vista de la certificación registral de dominio y cargas expedidas en cumplimiento de

(90) BDA de Jurisprudencia.

(91) *Idem* BDA.

(92) Citada por FERNÁNDEZ SEJÓ, JOSÉ M.ª, en «Problemas de ejecución sobre inmuebles», en el libro *Protección registral de los derechos reales y tutela judicial efectiva*. Consejo General del Poder Judicial en colaboración con el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Estudios de Derecho Judicial, año 1998. Edita Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 464 y 465. La incluye la *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia*.

lo preceptuado en el artículo 688 de la nueva Ley Procesal. Así declara dicho apartado 1, del citado precepto:

«1. Si de la certificación registral apareciese que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio no ha sido requerida de pago en ninguna de las formas notarial o judicial, previstas en los artículos anteriores, se notificará la existencia del procedimiento a aquella persona, en el domicilio que conste en el Registro, para que pueda, si le conviniere, intervenir en la ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 662, o satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca».

VII. CERTIFICACION DE DOMINIO Y CARGAS

Podemos distinguir en su estudio:

1. **Regulación.**
2. **Documento judicial en virtud del cual se interesa dicha certificación.**
3. **Contenido de la misma.**
4. **Constancia registral de la expedición de tal certificación.**
5. **Efectos de la nota marginal de su constancia.**

1. REGULACIÓN

Alude a dicha certificación el artículo 688 de la nueva LEC. Así, en su apartado 1 establece:

«Cuando la ejecución se siga sobre bienes hipotecados, se reclamará del Registrador certificación en la que consten los extremos a que se refiere el apartado 1 del artículo 656 y en la que se exprese, asimismo, que la hipoteca a favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar o, en su caso, la cancelación o modificaciones que aparecieren en el Registro».

A esta certificación alude la regla 4.^a, del aún vigente —por poco tiempo— artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

2. DOCUMENTO EN VIRTUD DEL CUAL SE DECRETA DICHA CERTIFICACIÓN

Dicha certificación se decretará en virtud del correspondiente *mandamiento judicial*, que podrá librarlo el propio Juez (art. 656.1 de la LEC), con el refrendo del Secretario judicial o bien el propio Secretario, siempre que resul-

te del propio mandamiento la pertinente resolución del Juez interesando tal certificación. Así lo ha admitido la Dirección General de los Registros y del Notariado en *Resolución de 5 de octubre de 1993* (93), a propósito de un mandamiento para la práctica de la prórroga de una anotación preventiva de embargo al declarar en sus fundamentos de derecho 2 y 3, lo siguiente:

«...2. La Ley Orgánica del Poder Judicial, en los particulares que ahora interesan y en aras de la agilidad y eficacia procesales, a la vez que establece que la Administración de Justicia se ejerce por Jueces y Magistrados, atribuye a los Secretarios la actividad de la documentación, comunicación y ordenación e impulso procedimental (arts. 1, 279, 280 y 288 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), y a estas nuevas normas deben quedar supeditadas las reglas que sobre mandamientos judiciales establecen el artículo 257 de la Ley Hipotecaria y demás disposiciones concordantes de la legislación hipotecaria.

3. En el caso debatido, la resolución en que se acuerda la prórroga de la anotación de embargo cuestionada ha sido adoptada por el Juez o Tribunal y no por el Secretario judicial, por lo que ahora únicamente se trata de su ejecución, y para ello basta con el adecuado traslado por documento en el que el Secretario asevere su autenticidad, aunque falte la firma del Juez...»

3. CONTENIDO DE LA CERTIFICACIÓN

El artículo 656 de la LEC determina el contenido de tal certificación:

«1. Cuando el objeto de la subasta esté comprendido en el ámbito de esta sección (subasta de bienes inmuebles), el tribunal librará mandamiento al Registrador a cuyo cargo se encuentre el Registro de que se trate para que remita al Juzgado certificación en la que consten los siguientes extremos:

1.º La titularidad del dominio y demás derechos reales del bien o derecho gravado.

2.º Los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien registrable embargado (aquí hipotecado), en especial, relación completa de las cargas inscritas que lo graven o, en su caso, que se halle libre de cargas...»

Según la *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 24 de agosto de 1981* (94), referente al procedimiento

(93) BCNR, núm. 304 (1.ª época), correspondiente al mes de octubre de 1994, págs. 2415 a 2419.

(94) Resolución de 24 de agosto de 1981. En *Jurisprudencia Registral, 1978-1985*, de AMORÓS GUARDIOLA, M. y PAU PEDRÓN, A. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, págs. 363 a 370.

judicial sumario, es obligatorio hacer la notificación que previene la regla 5.^a de dicho artículo, *a quien tenga presentado un título en el Diario de Operaciones del Registro* con anterioridad a la fecha de la nota marginal de expedición de la certificación de cargas preceptuada en la regla 4.^a del indicado precepto, y ello aunque dicho documento conste retirado, pero vigente dicho asiento de presentación. No obstante, en el caso resuelto, el Juez no efectuó tal notificación porque no la consideró necesaria, por lo que fue suspendida la inscripción del auto de adjudicación correspondiente por estimar el Registrador que no había acreditado tal notificación; mas la Dirección General revocó la nota por estimar que con anterioridad a la fecha de tal auto, el interesado del documento que se encontraba presentado a Diario a la fecha de la certificación de cargas, había obtenido en su particular procedimiento ejecutivo ordinario en el que se practicó la correspondiente anotación preventiva de embargo, la pertinente certificación de cargas en que se hacía referencia a la existencia de la ejecución hipotecaria derivada de tal procedimiento judicial sumario.

4. CONSTANCIA REGISTRAL DE LA EXPEDICIÓN DE DICHA CERTIFICACIÓN

La constancia registral de la expedición de referida certificación tiene lugar por *nota al margen de la inscripción de hipoteca correspondiente*. Así lo determinaba el párrafo penúltimo de la regla 4.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, y así lo determina el apartado 2 del artículo 688 antes referido:

«2. El Registrador hará constar por nota marginal en la inscripción de hipoteca que se ha expedido la certificación de dominio y cargas, expresando su fecha y la existencia del procedimiento a que se refiere...»

5. EFECTOS DE LA NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE LA CERTIFICACIÓN DE CARGAS

Los efectos de la nota marginal de la expedición son fundamentalmente los siguientes:

- A) La nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas *presupone que la hipoteca ha entrado en «fase patológica»; esto es, que se está ejercitando la acción real hipotecaria*

De ahí la importancia de la constancia en el Registro de tal nota marginal. Sabido es que la hipoteca tiene una fase de pendencia y otra de ejecución. Pues bien, quien se ampara en la publicidad que proporciona el Registro no

puede quedar enterado ni tener conocimiento de que la hipoteca ha entrado en esta última fase si no es a través de la constancia registral de dicha nota, mientras que en la ejecución ordinaria o común, ello no sucede así, pues la propia anotación preventiva de embargo supone ya una obligación que ha sido incumplida por la parte deudora al no haber satisfecho el débito contraído frente a la parte acreedora, implicando dicha anotación de embargo, como afirma RIVAS TORRALBA, que se «ha puesto en marcha el mecanismo procesal ordinario para obtener su satisfacción» (95). *La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1993* (96) viene a declarar, entre otras cosas, que la nota de expedición de certificación de cargas da a conocer que el proceso de ejecución de la hipoteca ha comenzado.

B) *Opera igual que una condición resolutoria respecto de los asientos (normalmente, inscripciones y anotaciones) que se hayan practicado ulteriormente a la expedición de tal certificación*

El artículo 233, *in fine* del Reglamento Hipotecario exceptúa de la reseña individualizada o detallada de tales asientos, a los practicados con posterioridad a la extensión de dicha nota de expedición de certificación de cargas, bastando para su cancelación la referencia genérica a los mismos. Estimamos que tal circunstancia no debe entenderse modificada tras la reforma operada por la LEC, a pesar de que la misma no ha modificado expresamente el citado artículo 233 del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria (referente aún al art. 131 de la Ley Hipotecaria, regulador del procedimiento judicial sumario en trance de desaparición), toda vez que en el artículo 132 de la LEC, en su número 2.º, al referirse a la calificación registral, la extiende a las notificaciones a los acreedores y terceros cuyos derechos hayan sido anotados o inscritos con posterioridad a la hipoteca, pero exceptúa a los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación. Incluso se puede plantear que, respecto de los asientos comprendidos dentro de la certificación de cargas (esto es, los anteriores a la fecha de extensión de la nota de expedición de la certificación), puede resultar dudoso que a partir de la entrada en vigor de la nueva LEC sea necesaria su reseña individualizada, máxime cuando va a ser el propio Registrador quien tenga que asumir la obligación de efectuar las notificaciones a los titulares de cargas o derechos

(95) RIVAS TORRALBA, RAFAEL A., *Anotación de embargo II*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1994, págs. 457 y sigs.

(96) En *BDA de Jurisprudencia*.

reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantizaba el crédito del actor, según preceptúa el apartado 2 del artículo 689 de la LEC.

El efecto que acabamos de analizar bajo esta letra *b)* está íntimamente enlazado con el siguiente:

- C) *La nota marginal referida hace las veces de notificación a los titulares registrales posteriores a la misma, sin producir el efecto de cierre registral*

Se consagra, pues, en el artículo 132 de la nueva Ley Procesal ese efecto notificador, que venía reiteradamente siendo puesto de relieve por la propia Dirección General de los Registros y del Notariado y por nuestro Tribunal Supremo. Cítese como ejemplo la *Resolución de 20 de enero de 1960* (97) que en su Considerando Quinto declara:

«...Considerando que después de haber expedido el Registrador la certificación prevenida en la regla 4.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, extenderá, siendo aconsejable en la misma fecha, la correspondiente nota marginal, para que, determinadas las partes del proceso y comprobado que se hicieron los requerimientos necesarios, se conozca la situación registral del inmueble, puedan los interesados defender sus derechos y se distingan los asientos anteriores de los posteriores al verificar las cancelaciones procedentes con arreglo a la regla 17 del referido artículo 131, por lo cual la doctrina ha tratado de equiparar la eficacia de la nota expresada con la de la condición resolutoria...»

A propósito de las notificaciones exigidas por la regla 4.ª del citado artículo 131 de la Ley Hipotecaria (aún vigente), la Dirección General en *Resolución de 23 de abril de 1969* (98), siguiendo otras Resoluciones anteriores, como la de 6 de noviembre de 1933 (99) y *22 de mayo de 1943* (100), vuelve a reiterar la virtualidad de la nota marginal de dar a conocer la existencia del procedimiento a todos los que, con posterioridad a la extensión de aquélla, adquieran algún derecho sobre la finca, y para ellos hace las veces de notificación, declarando igualmente la intrascendencia de la falta de notifica-

(97) ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, JUAN DE, *Jurisprudencia Registral. Tomo IX; años 1951 a 1963*. Editorial Bosch, Barcelona, 1967, págs. 759 a 765.

(98) ROCA SASTRE-MOLINA JUYOL, *Jurisprudencia Registral. Tomo XI, año 1964 a 1977*. Editorial Bosch, Barcelona, 1980, págs. 436 a 442.

(99) ROCA SASTRE-MOLINA JUYOL, *ob. cit. Tomo VII, años 1930 a 1939*. Editorial Bosch, Barcelona, año 1953, págs. 458 a 462.

(100) ROCA SASTRE-MOLINA JUYOL, *ob. cit. Tomo VIII, años 1940 a 1950*. Editorial Bosch, Barcelona, año 1953, págs. 297 a 305.

ción a los titulares de las anotaciones practicadas con anterioridad a aquella nota marginal, si dichas anotaciones fueron canceladas por caducidad al haber transcurrido en exceso el plazo de su vigencia. Se pronunciaba así dicha Resolución:

«...Que la nota marginal a que se refiere la regla 4.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria tiene la virtualidad de dar a conocer, como ya ha expresado reiterada doctrina de este Centro, la existencia del procedimiento... a todos los que, con posterioridad a la extensión de aquélla, adquieran algún derecho sobre la finca, y para ellos hace las veces de notificación exigida para los acreedores y titulares de cargas comprendidos en la regla 5.ª, o sea, los posteriores a la constitución de la hipoteca, a fin de que si quieren puedan intervenir en el procedimiento para defender sus derechos.

En consecuencia, que practicada en el Registro la nota marginal el día 23 de agosto de 1961, carece de trascendencia la notificación, posiblemente no totalmente ajustada a Derecho, hecha no al titular, sino al presentante de un mandamiento de embargo, cuya anotación se practicó en el año 1966, ya que no era necesario realizarla, y al mismo resultado habrá de llegarse respecto de la falta de notificación a los titulares de las anotaciones practicadas con anterioridad a la expresada nota, pues el defecto evidente ha dejado de serlo desde el momento que los embargos fueron cancelados por haber transcurrido el plazo de caducidad».

En idéntico sentido de efecto notificador se pronunció *la Resolución de 24 de agosto de 1981* (101), que exige la realización de la notificación prevenida en la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria respecto de un título presentado a Diario —aunque se encuentre retirado— con anterioridad a la fecha de expedición de expresada certificación. Reiteran tal efecto notificador *otras Resoluciones, como la de 13 de abril de 1982* (102) que declara la importancia primordial de tal certificación con inserción literal de la última inscripción de dominio y con relación de las cargas del inmueble sujeto a ejecución, ya que determina las personas que deben ser notificadas de la existencia del procedimiento, entre las que se encuentra el tercer poseedor de la finca hipotecada.

En la misma dirección tendente a resaltar la eficacia notificadora de expresada nota marginal se encuentra, entre otras, la sentencia de nuestro *Tribunal Supremo de 22 de abril de 1987* (103). No consagra, sin embar-

(101) AMORÓS GUARDIOLA, M., y PAU PEDRÓN, A., *Jurisprudencia Registral*, 1978-1985. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, págs. 363 a 370.

(102) AMORÓS GUARDIOLA, M., y PAU PEDRÓN, A., *ob. cit.*, con anterioridad, págs. 467 a 471.

(103) *BDA de Jurisprudencia*.

go, dicha doctrina (a nuestro entender, equivocadamente) la necesidad de notificar a los interesados de los títulos presentados a Diario y aún no despachados a la fecha de expedición de la certificación de cargas la sentencia del *Tribunal Supremo de 10 de junio de 1991*, citada por FERNÁNDEZ SEJO (104), cuya sentencia declaró «que no era precisa la notificación a quienes simplemente presentaron el título correspondiente ante el Registro, sin que, en el momento de expedirse la certificación de cargas, se hubiese inscrito o anotado preventivamente el título, si el título presentado era de transmisión de dominio (VALDIVIESO dice que en cualquier caso es recomendable la notificación)».

AMORÓS GUARDIOLA, comentando la Resolución de 23 de abril de 1969, sintetiza los efectos notificadores de la certificación de cargas de la siguiente forma:

«...Por eso, las notificaciones a los posibles interesados en la ejecución, tal como se regulan en el artículo 131 (doctrina aplicable al procedimiento de ejecución directa de bienes hipotecados que analizamos), se hace sólo a los titulares de derechos inscritos con anterioridad a aquella nota marginal... Respecto de los titulares posteriores, no es necesaria la notificación, porque ya quedan advertidos de la iniciación del procedimiento y del riesgo que corren con ello, en virtud de la nota marginal. En este sentido, los titulares de derechos sobre la cosa hipotecada pueden ser clasificados en dos grupos, según el momento de adquisición de su situación registral: los anteriores a la nota marginal, que deben ser notificados en todo caso de la existencia del procedimiento. Y los posteriores a la nota, que no necesitan ser notificados por la publicidad resultante de ese asiento accesorio...» (105).

Cabe resaltar que *la nota marginal de expedición de certificación de cargas no produce el efecto de cierre registral*. Ya lo había afirmado la Dirección General en la *Resolución citada con anterioridad de 22 de mayo de 1943*, que afirmó:

(104) FERNÁNDEZ SEJO, JOSÉ M.^a, Obra antes citada «Problemas de ejecución sobre inmuebles», publicado en el libro *Protección registral de los derechos reales y tutela judicial efectiva*. Consejo General del Poder Judicial en colaboración con el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Estudios de Derecho Judicial, núm. 13, 1998. Edita Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 466 y 467, cita al pie de las mismas.

(105) AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», publicados en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* durante los años 1969 a 1982. Editado por el Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1987, págs. 125 a 135.

«...Considerando que esta nota marginal, si bien no tiene la virtualidad para provocar el cierre del Registro, ni paralizar las facultades dispositivas del deudor...»

En idéntico sentido se ha pronunciado en multitud de ocasiones dicho Centro Directivo y nuestro *Tribunal Supremo*. Cítese a modo de ejemplo la sentencia de dicho Tribunal de 18 de noviembre de 1993 (106), que ha declarado:

«...la expedición de certificación de cargas lleva consigo también que el Registrador, cumpliendo lo ordenado en el artículo 131, regla 4.ª extremo segundo, haga constar por nota marginal en la inscripción de hipoteca que ha expedido la certificación, expresando su fecha y la existencia del procedimiento de ejecución (v. art. 688.2 de la nueva LEC en idéntico sentido). Pero este carácter de nota marginal (...) tampoco produce cierre registral, puesto que su alcance es sólo informar a posteriores adquirentes acerca de la existencia del proceso de ejecución y hacer las veces de notificación. Da a conocer (Resolución de la Dirección General de Registros de 6 de noviembre de 1933) que el proceso (...) ha comenzado para que los terceros posteriores adquirentes usen de su derecho en la forma que les convenga. En modo alguno produce el cierre registral ni paraliza las facultades dispositivas del deudor, pero impide a los adquirentes invocar de buena fe el principio de publicidad hipotecaria...»

Creemos con GARCÍA GARCÍA (107), que el párrafo tercero del artículo 434 del Reglamento Hipotecario debe de ser aplicado en caso de despacho de títulos posteriores a la nota marginal de constancia de la expedición de tal certificación; esto es, debería hacerse en la nota de despacho al pie del título en cuestión, «relación circunstanciada del procedimiento o procedimiento para los que se expidió la dicha certificación». Ciertamente alude tal párrafo al artículo 1.489 de la antigua LEC, pero dada la incardinación del procedimiento de ejecución de bienes hipotecados en el ámbito de la LEC y la analogía entre ambos tipos de certificaciones, cabe sostener tal postura para evitar equívocos posteriores. No obstante ello, hay que reconocer que no hay una obligación expresamente impuesta por dicho artículo 434, en su párrafo tercero, dirigida en tal sentido al Registrador.

(106) *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia*. Cita esta sentencia FERNÁNDEZ SEJO, JOSÉ M.ª, *ob. cit.*, pág. 465.

(107) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, pág. 209.

- D) *Mientras no resulte cancelada la nota marginal, no cabe la cancelación de la hipoteca base del procedimiento de ejecución iniciado por causas distintas de la propia ejecución*

Efectivamente, en tal sentido se había pronunciado ya la Dirección General de los Registros y del Notariado en *Resoluciones de fecha 24 de abril de 1991* (108) y *16 de septiembre de 1992* (109), *que declara que en tanto no conste registrada la resolución judicial* (mandamiento) *de sobreseimiento de la ejecución ya iniciada, no cabe proceder a la cancelación de la hipoteca en virtud de la escritura de cancelación de hipoteca.*

Y como confirmación de tal criterio, el artículo 688.2, en su último párrafo, declara:

«En tanto no se cancele por mandamiento judicial dicha nota marginal, el Registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución».

Y en sentido semejante, el nuevo artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción dada por la Disposición Final novena, en su número 6, establece en su último párrafo:

«...No se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se haya cancelado previamente la citada nota marginal, median- te mandamiento judicial al efecto».

IX. NOTIFICACIONES AL TERCER POSEEDOR Y A LOS TITULARES DE CARGAS O DERECHOS REALES POSTERIORES A LA HIPOTECA

1. REGULACIÓN

Aparecen contempladas tales notificaciones en el artículo 689 de la nueva LEC. El todavía vigente artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en su regla 5.^a, se ocupaba de este tipo de notificaciones.

En el primer apartado de dicho artículo 689 se contempla la notificación al tercer poseedor que no haya sido requerido de pago ni extrajudicial ni judicialmente y cuya existencia resulte de la certificación de cargas. El apartado segundo se refiere a las comunicaciones que hay que practicar a los titulares de cargas o derechos reales posteriores a la inscripción de hipoteca, pero comprendidos en la certificación de dominio y cargas a que se refiere el artículo 668 de la LEC.

(108) Resolución de la DGRN de 24 de abril de 1991. *BCNR*, núm. 280.

(109) Resolución de la DGRN de 16 de septiembre de 1992. *BCNR*, núm. 293.

Sustancialmente, los dos primeros párrafos de los respectivos artículos (art. 689 nueva LEC y 131, regla 5.^a) son similares: no se alude en el nuevo a la última inscripción de «posesión» a la que se aludía en dicha regla 5.^a, refiriéndose el artículo 689.1, en cuanto al domicilio de las notificaciones al «que conste en el Registro», y la regla 5.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, al «lugar prevenido en la regla tercera de este artículo» (131 LH), que aludía, a su vez, al domicilio que «*resulte vigente en el Registro*».

Genéricamente, el artículo 689 habla de «comunicación» del procedimiento al titular inscrito y a los acreedores posteriores. Debería haber sido más preciso el legislador y emplear el término «notificaciones». Puesto que la autoridad judicial ya ha recibido la pertinente certificación de dominio y cargas preceptuada en el artículo 688 de la LEC, en base al contenido de tal certificación, ya puede dicho Juez apreciar si existe o no existe tercer poseedor de la finca hipotecada. Si no existe, no hay mayor problema. Pero si lo hay, habrá que notificar el procedimiento al mismo. Véase que estamos en sede de «notificaciones». La Ley emplea el término demasiado genérico (a nuestro entender) de «comunicaciones» en el encabezamiento de dicho artículo, si bien luego habla de «se notificará», pero no emplea el término de «requerimiento de pago». ¿Tal vez porque considere que sólo hay un requerimiento de pago inicial que es aquél al que se refiere el artículo 686 de la LEC, y entender que el requerimiento de que aquí se trata se produce después, en una fase más avanzada del procedimiento y es distinto del anterior? Lo cierto y evidente es que, además, ese «tercer poseedor» debe de satisfacer también las costas si satisface el importe del crédito antes del remate.

2. NOTIFICACIÓN A TERCER O TERCEROS POSEEDORES

Dice el artículo 689, cuyo contenido reiteramos:

«Si de la certificación registral apareciese que la persona a cuyo favor resulta practicada la última inscripción de dominio no ha sido requerida de pago en ninguna de las formas notarial o judicial, previstas en los artículos anteriores, se notificará la existencia del procedimiento a aquella persona, en el domicilio que conste en el Registro, para que pueda, si le conviene, intervenir en la ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 662, o satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca.»

A este respecto, cabe resaltar la *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de marzo de 1999* (110), que declaró, en

(110) BCNR, núm. 47 (se sobreentiende 2.^a época), correspondiente al mes de abril de 1999, págs. 1024 y sigs. y en BDA de Jurisprudencia.

un procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, que la esposa cotitular del bien ganancial ejecutado, no precisaba ser demandada, por tener idéntica virtualidad el requerimiento de la regla 3.^a y la notificación de la regla 5.^a de dicho artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Así se pronuncia dicha Resolución:

«...Parte el defecto impugnado del presupuesto de que siendo la deuda ganancial, ambos cónyuges deben ser demandados en el procedimiento... que se incoa para la efectividad de la hipoteca que pesa sobre el bien común. Sin embargo, sí se tiene en cuenta:

a) Que ahora se ejercita exclusivamente la acción hipotecaria por el cauce procedimental del judicial sumario...; b) La naturaleza exclusivamente realizadora del procedimiento...; c) La idéntica virtualidad del requerimiento previsto en la regla 3.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, y la notificación de la regla 5.^a (como evidencia el carácter sustitutorio de esta última, cuando el tercer poseedor no ha acreditado al acreedor su adquisición); d) La concreción de las hipótesis de nulidad de pleno derecho de los actos judiciales, presuponiéndose la indefensión y la absoluta inobservancia de los principios esenciales del procedimiento para que se produzca aquel efecto; e) Que en la esposa no concurre la condición de titular pasivo de la deuda garantizada (toda vez que la subrogación convenida exclusivamente por el marido no puede producir efectos en la esfera jurídica de su consorte al no tener por ley su representación ni constar en el expediente la existencia del oportuno apoderamiento —art. 1.259 del Código Civil—), sino solamente la de cotitular del propio bien afecto al pago de la deuda (art. 1.370 del Código Civil), y del patrimonio responsable solidariamente de la deuda perseguida por integrarse en él dicho bien (art. 1.362-2 del Código Civil), deberá revocarse el defecto impugnado.»

A) ¿Quién debe realizar la notificación al tercer poseedor?

Estas notificaciones a que se refiere el apartado 1 del artículo 689, entendemos que deben de ser realizadas por la autoridad judicial que conozca del procedimiento, sin que sea competencia de los Registradores su realización, pues, por una parte, en este primer apartado de dicho artículo 689 no hay remisión al artículo 659, como, sin embargo, sí lo hay en su apartado 2 para los titulares de cargas o derechos reales posteriores a la hipoteca, y, por otra, se trata más bien de un titular registral adquirente de la finca distinto propiamente de aquellos titulares de cargas o derechos reales posteriores a la hipoteca que garantiza el crédito a los que se refiere dicho apartado 2.

B) *Domicilio donde debe efectuarse tal notificación. Su importancia*

En cuanto al domicilio donde deben efectuarse los requerimientos y notificaciones, cabe reiterar lo dicho con anterioridad en el epígrafe relativo a «REQUERIMIENTO DE PAGO»; haciendo especial hincapié en que se notificará la existencia del procedimiento al último titular de la inscripción de dominio practicada, «*en el domicilio que conste en el Registro*» (art. 689.1 de la nueva LEC).

A este respecto cabe afirmar y reiterar que antes, cuando en la inscripción de compraventa constaba un domicilio del tercer poseedor distinto del que resultaba del asiento de hipoteca, el Juez debía atenerse a este último, conforme a lo preceptuado en la regla 5.^a, en relación con lo preceptuado en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, relativo al cambio de domicilio. Así lo entendió, entre otras, una *sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1992* (111). Ahora, tras la reforma, el artículo 683.3 de la nueva Ley Procesal parece haber cambiado tal postura al declarar:

«...A efectos de requerimientos y notificaciones, el domicilio de los terceros adquirentes de bienes hipotecados será el que aparezca designado en la inscripción de su adquisición. En cualquier momento podrá el tercer adquirente cambiar dicho domicilio en la forma prevista en el número anterior».

En relación con el requerimiento de pago al deudor e hipotecante y al domicilio donde debe de practicarse tal requerimiento, la *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de diciembre de 1998* (112), en recurso interpuesto contra la nota de calificación de un Registrador de la Propiedad que había señalado como defecto, entre otros, el no constar en el testimonio de un auto de adjudicación de un procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, el requerimiento de pago a la entidad deudora e hipotecante en el domicilio pactado a estos efectos al constituirse la hipoteca, así como el resultado negativo de tal requerimiento, la dicha Resolución confirmó tal defecto por considerar tal requerimiento trámite esencial, declarando:

«...Dicho requerimiento es trámite esencial a través del cual se garantiza la efectiva intervención de deudor e hipotecante en el procedimiento contra él seguido, siendo preciso que del auto resulte específica e inequívocamente su realización en el domicilio pactado a estos solos efectos; sin que tal omisión pueda suplirse por la genérica afirmación de la práctica de las

(111) *Base de Datos de Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia.*

(112) Resolución de la DGRN de 29 de diciembre de 1998. *BCRE*, núm. 45 (2.^a época); correspondiente al mes de febrero de 1999; págs. 428 a 431, y en *BOE* de 30-1-99.

notificaciones prevenidas en la regla 5.ª, del artículo 131, de la Ley Hipotecaria, pues esta notificación es un trámite diferente de aquel requerimiento y va a dirigido a persona distinta (al tercer poseedor que no ha acreditado la adquisición del inmueble), como se desprende la confrontación de las reglas 3.ª, 4.ª y 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria».

Cabe hacer referencia a la *recientísima sentencia del Tribunal Constitucional 222/1999, de 29 de noviembre de 1999* (113), relativa a la vulneración del derecho de acceso a la justicia por denegación injustificada a un tercer poseedor de una finca hipotecada que se personó en un procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (aún vigente durante el período de *vacatio legis* de la nueva LEC), al conocer la existencia del procedimiento, y que presentó un escrito ante el Juzgado que conocía del mismo solicitando que se le tuviera por personado y como parte legitimada, al tiempo que dicho tercer poseedor comunicaba la consignación en la entidad bancaria donde el Juzgado tenía abierta una cuenta, de la cantidad que se correspondía con el total del principal de la demanda de ejecución, incluidos los correspondientes intereses, adjuntado copia de la escritura de compraventa de la finca, de fecha anterior a la ejecución, así copia de dicha escritura inscrita en el Registro de la Propiedad. No obstante ello, tal tercer poseedor abonó directamente a la entidad actora el importe total de la deuda reclamada, por haber resuelto el Juzgador de Primera Instancia en cuestión no haber lugar a tenerlo por personado y por parte al no ser su alegación una causa de oposición establecida en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria (aún vigente), ordenando la autoridad judicial mediante mandamiento la devolución de la cantidad consignada. El Tribunal Constitucional estima el recurso interpuesto, entendiendo que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (pero sin indefensión, pues el recurrente ante tan alto Tribunal abonó lo debido al acreedor, habiendo sobreseído el juzgado el procedimiento de ejecución hipotecaria, como consecuencia del desistimiento de la entidad acreedora) y declara:

«...En el presente caso, la vulneración del derecho de acceso al proceso, por parte del órgano judicial, salta fácilmente a la vista, ya que el primer escrito fue presentado en el Juzgado por el recurrente en amparo el día 2 de abril de 1998; esto es, con posterioridad a la constancia en dicho Juzgado, el día 18 de marzo, del escrito de la entidad ejecutante al que se adjuntaba certificación del Registro de la Propiedad donde constaba ya el dominio del quejoso y su esposa sobre el inmueble, de acuerdo con la escritura pública

(113) Sentencia del Tribunal Constitucional 222/1999, de 29 de noviembre de 1999. BOE, núm. 310, suplemento, de 28 de diciembre de 1999, págs. 49 a 51, inclusive. Reproducida en *Boletín interno de información registral del Centro de Estudios Registrales de Andalucía Occidental «La Buhaira»*, núm. 16, págs. 130 y sigs.

de compraventa que previamente había intentado hacer valer el propio recurrente en amparo. Sin embargo, en lugar de notificar formalmente a este último —conforme a lo establecido en la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria— la existencia del procedimiento para que interviniera en la subasta o abonara antes el importe total de la deuda, el Juzgado le denegó de manera injustificada su personación, declarando igualmente no haber lugar a la nulidad de actuaciones solicitada por el quejoso una vez interpuesto dentro de plazo el presente recurso de amparo en un último intento de obtener la paralización del procedimiento por el órgano judicial...»

C) *Intervención del tercer poseedor*

Con respecto a la intervención en la ejecución del «tercer poseedor», se remite el artículo 689.1 al artículo 662 de la nueva LEC. Este último artículo alude a la figura del «tercer poseedor», teniendo tal consideración jurídica la persona a que se refiere dicho artículo 662, cuyo precepto establece:

«1. Si antes de que se venda o adjudique en la ejecución un bien inmueble y después de haberse anotado su embargo o de consignado registralmente el comienzo del procedimiento de apremio, pasare aquel bien a poder de un tercer poseedor, éste, acreditando la inscripción de su título, podrá pedir que se le exhiban los autos en la Secretaría, lo que se acordará sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose también con él las actuaciones ulteriores.

2. Se considerará, asimismo, tercer poseedor a quien, en el tiempo a que se refiere el apartado anterior, hubiera adquirido solamente el usufructo o dominio útil de la finca hipotecada o embargada, o bien la nuda propiedad o dominio directo...»

Por lo tanto, el tercer poseedor es libre para:

- a) *Intervenir en la subasta, con lo que puede resultar rematante y adjudicatario de la finca o fincas.*
- b) *Pagar antes de que se llegue al remate, el importe del crédito, intereses y costas en la parte correspondiente asegurada con la hipoteca de su propiedad.*

Cabe también, como afirma GARCÍA GARCÍA (114), que no opte ni por una cosa ni por la otra, y espere dicho tercer poseedor a percibir el sobrante, si lo hubiese, una vez satisfechos los titulares de cargas y derechos reales posteriores a la hipoteca inscrita y que se ejecuta.

(114) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, pág. 221.

3. NOTIFICACIÓN A LOS TITULARES DE CARGAS O DERECHOS REALES POSTERIORES

A) *Regulación*

A estos últimos alude el apartado 2 del artículo 689, cuando declara:

«...2. Cuando existan cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantiza el crédito del actor, se aplicará lo dispuesto en el artículo 659».

Aquí vale lo dicho en cuanto a la necesidad de notificar a los titulares de derechos comprendidos en títulos presentados a Diario y aún no despachados, posteriores a la inscripción de hipoteca, pues dichos documentos deben reflejarse, como ya hemos referido, en la certificación de dominio y cargas.

B) *¿Quiénes son esos titulares posteriores?*

El artículo 225 del Reglamento Hipotecario, que se refiere a la notificación prevenida en la regla 5.^a del —reiteramos—, todavía vigente artículo 131 de la Ley Hipotecaria, nos da una enumeración al decir:

«...deberá hacerse no sólo a los acreedores que la misma expresa (regla 5.^a del art. 131 LH), sino, además, a los acreedores de cargas o derechos reales que hubieren pospuesto, unas u otros, a la hipoteca del actor, a los anotantes posteriores a la inscripción de dicha hipoteca e incluso a los titulares de desmembraciones del dominio, derechos condicionales o de otros que, por su rango, deben declararse extinguidos al realizarse el crédito y que hubieran inscrito sus derechos con posterioridad a la hipoteca, siempre que figuren en la respectiva certificación del Registro de la Propiedad».

Dicho artículo creemos que puede entenderse vigente por no oponerse ni ser incompatible con lo dispuesto en la nueva LEC (ver Disposición Derogatoria única.3).

Entre los que tienen derecho a ser notificados, figura el acreedor hipotecario de una hipoteca unilateral, pendiente de aceptación, como así lo ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado en *Resoluciones de fecha 19 y 20 de noviembre de 1987* (115), al establecer:

«...Este precepto reglamentario (se refiere al art. 225 del Reglamento Hipotecario) evidencia la amplitud con que deben entenderse el círculo de

(115) BCNR, núm. 240 y BOE de 16 de diciembre de dicho año. Y en BDA de Jurisprudencia.

los interesados que deben ser especialmente notificados: No es necesario que del Registro resulte que el derecho real del interesado existe ya perfecto (lo que, por ejemplo, no resulta de un asiento de anotación); basta que del Registro resulte a favor del interesado un asiento que, como la anotación, confiera una situación registral que asegure, al posible derecho, cierta eficacia a partir del asiento (reserva de rango). Además, a falta de reglas especiales, la cancelación de la hipoteca unilateral se regirá por las reglas ordinarias (que exigen, como hemos dicho, la notificación cuestionada), sin otras excepciones que las específicamente señaladas en los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento...»

La razón es lógica, pues, como afirma PAU PEDRÓN (116), «*el destinatario de la reserva de rango que implicaría la hipoteca unilateral tiene atribuido un derecho —sin haberlo aceptado—, como lo prueba (entre otros hechos):*

- a) Que tiene derecho a ser notificado... en caso de ejecución de una hipoteca anterior...*
- b) Que tiene derecho a la subsistencia de la reserva en tanto no se le haya requerido y haya transcurrido el plazo para contestar (art. 237 del Reglamento Hipotecario)...»*

Ahonda en los comentarios a la Resolución de 20 de noviembre de 1997, DEL RÍO y GARCÍA DE SOLA (117), quien analiza en idéntico sentido la necesidad de notificación a los acreedores garantizados con hipoteca unilateral no aceptada, resaltando que tal notificación se hace ineludible, a efectos de que dichos acreedores puedan intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de la finca.

C) *Remisión del artículo 689.2 al 659 de la LEC*

Como antes hemos referido, el apartado 2 del artículo 689, afirma:

«...2. Cuando existan cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantiza el crédito del actor, se aplicará lo dispuesto en el artículo 659».

(116) PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», en *RCDI*, núm. 631, correspondiente a los meses de noviembre-diciembre de 1995, págs. 2001 y sigs.

(117) DEL RÍO GARCÍA DE SOLA, IGNACIO, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 589, mes noviembre-diciembre: «Comentarios a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de noviembre de 1987» (*BOE* de 16 de diciembre), pág. 1949 y sigs.

Por lo tanto, cuando existan cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantiza el crédito del actor, procederá la aplicación del artículo 659 de la LEC, que establece:

«1. El Registrador comunicará la existencia de la ejecución a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al del derecho del ejecutante, siempre que su domicilio conste en el Registro.

2. A los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la expedición de la certificación de dominio y cargas no se les realizará comunicación alguna, pero, acreditando al tribunal la inscripción de su derecho, se les dará intervención en el avalúo y en las demás actuaciones del procedimiento que les afecten.

3. Cuando los titulares de derechos inscritos con posterioridad al gravamen que se ejecuta satisfagan antes del remate el importe del crédito, intereses y costas, dentro del límite de responsabilidad que resulte del Registro, quedarán subrogados en los derechos del actor hasta donde alcance el importe satisfecho. Se harán constar el pago y la subrogación al margen de la inscripción o anotación del gravamen en que dichos acreedores se subrogan y las de sus créditos o derechos respectivos, mediante la presentación en el Registro del acta notarial de entrega de las cantidades indicadas o del oportuno mandamiento judicial, en su caso».

Como vemos, el apartado 2 de dicho artículo reitera lo dispuesto en el número 2.º, *in fine* del artículo 132 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción, cuando afirma que la nota marginal hace las veces de notificación respecto de los acreedores y terceros cuyo derecho conste inscrito o anotado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas de la hipoteca base de la ejecución.

Y el apartado 3 del artículo 659 de la LEC prácticamente reitera lo que preceptuaba el párrafo penúltimo de la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria aún vigente.

D) *Forma de practicar la notificación*

En cuanto a la forma que deben de revestir dichas notificaciones, ciertamente el artículo 689.2 de la nueva LEC no hace remisión expresa al artículo 660, concretamente a su apartado 1; pero entendemos que aquí y respecto de esta forma de notificación, sí cabe aplicar la analogía, por lo que tal notificación debe de hacerse también *por correo o telégrafo con acuse de recibo o por otro medio fehaciente*, haciendo constar expresamente en la certificación que se han remitido dichas notificaciones.

¿Y en el supuesto hipotético de que no conste el domicilio en el Registro de los titulares de derechos o cargas posteriores a la hipoteca que garantiza el crédito del actor? Esto puede ocurrir más bien en sede de anotaciones preventivas de embargo posteriores a la hipoteca que se ejecuta y en el supuesto de que en el mandamiento judicial de embargo en que se decreta la práctica de dicha anotación no se haya hecho constar el domicilio del anotante.

En este caso, por tratarse el procedimiento sobre el que versa el presente trabajo de un procedimiento de ejecución, aunque se ejercite en él, por principio, la acción sobre los bienes hipotecados, debería seguirse tal vez la misma solución que articula el apartado 2 del artículo 660 de la nueva Ley Procesal, consistente en que, si el domicilio no constare en el Registro o que la comunicación fuera devuelta al Registro por cualquier motivo, el Registrador practicará nueva comunicación mediante edicto en el tablón de anuncios del Registro, que se publicará durante un plazo de quince días.

E) *Efectos de la ausencia de la notificación o de la notificación defectuosa*

Obsérvese que la remisión del artículo 689.2 lo es al artículo 659 de la LEC, pero no al artículo 660 de la misma. De ahí que, en cuanto a los efectos que se puedan derivar de la ausencia de comunicaciones efectuadas por el Registro o los defectos de que las mismas puedan adolecer, aquí no cabe aplicar la analogía, como puede ocurrir en una labor de integración de normas ante un posible vacío normativo en lo referente a la forma de hacer las notificaciones en el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados.

El artículo 660, en su apartado 2 (no aplicable, entendemos, al procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados) establece:

«2... La ausencia de las comunicaciones del Registro o los defectos de forma de que éstas pudieran adolecer no serán obstáculo para la inscripción del derecho de quien adquiera el inmueble en la ejecución».

Dicho apartado ha venido a consagrar la tesis mantenida por SARMIENTO RAMOS (118), el cual entendía en esta materia lo siguiente:

- *«...Que la Ley (se refiere a la anterior LEC aún vigente) se cuida mucho de no utilizar el término “notificaciones” sino el de comunicación...*
- *...Que la cancelación de los asientos posteriores al gravamen que se ejecuta “una vez ultimada su ejecución y efectuado el remate”, no puede quedar condicionada a la efectiva realización de las comunica-*

(118) SARMIENTO RAMOS, JUAN, *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, CNRP, Madrid, 1993, págs. 255 a 257.

ciones prevenidas en el artículo 1.490 de la LEC (se refiere a la antigua) bastando el simple mandamiento judicial prevenido en el artículo 1.518 LEC (la antigua).

- *Que cuando por no constar el domicilio, no puede el Registrador realizar tales comunicaciones, no cabe desplazar tal cometido al Juez, pues ni así lo prevé la nueva Ley (se refiere a la reforma de la LEC anterior), ni tal notificación era exigida al Juez en la anterior normativa (antes de la reforma de la anterior LEC, salvo para las cargas intermedias entre la constitución del gravamen hipotecario anterior y el comienzo de su ejecución).*
- *Que si la cancelación de los asientos posteriores al del gravamen que se ejecuta ha de practicarse en cumplimiento de un mandato judicial, y al Juez no le corresponde efectuar tales notificaciones, es obvio que las mismas no pueden obstaculizar la cancelación ordenada por el Juez.*
- *Téngase en cuenta, además, que a los titulares de esos asientos posteriores ya se les advierte del proceso “si bien de forma genérica” mediante los anuncios de subasta; y que tales titulares, al tiempo de obtener sus asientos, pudieron comprobar la existencia del gravamen anterior, no estando de más la exigencia de un cierto deber de diligencia...»*

Seguía también esta postura RIVAS TORRALBA (119), quien mantiene, al igual que SARMIENTO, que dichas comunicaciones de ningún modo alcanzan la consideración de trámite procedimental, sino que representan «una ampliación individualizada de la publicidad de la ejecución respecto de determinadas personas». Se trata, en definitiva, «de un plus de información que permanece ajeno a la tramitación del proceso...» En igual sentido se pronunciaba OCAÑA RODRÍGUEZ, citado por RIVAS TORRALBA.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de fecha 1 de julio de 1997 (120), ha seguido la postura mantenida por SARMIENTO RAMOS en cuanto a la consideración de este trámite como no afectante en sí al procedimiento ejecutivo ordinario, y ha manifestado lo siguiente:

«...que sólo puede sostenerse respecto del titular de una segunda hipoteca o gravamen cuando se ejecuta la primera, habiéndose constituido aquéllos antes del inicio de la ejecución de ésta (a efectos de esa notificación —que no de la posición en el proceso— razones de analogía determinan que al titular de esa hipoteca o gravamen ha de asimilarse al tercer poseedor de los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria); mas, tratándose de titulares de

(119) RIVAS TORRALBA, RAFAEL A., *ob. cit.*, págs. 465 y 466.

(120) *Base de Datos Aranzadi de Jurisprudencia.*

derechos adquiridos sobre el bien a ejecutar cuando ya está practicado y anotado el embargo, habrá de entenderse que tales comunicaciones (a las que del art. 1.490 de la LEC antigua, aún vigente por poco tiempo) constituyen simplemente una forma activa e individualizada de publicidad registral para facilitar el conocimiento por esos titulares de cargas posteriores del embargo, del comienzo de la vía de apremio a fin de que, si conviene a su derecho, puedan pagar el crédito del actor con los efectos legales pertinentes (...). Las consideraciones anteriores armonizan además con el criterio restrictivo que la Ley Orgánica del Poder Judicial adopta en sede de nulidad de las actuaciones judiciales (cfr. 238 y siguientes), pues, sobre no poder ser considerados como trámites sustanciales del procedimiento aquéllos que derivan de una actuación unilateral del ejecutado realizada de espaldas al proceso una vez iniciado éste y practicada y anotada la traba, que se establecen a favor de personas que, por tanto, son ajenas a la inicial relación jurídico-personal, y que además, son trámites que no integran propiamente el procedimiento judicial, aunque sean actos colaterales (en ningún caso, salvo el del pago, pueden tener como consecuencia el impedir la ejecución), difícilmente puede alegarse indefensión, toda vez que, como ya señalara el preámbulo del Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, cuando estos titulares de cargas adquieren su derecho pudieron conocer perfectamente, por el Registro de la Propiedad, la concreta situación jurídico-real del bien adquirido y es a ellos a quienes incumbe "estar alerta para intervenir oportunamente en las actuaciones de ejecución..."»

Pero dicho apartado 2 no es aplicable en sede de la ejecución directa sobre bienes hipotecados seguida conforme al Título IV, Capítulo V de la nueva Ley Procesal, pues, como ya hemos dicho, el nuevo artículo 132 de la Ley Hipotecaria, redactado por la Disposición Final novena, número 7 de dicha Ley, establece que la calificación del Registrador se extenderá a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados:

«...2.º Que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá efectos de la notificación».

Piénsese, además, como ya hemos dicho en otra parte de este trabajo, que la anotación preventiva de embargo implica y presupone siempre que hay un proceso de ejecución en marcha; sin embargo, respecto de la hipoteca, sólo la nota marginal extendida al margen de su inscripción relativa a haberse expedido la certificación de dominio y cargas es la que anuncia y «publica»

que la hipoteca ha entrado en fase ejecución. De ahí la suma trascendencia de las notificaciones que, en su caso, hayan de practicarse a los titulares de asientos comprendidos dentro de dicha certificación.

Todo ello supone que el Registrador tendrá que calificar, entre otros, dicho extremo. Ahora bien, ¿basta con la afirmación que de ello resulte del testimonio del auto de adjudicación relativa a que el Registrador practicó las notificaciones pertinentes, o bien habrá de comprobar dicho extremo el Registrador que califique la inscripción del testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento cancelatorio (o el documento omnicomprendivo de ambos), mediante la certificación de cargas expedida en su día y que conste archivada en el legajo correspondiente o incluso acudiendo a las propias notificaciones efectuadas? Lo que sí creemos más que dudoso es que el Registrador deba entrar en cuanto a la forma de haberse hecho en su día las notificaciones a los titulares de cargas o derechos reales comprendidos en la certificación de dominio y cargas.

Ciertamente, en esta materia, ¿se podría hablar de autocalificación o, en su caso, de volver nuevamente a calificar, no ya un extremo relativo a una actuación judicial sino a una actuación del mismo Registrador (o de otro, si el que expidió en su día la certificación ya no sirve el Registro en cuestión)? Parece ser que el Registrador se convierte aquí, sorprendentemente, en Juez y parte. Además, ¿es conveniente hacer constar por nota al margen de la inscripción de hipoteca la práctica efectiva de las notificaciones, como nota complementaria a la de constancia de expedición de la certificación de cargas, y una vez las mismas hayan sido practicadas?

F) Derechos de los acreedores posteriores si pagan en lugar del ejecutante

La posición de los acreedores posteriores es la de poder subrogarse, si pagan, en el lugar del ejecutante, esto es, del actor del procedimiento. Dicha subrogación, por lo tanto, tiene un carácter procesal con trascendencia sustantiva o civil, pero para ello es necesario que tengan inscrito su derecho en el Registro. Por eso, la constancia registral de tal subrogación se efectúa por medio de nota al margen de la respectiva inscripción.

Cabría la posibilidad de que un acreedor de un derecho real posterior a la certificación de cargas se subrogase en el lugar del actor, pues si han quedado enterados del procedimiento por cualquier medio, pueden comparecer en autos y subrogarse.

En el supuesto de que sean varios titulares posteriores que se pretendan subrogar, entendemos, con GARCÍA GARCÍA (121), que debería aplicarse el principio de prioridad registral.

(121) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, pág. 225.

G) *Comunicación registral de ulteriores asientos que pudieran afectar a la ejecución*

Decir también que el nuevo artículo 135 de la Ley Hipotecaria ha sufrido una nueva redacción por la reiterada Disposición Final novena, concretamente por su número 10, que establece:

«El Registrador deberá comunicar al Juez ante quien se sustancie un procedimiento ejecutivo, incluso cuando recaiga directamente sobre bienes hipotecados, la extensión de ulteriores asientos que puedan afectar a la ejecución».

El precepto es muy semejante al anterior artículo 1.453 de la antigua LEC, sólo que también se alude ahora al procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, refiriéndose a la comunicación de «ulteriores asientos que puedan afectar a la ejecución» y en el anterior artículo 1.453 de la LEC derogada se aludía a «que pudieran afectar al embargo anotado». En sentido semejante al antiguo artículo 1.453 se pronuncia el artículo 253.2 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril. En esta materia, *¿se podría aplicar el artículo 143 del Reglamento Hipotecario en sus tres últimos párrafos*, con referencia no sólo a los asientos de anotación preventiva de embargo, sino a la existencia de otra hipoteca o hipotecas distintas de la hipoteca que se ejecuta?

A este respecto, ya GÓMEZ GÁLLIGO (122) declaró en su día lo siguiente:

«...En definitiva, en el procedimiento judicial sumario tan sólo deberá comunicarse la cancelación de anotaciones de embargo posteriores a la hipoteca que se ejecuta, pero no la expedición de certificación de cargas en el citado procedimiento.

Y en rigor, no es necesario hacer comunicaciones a los órganos judiciales que dictaron algún mandamiento distinto del embargo en el juicio ejecutivo de la LEC, pero creo que existe la misma razón de ser (analogía) para practicar tales comunicaciones, verbigracia:

- a) de la cancelación de anotaciones de demanda;*
- b) o de la cancelación de hipotecas posteriores a la hipoteca que se ejecuta, a cuyo margen constase la nota marginal de expedición de certificación de cargas.*

Por otra parte, el artículo 434 RH... tan sólo obliga al Registrador a advertir en los títulos presentados a inscripción que existe discrepancia de

(122) GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER, *ob. cit.*, págs. 106 y 107.

cargas y que consta la nota marginal de expedición de certificación de cargas del artículo 1.489 LEC (antiguo) en algún procedimiento ejecutivo que no se haya tenido en cuenta en la escritura.

Pero, a mi entender, también existe la misma razón de ser —aunque no creo que sea exigible por no existir ninguna norma que lo imponga—, de advertir no sólo que hay una hipoteca que no se ha tenido en cuenta, sino también —en su caso—, que se ha expedido certificación de cargas en el procedimiento correspondiente...»

X. ADMINISTRACION DE LA FINCA O FINCAS HIPOTECADAS

1. REGULACIÓN

En relación con el procedimiento judicial sumario, regulaba esta materia la regla 6.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y el artículo 133 de dicha Ley, antes de la nueva redacción de que han sido objeto los mismos, como ya hemos dicho.

Los preceptos guardan mucha similitud con el nuevo artículo 690 de la LEC, recientemente publicada, que se titula de la «Administración de la finca o bien hipotecado», si bien se observan diferencias, algunas de tipo semántico, como el predominio de la palabra «acreedor» o «acreedores» en lugar de «actor» o «actores», término este último que también emplea en el apartado 2 de dicho artículo, y otras que son más sustanciales. Reza el primer párrafo del apartado 1 de dicho artículo lo siguiente:

«Transcurrido el término de diez días desde el requerimiento de pago o, cuando éste se hubiera efectuado extrajudicialmente, desde el despacho de la ejecución, el acreedor podrá pedir que se le confiera la administración o posesión interina de la finca o bien hipotecado. El acreedor percibirá en dicho caso las rentas vencidas y no satisfechas, si así se hubiese estipulado, y los frutos, rentas y productos posteriores, cubriendo con ello los gastos de conservación y explotación de los bienes y después su propio crédito...»

2. ¿OBLIGATORIEDAD DE SU PACTO EN LA ESCRITURA?

En primer lugar, se afirma que el actor podrá pedir que se le confiera la administración o posesión interina de la finca, pero sin alusión alguna a que así se hubiese pactado previamente en la correspondiente escritura de constitución de hipoteca, circunstancia ésta que sí contemplaba el artículo 131 de la Ley Hipotecaria en su regla 6.ª Es decir, *que tal requisito que se configuraba como necesario, relativo al pacto expreso en tal sentido en la escritura constitutiva*

de la hipoteca, parece haber desaparecido, pues, como es sabido, «donde la ley no distingue, nosotros tampoco debemos distinguir». Dicho pacto tenía —y tiene todavía— una clara trascendencia real, pues era un pacto básico para que luego se pudiera interesar la administración y posesión interina de la finca.

3. NATURALEZA

Su naturaleza es la de un *pacto anticrético* a favor del actor, que se convertía en verdadera anticresis cuando lograba plena efectividad. Tal pacto no implicaba —ni implica— cierre del Registro a los actos dispositivos ni a los de administración, pero ello no supone que tal pacto no afectase a los adquirentes de la finca o fincas hipotecadas con tal pacto. La famosa sentencia de nuestro *Tribunal Supremo de 26 de junio de 1965* (123) así lo afirma, consagrando los caracteres del derecho a la administración o posesión interina de la finca o fincas hipotecadas cuando declara:

«...establece un derecho de naturaleza mixta, por ser a un tiempo cautelar y ejecutivo y cuyos caracteres pueden precisarse diciendo que es facultativo en su ejercicio, limitado en su objeto, alternativo en su finalidad y condicionado en sus efectos...»

Siguiendo a GARCÍA GARCÍA (124), podemos decir, en síntesis, que *tal derecho es*:

- a) «Facultativo en su ejercicio», porque el actor podrá pedirlo o no.
- b) «Limitado en el objeto», pues el objeto es conferir al actor la administración o posesión interina, o las dos cosas, pese a la conjunción disyuntiva que se emplea, pues el apartado 3 del artículo 690 de la nueva LEC, habla de la «duración de la administración y posesión interina que se conceda al acreedor», empleando aquí, sin embargo, la conjunción copulativa, como así hacía igualmente el antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria aún vigente.
- c) Dicho derecho tiene un carácter «alternativo en su finalidad», pues mientras no se celebre la primera subasta y tenga lugar el remate, el acreedor hipotecario se mantendrá en tal administración y/o posesión interina de la finca hipotecada.
- d) Además, dicho derecho está «condicionado en cuanto a sus efectos», pues hay que desempeñar efectivamente la función de administrador,

(123) *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. Tomo XXXII. Referencia 3940.*

1.ª Edición, Pamplona, 1965.

(124) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, pág. 234 y sigs.

no bastando con el mero nombramiento, pues si no se ejerce tal derecho, no se podrá impugnar los actos que a este respecto hayan sido realizados por el propietario del inmueble en el período anterior a aquél en que efectivamente se haya hecho eficaz la administración, y ello por exigencias lógicas del principio de la buena fe.

Pues bien, como veníamos afirmando, la alusión expresa a tal pacto de administración y/o posesión interina en la escritura de hipoteca, no aparece contemplado ya en la reforma operada, con lo cual puede entenderse que la petición de concesión por parte del acreedor hipotecario de la administración o concesión interina de la finca hipotecada no descansa ya en tal pacto, sino en la propia ley, que contempla directamente tal petición sin necesidad de tal estipulación.

Sí contempla dicho apartado la percepción por el acreedor hipotecario de *las rentas vencidas y no satisfechas*, «*si así se hubiese estipulado*». Aquí sí hay referencia expresa a un pacto, que también lo contemplaba la regla 6.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. *Este pacto es distinto del anterior anticrético*, pues es el pacto de extensión de la hipoteca a las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada, a que alude el artículo 111.3.º de dicha Ley Hipotecaria.

El contenido, pues, de tal derecho, será dichas rentas vencidas y no satisfechas, en su caso, y los frutos, rentas y productos (término este último que no aparecía reflejado en la regla 6.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria) posteriores, debiendo imputarse primero a los gastos de conservación y explotación de los bienes, y sólo después, a su propio crédito.

El apartado 1 del artículo 690 de la LEC, se completa también con dos párrafos relativos a la notificación del ocupante del inmueble y al supuesto de que la finca se encuentre desocupada:

«...A los efectos anteriormente previstos, la administración interina se notificará al ocupante del inmueble, con la indicación de que queda obligado a efectuar al administrador los pagos que debieran hacer al propietario.

Tratándose de inmuebles desocupados, el administrador será puesto, con carácter provisional, en la posesión material de aquéllos...»

4. ORDEN DE PREFERENCIA ANTE LA PLURALIDAD DE ACTORES

El apartado 2 del nuevo artículo 690 de la LEC, alude a la pluralidad de actores y cuál es el orden de preferencia a la hora de ejercitar dicho derecho de administración y/o posesión interina de la finca hipoteca. Y así establece, en términos semejantes al último párrafo de la regla 6.ª del aún vigente artículo 131 de la Ley Hipotecaria:

«...Si los acreedores fuesen más de uno, corresponderá la administración al que sea preferente, según el Registro, y si fueran de la misma prelación podrá pedirla cualquiera de ellos en beneficio común, aplicando los frutos, rentas y productos según determina el apartado anterior, a prorrata entre los créditos de todos los actores. Si lo pidieren varios de la misma prelación, decidirá el tribunal mediante providencia a su prudente arbitrio...»

Aquí establece expresamente la Ley que la forma que debe de adoptar la resolución judicial en caso de que soliciten tal derecho varios acreedores de la misma prelación, es la de «providencia», aludiendo expresamente a la aplicación de «frutos, rentas y productos», cuyo último término («productos»), como ya hemos dicho, no aparecía expresado en la regla 6.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

5. DURACIÓN

Por lo que se refiere a la duración del derecho de administración y/o posesión interina de la finca o fincas hipotecadas, aparece contemplado en el artículo 690, apartado 3 de la LEC, en términos semejantes al anterior artículo 133 de la Ley Hipotecaria:

«...La duración de la administración y posesión interina que se conceda al acreedor no excederá, como norma general, de dos años, si la hipoteca fuera inmobiliaria... A su término, el acreedor rendirá cuentas de su gestión al tribunal, quien las aprobará, si procediese. Sin este requisito no podrá proseguirse la ejecución».

Obsérvese que el precepto reitera la expresión «como norma general». ¿Ello significa que puede haber casos en que supere tal duración? En el anterior artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en su regla 12.ª, último párrafo, sí podía suceder cuando hubiesen quedado desiertas las tres subastas, pues entonces podría reiterarse la misma tantas veces como lo solicitase el dueño de la finca, continuando mientras tanto el acreedor en la administración interina de la finca hipotecada. Y todo ello podría conllevar, en algunos casos, que se superase el plazo referido de dos años previsto como regla general. Pero ahora, la realización de la subasta de los bienes hipotecados se efectuará conforme a las reglas previstas para la subasta de inmuebles en la propia LEC. Y aquí no se contempla ya una posibilidad semejante a la que aparecía contemplada en la dicha regla 12.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

Por último, prevé el artículo 690, en su apartado 5, la forma de proceder en lo referente a la administración y/o posesión interina de la finca hipotecada, en caso de que concurra la ejecución hipotecaria con un proceso concursal:

«...5. Cuando la ejecución hipotecaria concorra con un proceso concursal, en materia de administración o posesión interina se estará a lo que disponga el tribunal que conozca del proceso concursal, conforme a las normas reguladoras del mismo.»

XI. SUBASTA

La Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su apartado XVII, ya declara que se establece una única subasta, a diferencia de lo que establecía el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Y así dice dicha Exposición de Motivos en referido apartado:

«...No son pocos los cambios y, sobre todo, el orden y previsión que esta Ley introduce en el procedimiento de apremio o fase de realización, previo avalúo, de los bienes afectados a la ejecución, según su diferente naturaleza. Además de colmar numerosas lagunas, se establece una única subasta, con disposiciones encaminadas a lograr, dentro de lo posible, según las reglas del mercado, un resultado más satisfactorio para el deudor ejecutante, procurando, además, reducir el coste económico...»

Así pues, cabe, en primer lugar, afirmar que a partir de la entrada en vigor de la Ley en este procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados, sólo cabe la posibilidad de la celebración de una única subasta.

Ya este criterio de subasta única fue defendido por algunos autores. Así, RAMOS MÉNDEZ (125) quien afirmaba:

«...Hay que acabar con el sistema de las tres subastas. Esto es una cosa farisaica. Evidentemente hoy, salvo contadísimas excepciones, todo el mundo espera a la tercera subasta, porque es la subasta sin sujeción a tipo. He estado reflexionando y estado mirando si había algún inconveniente o si se producía alguna quiebra en el sistema de defensa de derechos o de los intereses, sea del acreedor, sea del propio ejecutado, porque esto fuera así. Yo no lo veo...»

Y el mismo autor (126) se mostraba partidario de la unificación de la regulación de las subastas, criterio este al que ha puesto especial énfasis la nueva LEC.

(125) RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, «Reflexión sobre el sistema de subasta en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria», en *Práctica Hipotecaria. Procedimiento Judicial Sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (Jornadas sobre Ejecución Hipotecaria)*, núm. 2. Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Editorial Marcial Pons, Barcelona, 1994, págs. 125 y 126.

(126) RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *ob. cit.*, pág. 125.

1. PERSONAS QUE PUEDEN INSTARLA

Establece el artículo 691.1:

«Cumplido lo dispuesto en los artículos anteriores y transcurridos treinta días desde que tuvieron lugar el requerimiento de pago y las notificaciones antes expresadas, se procederá a instancia del actor, del deudor o del tercer poseedor, a la subasta de la finca o bien hipotecado...»

Por lo tanto, rige aquí el principio dispositivo o de rogación procesal, pues la celebración de la subasta se deja a la iniciativa del actor, del deudor o del tercer poseedor. No se cita para nada al «hipotecante» (no deudor), como así sucedía, sin embargo, en la regla 7.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en su reforma operada por la Ley 19/1986, de 14 de mayo, por lo que queda «en el aire» (por no decir que no es posible, pues la ley no lo contempla expresamente) que dicho «hipotecante», ni otras personas que pudieran resultar interesadas —v.gr., acreedores posteriores—, pueden solicitar la celebración de la subasta.

2. PLAZO PARA LA SUBASTA

El plazo, como resulta de dicho apartado, es de treinta días desde que tuvieron lugar el requerimiento de pago (v. art. 686 nueva LEC) y las notificaciones antes expresadas (v. art. 689 y concordantes de la LEC), y una vez cumplido lo dispuesto en los artículos anteriores al 691 de la LEC.

3. ANUNCIO DE SUBASTA

A) Plazo para efectuar el anuncio

En cuanto al plazo para efectuar el anuncio de subasta, se efectuará con veinte días de antelación, por lo menos, a su celebración, debiendo notificarse el señalamiento del lugar, día y hora para el remate al deudor, con la misma antelación, en el domicilio que conste en el Registro. Así lo preceptúa el apartado 2, del artículo 691 de la Ley Procesal.

El contenido del anuncio no aparece previsto expresamente en dicho artículo 691, si bien hay una remisión en cuanto a la realización de la subasta en su apartado 4, como más adelante veremos.

B) *Forma de la publicación del anuncio de subasta*

En cuanto a la forma del anuncio de subasta creemos aplicable el artículo 645 de la nueva Ley Procesal, que establece la garantía de la publicidad de la subasta al establecer en su apartado 1, que *«a toda subasta se dará publicidad por medio de edictos, que se fijarán en el sitio destacado, público y visible en la sede del tribunal y lugares públicos de costumbre...»*, y ello sin perjuicio de que, como prevé el apartado 2 de tal precepto, *«mediante providencia se dé a la subasta la publicidad que resulte razonable, utilizando los medios públicos y privados que sean más adecuados a la naturaleza y valor de los bienes que se pretende realizar»*.

C) *Contenido del anuncio de subasta*

Respecto del contenido del anuncio de la subasta, el artículo 668 declara en un principio que *«la subasta se anunciará con arreglo a lo previsto en el artículo 646»*. Dicho artículo dice literalmente:

«En los edictos a que se refiere el apartado primero del artículo anterior se incluirá pliego con todas las condiciones de la subasta, generales y particulares, si las hubiere, y cuantos datos y circunstancias sean relevantes para el éxito de la subasta.

El contenido de la publicidad que se realice por otros medios se acomodará a la naturaleza del medio que, en cada caso, se utilice, procurando la mayor economía de costes, y podrá limitarse a los datos precisos para identificar los bienes o lotes de bienes, el valor de tasación de los mismos, su situación posesoria, si fueran inmuebles, conforme a lo dispuesto en el artículo 661, el lugar y fecha de celebración de la subasta y la indicación del lugar o lugares en que se encuentren publicados los edictos».

El artículo 668 establece la expresión obligatoria en los edictos de la identificación de la finca (lo que se efectuará en forma concisa), la valoración inicial para la subasta (v. núm. 1.º, del aptdo. 1, del art. 682, relativo a la tasación de la finca en la escritura de constitución de hipoteca) y los extremos siguientes:

«1.º Que la certificación registral y, en su caso, la titulación sobre el inmueble o inmuebles que se subastan están de manifiesto en la Secretaría.

2.º Que se entenderá que todo licitador acepta como bastante la titulación existente o que no existan títulos.

3.º Que las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, al crédito del actor continuarán subsistentes y que, por el solo hecho de participar en

la subasta, el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllos, si el remate se adjudicare a su favor».

En relación con este último número 3.º de dicho artículo 668, establece el artículo 670.5:

«5. Quien resulte adjudicatario del bien inmueble, conforme a lo previsto en los apartados anteriores, habrá de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, y subrogarse en la responsabilidad derivada de ellos».

Pues bien, teniendo en cuenta dichos preceptos 668.3.º y 670.5, se plantea la interrogante de si es de aplicación a este procedimiento lo dispuesto en el artículo 666, relativo a la valoración de inmuebles para subasta, cuyo artículo se remite al artículo 657 de la nueva LEC, relativo a «información de cargas extinguidas o aminoradas».

Dicho artículo 666 establece lo siguiente:

«1. Los bienes inmuebles saldrán a subasta por el valor que resulte de deducir de su avalúo, realizado de acuerdo con lo previsto en los artículos 637 y siguientes de esta Ley, el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiera despachado la ejecución cuya preferencia resulte de la certificación registral de dominio y cargas.

Esta operación se realizará por el Secretario Judicial, descontando del valor por el que haya sido tasado el inmueble el importe total garantizado que resulte de la certificación de cargas o, en su caso, el que se haya hecho constar en el Registro con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 657.

2. Si el valor de las cargas o gravámenes iguala o excede del determinado para el bien, el tribunal alzaré el embargo».

Y, por su parte, el 657 al que se remite el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 666, reza:

«1. A petición del ejecutante, el tribunal se dirigirá a los titulares de los créditos anteriores que sean preferentes al que sirvió para el despacho de la ejecución para que informen sobre la subsistencia actual del crédito garantizado y su actual cuantía. Los acreedores a quienes se reclame esta información deberán indicar, con la mayor precisión, si el crédito subsiste o se ha extinguido por cualquier causa y, en caso de subsistir, qué cantidad resta pendiente de pago, la fecha de vencimiento y, en su caso, los plazos y condiciones en que el pago deba efectuarse. Si el crédito estuviera vencido y no pagado, se informará también de los intereses moratorios vencidos y de la cantidad a la que asciendan los intereses que se devenguen por cada día de

retraso. Cuando la preferencia resulte de una anotación de embargo anterior, se expresarán la cantidad pendiente de pago por principal e intereses vencidos a la fecha en que se produzca la información, así como la cantidad a la que asciendan los intereses moratorios que se devenguen por cada día que transcurra sin que se efectúe el pago al acreedor y la previsión para costas.

Los oficios que se expidan en virtud de lo dispuesto en el párrafo anterior se entregarán al procurador del ejecutante para que se encargue de su cumplimiento.

2. A la vista de lo que los acreedores, a que se refiere el apartado anterior, declaren sobre la subsistencia y cuantía actual de sus créditos, el tribunal, a instancia del ejecutante, expedirá los mandamientos que procedan a los efectos previstos en el artículo 144 de la Ley Hipotecaria».

Como vemos, la propia LEC establece un procedimiento para determinar la suma de las cargas subsistentes con la mayor exactitud posible. Incluso va más lejos al decretar el alzamiento del embargo, y ello porque el importe de las cargas preferentes puede ser superior al valor de la finca en cuestión, por lo que entonces se pondría de manifiesto la inoperancia de la ejecución iniciada, ya que nadie va a ofrecer más de la suma a que ascienden las cargas.

Asimismo, se infiere del artículo 666 que el precio que el rematante tendrá que satisfacer incluye el pago de la suma de las cargas hipotecarias preferentes, en aplicación analógica del descuento regulado en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria, que regula, además de la asunción en la responsabilidad personal, la retención o descuento de la finca hipotecada.

Obsérvese, no obstante, como más adelante veremos, que el legislador ha perdido la oportunidad de pronunciarse abiertamente y de una manera expresa sobre el tema consistente en que el rematante o adjudicatario no asume el débito personal y sí solo el compromiso de pagar las cargas hipotecarias preferentes.

Se plantea la cuestión de si es de aplicación a este procedimiento lo dispuesto en el artículo 657 de la nueva LEC, relativo a «información de cargas extinguidas o aminoradas», dada la remisión que el apartado 4 del artículo 691 de dicha Ley hace, en cuanto a la realización de la subasta, a las normas de la subasta de bienes inmuebles, que aparece regulada en la expresada sección 6.^a, que es donde se encuentra incardinado dicho artículo 657. Así, en lo relativo al procedimiento a seguir en la realización de la subasta, establece dicho artículo 691 en su apartado 4:

«...La subasta de bienes hipotecados, sean muebles o inmuebles, se realizará con arreglo a lo dispuesto en esta Ley para la subasta de bienes inmuebles».

Y el citado artículo 655 de dicha Ley establece en su apartado 1, que *«las normas de esta sección se aplicarán a las subastas de bienes inmuebles y a las de bienes muebles sujetos a un régimen de publicidad registral similar al de aquéllos»*. Tal sección, a que se refieren dichos preceptos, es la *sección 6.ª, del Capítulo IV, del Título IV de la nueva LEC*.

Pues bien, dada la remisión que, a su vez, el apartado 4 del artículo 691 de dicha Ley hace, en cuanto a la realización de la subasta, a las normas de la subasta de bienes inmuebles que aparece regulada en la expresada sección 6.ª, que es donde se encuentran incardinados dichos artículos 666, 657 y concordantes, ¿serían de aplicación dichos artículos al procedimiento de ejecución directa sobre inmuebles hipotecados regulados en la nueva LEC? Ya sabemos que el artículo 682.2.1.º establece como requisito, además del domicilio (núm. 2.º de dicho apartado artículo), que *«en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado para que sirva de tipo en la subasta»*. ¿Puede entenderse, además, sustituido el avalúo a que se refieren las normas generales sobre la subasta de inmuebles por el valor de tasación fijado por las partes según dicho artículo 682.2.1.º, en el ámbito del procedimiento que estamos analizando? El legislador pudo y debió haber sido más claro a este respecto. ¿Qué ha pretendido, que se descuenten las cargas anteriores, o bien hay que suponer su previo descuento o bien no se ha pretendido nada de ello?

Igual interrogante se ha planteado MIGUEL GONZÁLEZ (127) en lo relativo al descuento de las cargas preferentes que nos lleva a la llamada, según dicho autor, *«asunción de cumplimiento»*, basada en el importe de la carga o cargas preferentes, llegando a decir dicho autor:

«...Según la famosa sentencia de 7 de febrero de 1942, en el procedimiento de ejecución ordinario, del avalúo efectuado por los peritos se debían deducirlas cargas por aplicación del anterior artículo 1.511 de la LECiv, que esta sentencia consideraba subsistente en parte, mientras que en el sumario los interesados las habrían descontado o debido descontar ya al establecer el tipo en la escritura de la hipoteca. Por lo tanto, en el procedimiento ordinario del precio del remate se debía restar el importe de las cargas, mientras que en el sumario debían sumarse. Pero la opinión de esta sentencia no fue aceptada por todos. En cualquier caso se parte de que el rematante debe de pagar las cargas porque forman parte del precio total de la finca. El precio al contado se determina de manera distinta según los procedimientos. En el procedimiento ordinario, del precio del remate se restan las cargas por haberse partido de un avalúo del valor del total de la finca, y la cantidad

(127) MIGUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA, «Las cargas anteriores en la ejecución de un crédito hipotecario posterior». Trabajo publicado en la *Revista de Derecho Patrimonial*, Editorial Aranzadi, Navarra, año 1999, págs. 32 y 63 y sigs.

resultante es la que el rematante debe de pagar en el juzgado. En el sumario, como al fijar el tipo, se supone que los interesados han descontado ya del valor de la finca el importe de las cargas preferentes, el precio del remate sería sólo el importe a pagar al contado. El precio total resultaría de la suma del precio del remate y el importe de las cargas.

La reforma de la LECiv en 1992 ha suprimido el artículo 1.511 y así el trámite de liquidación de cargas, de esta manera se habría adoptado la misma solución para todos los procedimientos de ejecución. Veremos como el Proyecto de LECiv establece que la finca saldrá a la subasta por el importe que resulte de descontar las cargas preferentes del avalúo de la finca. Para la ejecución sobre bienes hipotecados sigue exigiendo que los interesados tasan la finca en la escritura de la hipoteca. Lo que no queda claro es si en este caso hay que descontar las cargas anteriores, se supone que ya se han descontado o ninguna de las dos cosas...»

Una cosa está clara: que las partes ignoran, cuando tasan la finca al tiempo de la constitución de la hipoteca, cuáles serán las cargas o derechos preferentes que podrán subsistir en caso de que haya ejecución y, en su caso, cuál será el importe por el cual subsisten. Por lo que difícilmente podrán fijar una tasación correcta cuando se vaya a formalizar la escritura de hipoteca, si atienden a la suma a que ascienden las cargas preferentes. ¿Se podría entender aplicable el artículo 639.3 en el sentido de que las partes fijan la tasación para subasta —que como ya dijimos tenía como finalidad reconocida en el debate de la Ley Hipotecaria de 1909 de ahorrar los costes de los peritos—, por el valor que tenga el inmueble en el mercado, sin tener en cuenta las cargas y gravámenes que pesan sobre ellos, conforme preceptúa dicho artículo; mas una vez llegado el momento de la ejecución, tal tasación —que no es otra cosa que un avalúo inicial convenido por las partes— se deducirán las cargas preferentes? ¿Cabe entender aplicables las normas sobre deducción de las cargas preferentes, de manera que el rematante o adjudicatario sólo tendrá que pagar el importe restante, pues con respecto al de las cargas preferentes ha asumido el compromiso de pago frente al deudor?

D) Publicidad de la situación posesoria en el anuncio de subasta

Se puede plantear la cuestión de qué ocurre en el supuesto de que el inmueble hipotecado esté ocupado por persona distinta del ejecutado y así resulte de los autos del procedimiento. El artículo 661 de la nueva LEC, incardinado igualmente dentro de las normas de subasta de bienes inmuebles, prevé la comunicación de la ejecución a arrendatarios y a ocupantes de hecho, así como la publicidad de la situación posesoria en el anuncio de la subasta.

Y sabido es, lógicamente, que el anuncio de subasta afecta claramente a la realización de la misma. A este respecto la Exposición de Motivos de la nueva LEC declara:

«...otra importante novedad en materia de enajenación forzosa de inmuebles se refiere al régimen de audiencia y eventual desalojo de los ocupantes de los inmuebles enajenados en un proceso de ejecución. Nada preveía al respecto la Ley de 1881, que obligaba a los postores, bien a realizar costosas averiguaciones por su cuenta, bien a formular sus ofertas en condiciones de absoluta incertidumbre sobre si encontrarían ocupantes o no; sobre si los eventuales ocupantes tendrían derecho o no a mantener su situación y, en fin, sobre si, aun no teniendo los ocupantes derecho a conservar la posesión de la finca, sería necesario o no acudir a un quizá largo y costoso proceso declarativo para lograr el desalojo. Todo esto, como es natural, no contribuía precisamente a hacer atractivo ni económicamente eficiente el mercado de subastas...»

Y así el artículo 661 establece lo siguiente:

«1. Cuando por la manifestación de bienes del ejecutado, por indicación del ejecutante (actor) o de cualquier otro modo, conste en el procedimiento la existencia e identidad de personas, distintas del ejecutado, que ocupen el inmueble embargado (aquí hipotecado), se les notificará la existencia de la ejecución, para que, en el plazo de diez días, presenten al tribunal los títulos que justifiquen su situación.

En el anuncio de la subasta se expresará, con el posible detalle, la situación posesoria del inmueble o que, por el contrario, se encuentra desocupado, si se acreditase cumplidamente esta circunstancia al tribunal de la ejecución.

2. El rematante podrá pedir que, antes de anunciarse la subasta, el tribunal declare que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en el inmueble, una vez que éste se haya enajenado en la ejecución. La petición se tramitará con arreglo a lo establecido en el apartado 3 del artículo 675, y el tribunal accederá a ella y hará, por medio de auto no recurrible, la declaración solicitada, cuando el ocupante u ocupantes puedan considerarse de mero hecho o sin título suficiente. En otro caso, declarará, también sin ulterior recurso, que el ocupante u ocupantes tienen derecho a permanecer en el inmueble, dejando a salvo las acciones que pudieran corresponder al futuro adquirente para desalojar a aquéllos.

Las declaraciones a que se refiere el párrafo anterior se harán constar en el anuncio de la subasta.»

Así pues, de este artículo se infiere que el legislador ha querido dar publicidad anticipada a las situaciones posesorias de la finca antes de la celebra-

ción de la subasta, a fin de que quienes vayan a licitar, puedan conocer dicha situación posesoria, lo cual se reflejará en los oportunos edictos.

Cabe decir que el apartado 2 de dicho artículo 661 no figuraba recogido en el proyecto de ley, lo que planteó la duda relativa a si debería tener publicidad en los edictos cualquier título que opusiese el poseedor u ocupante de la finca o sólo aquel título que, por subsistir a la hipoteca, diese estabilidad a la situación posesoria del inmueble después de la adjudicación. Ello hizo que se vertieran críticas al respecto, entre ellas, las del magistrado GÓMEZ SALCEDO (128) quien sostuvo la tesis de que «hubiese sido más convincente exigir, o al menos permitir, que estas situaciones previas a la subasta puedan ser aceptadas o rechazadas por el Juez de forma que todo licitador pueda acudir a subasta sin incertidumbres, conociendo las cargas que efectivamente asume si resulta rematante. La mera publicidad de cualquier situación posesoria de la finca que impone el proyecto, lejos de fomentar la participación en la subasta, puede tener el efecto inverso, creando confusión entre los eventuales licitadores, puesto que se puede conceder publicidad a situaciones que en nada deben de interferir en la futura entrega de la finca...»

La Ley parece haber enmendado el criterio que, en principio, imperó en el proyecto, y así en el apartado 3 del artículo 675 se refiere al *procedimiento que sigue la petición del lanzamiento de quienes, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 661, puedan considerarse ocupantes de mero hecho o sin título suficiente*. Tal petición se notificará a dichos ocupantes, con citación a una vista en el plazo de diez días, en la que podrán alegar y probar lo que consideren oportuno respecto de su situación; y el tribunal, por medio de auto, sin ulterior recurso, resolverá sobre el lanzamiento, que decretará en todo caso si el ocupante u ocupantes citados no comparecen sin justa causa. Dicho auto dejará a salvo, cualquiera que fuera su contenido, los derechos de los interesados, que podrán ejercitarse en el juicio que corresponda.

Este artículo aclara, pues, que el hecho de publicarse la situación posesoria del inmueble no impedirá al adjudicatario que el mismo pueda solicitar en su día el lanzamiento del deudor y de los eventuales ocupantes de la finca. En cuyo caso, el Juez procederá a citar a los ocupantes a una vista en el plazo antes referido, y cuyo trámite deberá ajustarse a los preceptos que comprende la sección 2.ª del capítulo VII del Título V, relativo a «las vistas». Con dicha vista nos hallamos ante un incidente del procedimiento en el que se plantea la conveniencia de la presencia del adjudicatario.

(128) GÓMEZ SALCEDO, AGUSTÍN MANUEL, «El procedimiento judicial sumario en primera instancia. Problemática de arrendamientos y ocupaciones del inmueble ante la ejecución: notificaciones, retractos, etc.», pág. 25. Publicada por «AUSBANC (Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios)», en *Jornadas sobre operaciones bancarias: Conceptos matemáticos, aspectos jurídicos y malas prácticas bancarias. 21-24 de febrero de 2000. Mesa Redonda sobre Ejecución Hipotecaria*.

Hay que reconocer que este incidente procesal podrá facilitar la cuestión cuando exista un evidente fraude en el arrendamiento concertado o cuando se vea meridianamente que el arrendamiento no subsistirá a la hipoteca.

A colación de lo dicho está, como antecedente de la nueva regulación, la sentencia de nuestro *Tribunal Constitucional* 69/1995, de 9 de mayo de 1995 (129), que empezó a matizar la doctrina anterior del mismo Tribunal (ver sentencia 6/1992, de 16 de enero) y que declaró:

«...no puede ser aplicada (la doctrina anterior) indiscriminadamente a todo poseedor u ocupante afectado por la ejecución hipotecaria, y así, en el ATC 309/1994, negamos ya el amparo en un supuesto en el que el arrendatario lo era en virtud de un contrato de arrendamiento celebrado con posterioridad al inicio del procedimiento del artículo 131 LH, que por el excesivo tiempo de duración (quince años) y por el importe antieconómico del alquiler pactado, fue estimado por los órganos judiciales como fraudulento...»

La misma sentencia (que versaba, no sobre la ocupación por un arrendatario de la finca hipotecada, sino por una usufructuaria), admitió la facultad del propio juez conocedor de la ejecución para rechazar aquellas situaciones que fueran opuestas por los ocupantes cuando *prima facie* llegase al convencimiento de que no ostentaban algún derecho que le permitiera permanecer en el disfrute de la finca adjudicada.

Y más recientemente el propio *Tribunal Constitucional* en sentencias 158/1997, de 2 de octubre; 174/1997, de 27 de octubre; 223/1997, de 4 de diciembre; 227/1997, de 15 de diciembre; 42/1998, de 24 de febrero, y 6/1999, de 8 de febrero (130), han consagrado más claramente este criterio de la anterior sentencia. Así, a modo de ejemplo, la 158/1997, declara:

«...que lo único que se requiere es que esos terceros puedan, antes del desalojo y lanzamiento, exhibir su título ante el juez, el cual, a la vista de ello, tomará la decisión conveniente en orden a proseguir con el lanzamiento...»

«...el proceso de la Ley Hipotecaria no impide que los poseedores, en el momento de ser requeridos para el desalojo y ulterior lanzamiento, puedan exhibir un título cuya eficacia, sólo a efectos de la ejecución, habrá de valorar el Juez, pero sí se opone, por su propia naturaleza, a que en el mismo proceso se agregue como apéndice final otro procedimiento contradictorio no previsto en la Ley»...

Dicha sentencia concluye afirmando que no se vulnera el artículo 24.1 de nuestra Constitución, porque el ocupante «al tener conocimiento de la ejecu-

(129) Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia.

(130) En Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia.

ción mediante los obligados requerimientos, tiene la posibilidad de aducir la existencia de derecho que en apariencia pueda subsistir...»

Por lo tanto, la síntesis en esta materia sería la siguiente, teniendo en cuenta las sentencias del Tribunal Constitucional, antes aludidas, y los preceptos al respecto de la nueva LEC, y siguiendo a GÓMEZ SALCEDO (131):

1.º El derecho a la tutela judicial efectiva del ocupante de la finca hipotecada que se puede ver afectado por el lanzamiento queda a salvo mientras el mismo tenga la posibilidad de exhibir ante el Juez el título por el que pretende permanecer usando y disfrutando el inmueble.

2.º Es competencia del Juez, en el mismo procedimiento de ejecución, valorar y decidir si el derecho invocado por el ocupante plasmado en el título que se le exhibe determina o no su subsistencia en relación con la hipoteca y a la adjudicación de la finca hipotecada, correspondiendo decidir a la autoridad judicial sobre la continuación del trámite de apremio, siendo lo razonable que la decisión que se adopte deberá ser razonada y adoptará la forma de auto (como así lo ha consagrado la nueva LEC).

3.º La decisión del Juez aceptando o rechazando los derechos del ocupante no son recurribles dentro del mismo procedimiento de ejecución.

4.º Los criterios en esta materia pueden extenderse a cualquier procedimiento de apremio en que se persigan fincas, bien sea el juicio ejecutivo, bien se trate de otro procedimiento de ejecución (así parece consagrarlo la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 6/1999, de 8 de febrero).

5.º Lo que se resuelva en el proceso de ejecución, bien admitiendo o rechazando las pretensiones del ocupante, no produce cosa juzgada material. De ahí que quien se considere perjudicado pueda acudir con posterioridad a la vía ordinaria en la cual se dilucidará la controversia. Así lo entendió la aludida sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 6/1999, que declaró:

«...la desestimación de las peticiones de la interesada, efectuada por el Juzgado competente en el procedimiento ejecutivo, no supone una denegación definitiva de su derecho de acceso a la jurisdicción en defensa de su alegada condición de arrendataria...»

«...Nada impide, en efecto, que en procedimiento diferente pueda pretender la declaración de su derecho arrendaticio, al igual que pudo, pues así lo hizo, efectivamente, formular demanda de retracto con fundamento en los preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos...»

Como ya sabemos, la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado ya sobre la necesidad de la constancia de la situación

(131) GÓMEZ SALCEDO, AGUSTÍN MANUEL, Trabajo citado, pág. 21 y sigs. de dicho trabajo.

arrendaticia de la finca o fincas adjudicadas en los procedimientos de ejecución forzosa, cuestión esta que será objeto de un análisis posterior más minucioso y detallado.

4. CONDICIONES ESPECIALES DE LA SUBASTA

El artículo 669 se refiere a las condiciones especiales de la subasta, estableciendo lo siguiente:

«1. Para tomar parte en la subasta los postores deberán depositar, previamente, el 30 por 100 del valor que se haya dado a los bienes con arreglo a lo establecido en el artículo 666 de esta Ley. El depósito se efectuará conforme a lo dispuesto en el número 3.º del apartado 1.º del artículo 647.

2. Por el mero hecho de participar en la subasta, se entenderá que los postores aceptan como suficiente la titulación que consta en autos o que no exista titulación y que aceptan, asimismo, subrogarse en las cargas anteriores al crédito por el que se ejecuta, en caso de que el remate se adjudique a su favor».

5. REALIZACIÓN DE LAS POSTURAS

El artículo 670 prevé la realización de las posturas por importe igual o superior al 70 por 100 o por un importe inferior, distinguiendo según dicha postura la haga el propio actor o el mejor postor.

Establece dicho precepto lo siguiente:

«1. Si la mejor postura fuera igual o superior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, el tribunal, mediante auto, el mismo día o el día siguiente, aprobará el remate a favor del mejor postor. En el plazo de veinte días, el rematante habrá de consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate.

2. Si fuera el ejecutante quien hiciese la mejor postura igual o superior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, aprobado el remate, se procederá por el Secretario Judicial a la liquidación de lo que se deba por principal, intereses y costas y, notificada esta liquidación, el ejecutante consignará la diferencia, si la hubiere.

3. Si sólo se hicieran posturas superiores al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, pero ofreciendo pagar a plazos con garantías suficientes, bancarias o hipotecarias, el precio aplazado, se harán saber al ejecutante quien, en los veinte días siguientes, podrá pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por 100 del valor de salida. Si el ejecutante no

hiciere uso de este derecho, se aprobará el remate a favor de la mejor de aquellas posturas, con las condiciones de pago y garantías ofrecidas en la misma.

4. *Cuando la mejor postura ofrecida en la subasta sea inferior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, podrá el ejecutado, en el plazo de diez días, presentar tercero que mejore la postura ofreciendo cantidad superior al 70 por 100 del valor de tasación o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante.*

Transcurrido el indicado plazo sin que el ejecutado realice lo previsto en el párrafo anterior, el ejecutante podrá, en el plazo de cinco días, pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por 100 de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura.

Cuando el ejecutante no haga uso de esta facultad, se aprobará el remate a favor del mejor postor, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por 100 del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Si la mejor postura no cumpliera estos requisitos, el tribunal, oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor. Cuando el tribunal deniegue la aprobación del remate, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente...»

6. SUBROGACIÓN EN LAS CARGAS O GRAVÁMENES PREFERENTES POR EL ADJUDICATARIO

En todo caso, el adjudicatario del bien, conforme a lo antes dicho, se deberá subrogar en la responsabilidad de las cargas o gravámenes preferentes, aceptando su subsistencia. Así se pronuncia el apartado 5 de dicho artículo 670, que guarda paralelismo en esta concreta materia con las reglas 8.^a, 10.^a y 13.^a del todavía vigente artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Dice dicho artículo 670.5:

«5. *Quien resulte adjudicatario del bien inmueble, conforme a lo previsto en los apartados anteriores, habrá de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, y subrogarse en la responsabilidad derivada de ellos.»*

No aclara este precepto, como hubiera sido deseable, la siguiente cuestión, que es objeto de *discusión* desde hace largo tiempo:

A) *Si la «subrogación» en las cargas o gravámenes anteriores por parte del adjudicatario o rematante implica asunción personal de las mismas o*

B) *Si, por el contrario, no hay asunción de deuda frente a los acreedores que son preferentes, sino que sólo hay subrogación en la responsabilidad real de la hipoteca*, en cuanto que en ella se subroga necesariamente el rematante o adjudicatario por el simple hecho de haber adquirido la finca y subsistir las cargas anteriores y preferentes.

La doctrina civilista e hipotecarista se ha mostrado dividida en esta materia. Así, *partidarios de la primera postura* de la asunción automática sin necesidad de consentimiento del acreedor, fueron GUASP y JERÓNIMO GONZÁLEZ, en sendos trabajos publicados en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* de 1945 y 1929, respectivamente. También ROCA SASTRE (132) es defensor de esta postura, al afirmar rotundamente:

«...El artículo 131 de la Ley Hipotecaria no sólo establece el sistema de subsistencia de las hipotecas anteriores o preferentes, sino que impone la subrogación de la persona del adjudicatario en el débito personal garantido... Respecto del débito personal asegurado por la hipoteca que se mantiene subsistente a pesar de la enajenación forzosa, se planteaba al legislador un problema que no podía darse en materia de cargas o gravámenes intrínsecos como, por ejemplo, censos y servidumbres. Ante ello podía elegirse entre dos fórmulas: o dejar intacta la relación obligacional, tratando al adjudicatario como cualquier otro tercer poseedor, al igual que cuando se vende voluntariamente la finca hipotecada sin asumir el comprador la deuda garantizada, o bien establecer que la finca pasaba al adjudicatario no sólo con la carga de la hipoteca, sino que el mismo se subrogaba en el débito personal respectivo. Esta segunda fórmula fue la adoptada por el artículo 131 de la ley...»

Frente a dichos autores, hay otro sector doctrinal en el que militan BLÁZQUEZ (artículo publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* en 1944), RUIZ ARTACHO (artículo publicado en la misma Revista, en 1947), REZA (ídem en otro publicado en 1950), PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS o MIQUEL GONZÁLEZ, entre otros, que afirman que es inconcebible que el adjudicatario de una finca rematada tenga que soportar estoicamente el cambio de deudor con la consiguiente asunción de deuda en cuanto adjudicatario

(132) ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, en obra antes citada. *Derecho Hipotecario*. Tomo IV-2.º, séptima edición. Editorial Bosch, Barcelona, pág. 1160.

del inmueble por el simple hecho de la adjudicación de un crédito hipotecario ulterior, pues ello iría en contra de lo preceptuado en el artículo 1.205 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria, pues el cambio de deudor debe de ser consentido por el propio acreedor y porque la hipoteca no altera la responsabilidad patrimonial universal del primitivo deudor, y por consiguiente, la subrogación en ella no implica la asunción en el débito personal si no se pacta o lo contempla la Ley de manera expresa, categórica e indubitable.

Así, PEÑA (133) en el análisis que hace de si existen o no casos de transmisión automática de la deuda al adquirente por la simple transmisión del bien hipotecado, cuando estudió la enajenación judicial (en ejecución forzosa) de la finca hipotecada por ejercicio de cualquier acción real o personal, declara:

«...aquí no hay asunción. Ocurre de modo forzoso lo que es frecuente, en la práctica, en la venta ordinaria de la finca hipotecada. El comprador o rematante por la finca que adquiere: 1) paga un precio inferior al total de la finca; y además, y para completar su prestación, 2) asume un compromiso de pago, de la obligación garantizada (cfr. sentencia de 20 de junio de 1997). Pero esto no afecta, por sí solo, a las relaciones entre el acreedor y el deudor originario (sea éste o no el hipotecante). De ahí que el artículo 231 RH haga aplicación, en relación con la finca rematada (o adjudicada) y para el caso de pago por el deudor originario, de lo dispuesto en el artículo 118-II LH para el supuesto de venta sin que el comprador asuma la obligación garantizada...»

Y MIQUEL GONZÁLEZ (134) se pronuncia en términos semejantes, entre otras ocasiones, cuando analiza la sentencia de 20 de junio de 1997 de nuestro Tribunal Supremo:

«...La cuestión decisiva es determinar el precio por el que se adquiere el bien, porque es obvio que el precio ha de ser pagado por el comprador. Por tanto, lo importante es precisar si al fijarlo se descontaron o no dichas cargas del importe de tasación de la finca. Si se descontaron... es obvio que el rematante ha asumido un compromiso de pago de las mismas frente al deudor, quien no por ello queda liberado frente al acreedor. Sencillamente el importe

(133) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II, págs. 223 y 224.

(134) MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA, «Las cargas anteriores en la ejecución de un crédito hipotecario posterior». Trabajo publicado en la *Revista de Derecho Patrimonial*, Editorial Aranzadi, año 1999, antes citado. A lo largo de todo ese trabajo sostiene la no asunción de la deuda personal por el adjudicatario de finca adquirida en procedimiento de ejecución hipotecaria.

de las cargas preferentes es parte del precio que el rematante se ha comprometido a pagar. En ese caso, si las paga el rematante, no tiene ninguna acción contra el deudor. Si las paga el deudor, tendrá acción contra el rematante conforme al artículo 231 RH, que responde al mismo criterio que el artículo 118 LH. Incluso si se diera el supuesto de que cargas preferentes estuvieran extinguidas, pero no canceladas como, por ejemplo, si pagado el crédito garantizado con una hipoteca preferente, no obstante, ésta no se hubiera cancelado y se tuviera en cuenta su importe a la hora de fijar el precio de la finca, si esto estuviera claro, el rematante debería hacerlo efectivo, porque sería parte del precio (art. 231 RH). Este ejemplo, que se da en la realidad, explica bastante bien dónde está el problema. No se trata de una asunción de deuda, no se puede tratar de asumir una deuda inexistente, sino de si el importe del crédito preferente forma parte del precio que ha de pagar el rematante...»

Esta opinión, contraria a la asunción del adjudicatario en la obligación personal garantizada, es igualmente seguida por GARCÍA GARCÍA (135), quien alega fundamentalmente:

- a) La «ratio» de la reforma hipotecaria de 1909, que no fue crear ninguna asunción de deuda fuera del sistema del Código Civil, sino innovar el sistema de subsistencia de las cargas anteriores, frente al anterior de purga de las mismas.
- b) La propia terminología que utiliza la Ley Hipotecaria, pues la misma habla de «responsabilidad» y no de «asunción de la deuda personal» (cfr. Reglas 8.^a, 10.^a y 13.^a del todavía vigente art. 131 de la Ley Hipotecaria).
- c) El artículo 1.205 del Código Civil y los artículos 231 y 232 del Reglamento Hipotecario. Este último precepto es también argumento para sostener la subrogación en la responsabilidad hipotecaria total de la hipoteca preferente aunque ya estuviese extinguida extrarregistralmente, lo que viene avalado también por la circunstancia de que el precio de subasta es líquido, pues la adjudicación se hizo tomando como base la subsistencia de los gravámenes o cargas preferentes, pues si no, se produciría un claro enriquecimiento injusto a favor del adjudicatario.
- d) La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de agosto de 1926, la cual declaró que el deudor personal de un préstamo hipotecario sigue siéndolo a pesar de la adjudicación del remate. Así, dicha Resolución en su penúltimo Considerando afirma:

(135) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, págs. 330 y sigs.

«...Considerando que la citación hecha al Sindicato de Fomento Agrícola de Torres de Segre (deudor)... se halla justificada, tanto por la circunstancia de aparecer con el carácter de deudor en la inscripción de la hipoteca constituida a favor de doña M. R., como por las dificultades técnicas que presentaría la afirmación de que el deudor personal de un crédito hipotecario deja de serlo por la adjudicación en subasta del predio hipotecario con la carga de la hipoteca...»

Creemos como más fundamentada esta segunda posición de los autores referidos, de los que forma parte REY PORTOLÉS, fundamentalmente porque no hay ningún precepto que expresa, indubitada y claramente, establezca que el rematante o adjudicatario se subroga no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación o deuda personal garantizada, con la consiguiente liberación del primitivo deudor, si no ha mediado el consentimiento necesario de la parte acreedora. Así se infiere de los artículos 1.205 del Código Civil, 105 y 118 de la Ley Hipotecaria, 231 y 232 del Reglamento para su ejecución y demás preceptos concordantes. No puede olvidarse la ventaja que supone para el acreedor gozar de la responsabilidad *ultra vires* del artículo 1.991 del Código Civil frente al deudor que pactó con él. Hay, pues, que entender la necesidad, por identidad de razón, de la aplicación analógica del referido artículo 118 de la Ley Hipotecaria.

La posición de la jurisprudencia ha sido contradictoria, si bien parece inclinarse últimamente, con argumentos no demasiado convincentes —a juicio de no pocos—, por la tesis de que el rematante o adjudicatario se subroga también en la deuda personal garantizada.

Así la *sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 27 de enero de 1990* (136), estimó que no procedía la asunción en el débito personal por el adjudicatario que asumía las cargas preferentes (si bien el supuesto no era de ejecución hipotecaria, sino que versaba sobre un juicio ejecutivo ordinario), estableciendo, entre otras cosas, dicha sentencia:

«...Esta subsistencia de las cargas y gravámenes anteriores, hace surgir para los posteriores adquirentes el deber de soportar o tolerar la ejecución forzosa para la efectividad de los créditos preferentes, en este caso del crédito garantizado con la repetida anotación preventiva de embargo, pero ello no comporta que se produzca una asunción de deuda por vía judicial, ocupando la posición del deudor, dada la naturaleza jurídica de la anotación preventiva de embargo que no puede asimilarse a estos efectos al derecho real de hipoteca; ...la anotación preventiva de embargo no crea ni constituye

(136) Sentencia del TS de 27 de enero de 1990. *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia*. Textos completos e índices, desde 1 de enero de 1979 hasta 12 de noviembre de 1999.

un derecho real de garantía sobre el bien anotado, ya que "la traba de embargo, a diferencia de la hipoteca, no produce vinculación exclusiva del bien afecto al crédito que la determina...", por lo que no puede ser aplicada a ella la llamada subrogación judicial que se origina, según un importante sector de la doctrina científica, en los casos de enajenación judicial de bienes gravados con hipoteca por el juego del artículo 131, reglas 8.ª, 10.ª y 13.ª, en relación con el párrafo 2.º del artículo 133, ambos de la Ley Hipotecaria, ya que tal subrogación se fundamenta en el carácter real, ejercitable erga omnes, de la hipoteca, carácter real que no se da, según la citada doctrina legal, en la anotación preventiva de embargo...»

La expresada sentencia incurre en un error de apreciación: nada tiene que ver con el tema que nos ocupa el que la anotación preventiva de embargo no tenga carácter constitutivo y sí lo tenga la inscripción de hipoteca con la cuestión de la subrogación en la deuda u obligación personal por parte del rematante o adjudicatario. Y ello por la sencilla razón de que la problemática de la subsistencia de las cargas o gravámenes preferentes es común tanto para la ejecución forzosa llamada ordinaria como para la que se sigue directamente sobre bienes hipotecados. Hacer depender que el adjudicatario no se subrogará o sí se subrogará en el débito personal en función de que la ejecución sea de un tipo (anotación preventiva de embargo) o de otro (hipoteca) implica desenfocar la cuestión.

*La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1997 (137) se pronuncia en el sentido de que no se puede estimar la pretensión del actor adjudicatario de la finca rematada que pretende ser reembolsado por la parte deudora de la suma de las cargas preferentes que había satisfecho; y ello porque como se infiere de la sentencia, el importe de las cargas preferentes había sido descontado del precio de tasación que se había fijado *ab initio*. Y así declara dicho Tribunal:*

«...se han de resaltar las circunstancias que la Juez a quo subraya: que los demandantes adjudicatarios de la finca subastada conocían que estaba gravada con cargas anteriores, no obstante lo cual, se subrogaron en las mismas, y que el valor de dichos gravámenes ascendente a...se tuvo en cuenta a la hora de minorar el precio inicialmente fijado...».

Sin embargo, la *sentencia del mismo Tribunal de 30 de enero de 1999 (138)*, comentada recientemente por MIQUEL GONZÁLEZ (139), que igualmente comenta la anterior, parece llevar hasta sus últimos extremos la tesis de la asunción automática y liberatoria de los débitos garantizados hipoteca-

(137) Sentencia del TS de 20 de junio de 1997. En *Base de Datos antes citada*.

(138) Sentencia del TS de 30 de enero de 1999. En *BDA de Jurisprudencia*.

(139) MIQUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, págs. 45 y sigs.

riamente con hipotecas preferentes. El caso, siguiendo a dicho autor, se puede sintetizar de la manera siguiente: un acreedor doble (el mismo acreedor) se adjudica en dos procedimientos judiciales sumarios distintos dos fincas diferentes. Una de dichas fincas había sido previamente hipotecada a favor de la entidad bancaria ejecutante, habiendo segregado posteriormente la propietaria de dicha finca una porción de terreno, sin haber distribuido la responsabilidad hipotecaria que primitivamente gravaba la finca matriz de la que la finca posterior se formó por segregación. Más tarde se vuelve a hipotecar el resto de la finca matriz. Ulteriormente, la entidad acreedora promueve el procedimiento judicial sumario por el impago del crédito garantizado sobre la finca resto, adjudicándose la finca la propia actora. Y la misma entidad crediticia promovió asimismo procedimiento del mismo tipo por el impago del crédito garantizado con la hipoteca primeramente constituida sobre la finca matriz antes de su segregación y que gravaba —por no haberse distribuido la responsabilidad hipotecaria—, la finca segregada, dirigiéndose precisamente contra esta última finca que se formó por segregación. Había recaído auto desestimando la petición de suspensión del procedimiento por estimar el Juez que las fincas eran distintas y que subsistía la hipoteca sin cancelar que gravaba la finca segregada (recordemos que respecto de la hipoteca que gravaba la finca matriz no se había distribuido su responsabilidad, continuando el gravamen, pues, en su totalidad sobre la segregada).

La entidad deudora instó la nulidad de la adjudicación de la finca segregada, siendo desestimada su pretensión, y el Tribunal Supremo, posteriormente, sí la estima, entendiendo que procede la extinción por confusión de derechos, por no caber la hipoteca sobre cosa propia, *«al confluir en el mismo titular los conceptos de dueño y acreedor hipotecario... el resultado es extintivo: la hipoteca se extingue por confusión de derechos»*. Y para ello en el fundamento de derecho siguiente, que es el cuarto, fundamenta tal confusión en la asunción del débito personal por el acreedor adjudicatario, declarando:

«...este básico precepto se refiere a la regla 10.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, tiene una redacción imperativa que no permite alentar vacilaciones hermenéuticas... la doctrina más autorizada insiste... en que el primitivo deudor (el propietario de la finca enajenada) es reemplazado en el débito por el acreedor adjudicatario, que se subroga en la deuda, que le sucede en ella. Aquí está el germen de la confusión de derechos. Si el acreedor-adjudicatario se ha subrogado en la obligación de pago es que pasa a ser el nuevo deudor, liberando al anterior... En efecto, según... la regla 10.ª, el acreedor adjudicatario se subroga en la obligación de satisfacer la hipoteca anterior. Pero A. (entidad actora y adjudicataria) pasa a convertirse en deudor de ese mismo crédito garantizado. Y conforme al artículo 1.156 del Código Civil debe producirse (por confusión de derechos) la extinción de a obligación...»

Y continúa la sentencia estableciendo que «...si la regla 10.^a preconiza la subsistencia de las cargas anteriores y de las preferentes, tal supervivencia parece, en principio, incompatible con la extinción de la obligación por confusión de derechos...» Y para salir al paso en el callejón que se ha metido el Tribunal Supremo en esta sentencia afirma: «...el acreedor ejecutante "acepta" la subsistencia temporal de esas hipotecas preferentes. Lo indican los anuncios de la subasta y sin esa aceptación no podría incorporarse al procedimiento ejecutivo. Además esa aceptación meramente temporal es básica para evitar desagradables sorpresas económicas. El desencadena la virtualidad ejecutiva del artículo 131, pero debe ser prudente y tomar en consideración que el precio de la subasta debe ser un tipo neto, del que deberá descontar el valor de los gravámenes a los que, en su día, habrá de hacer frente. Esta es la filosofía que subyace en el artículo 131"...»

Aparte de incurrir en el error de hablar de «tipo neto», del que deberá descontar el valor de los gravámenes... (cuando el neto en que consiste se obtiene descontando y no aplicando un nuevo descuento), el error de esta sentencia, a nuestro entender es —como afirma también el citado autor—, considerar que el acreedor adjudicatario asumió la deuda que garantizaba la primera hipoteca, y que quedó liberado el deudor, así como aplicar el principio de la indivisibilidad de la hipoteca en contra del acreedor hipotecario, cuando en virtud de ese principio la hipoteca se extiende a toda la finca (pues no hubo distribución de responsabilidad, como vimos), por lo que no hubiese sido procedente estimar liberada y extinguida la hipoteca en cuanto a la finca segregada. Es más, es contradictoria la expresión que alude «a la subsistencia temporal de las hipotecas preferentes», porque eso es tanto como que el acreedor acepta la subsistencia de dichas cargas anteriores y al mismo tiempo da por aceptado que se extinguirán (recordemos que se tratan de fincas distintas). Y es que lo que no debería haberse admitido por el Tribunal Supremo es que la adjudicataria del resto de la finca matriz, pretendiese que con el precio de esa finca quedase pagado el débito garantizado con la hipoteca primeramente constituida sobre la finca matriz antes de su segregación (y de la que posteriormente quedó igualmente respondiendo, lógicamente, la finca segregada), fundamentalmente porque la adjudicación en subasta se hizo con la constancia expresa de que lo fue para el pago del crédito garantizado con la hipoteca de la finca ejecutada.

En relación con la problemática de la cancelación de hipoteca por *confusión de derechos*, cabe resaltar la *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de julio de 1999* (140) que declaró que no

(140) Resolución de 16 de julio de 1999. *BCRE*, núm. 51 (2.^a época) correspondiente al mes de agosto-septiembre de 1999, págs. 2398 a 2404.

se daba la confusión cuando la finca subastada no había estado nunca inscrita a favor del titular de la hipoteca que se pretendía, declarando, además, que la operatividad registral de la confusión exige como presupuesto la constancia simultánea en el Registro de la persona que tenga inscrito a su favor el dominio de la finca y el derecho real de hipoteca. Así rezaba el fundamento de derecho segundo de la dicha Resolución:

«...No ha de debatirse ahora si la confluencia en una misma persona de la propiedad de un inmueble y de la titularidad de un derecho real de hipoteca sobre él constituido produce en toda hipótesis la extinción de este último derecho (piénsese en el supuesto del heredero acreedor hipotecario de su causante, propietario del bien gravado que acepta a beneficio de inventario o del acreedor hipotecario que adquiere la finca gravada en la ejecución de un gravamen posterior al suyo existiendo otros intermedios). En cualquier caso, es lo cierto que, en función del juego del principio de legitimación registral, para que dicha consolidación pueda operar registralmente es preciso que conste simultáneamente inscritos a favor de la misma persona el dominio del inmueble gravado y el derecho real de garantía (cfr. art. 38 de la Ley Hipotecaria), lo que no ocurre en el caso debatido, en el que el inmueble en cuestión no ha estado nunca inscrito a favor del titular de la hipoteca que se pretende cancelar. Y no se alegue en contra que basta con que se acredite, aunque no se inscriba, la realidad de la adquisición operada en su día a favor de ese acreedor hipotecario, pues ni puede producir efectos registrales un negocio que ha permanecido al margen del Registro ni es razonable prescindir ahora de la inscripción de esa adquisición a favor del acreedor hipotecario cuando precisamente tal inscripción podrá determinar, por el juego del principio de prioridad (cfr. arts. 17, 131, regla 17.^a, y 133-2 de la Ley Hipotecaria), la cancelación de la anotación de embargo intermedia acordada en el procedimiento en el que el recurrente adquirió su dominio o la de la inscripción dominical ya practicada a su favor, con lo cual desaparecería el interés del recurrente en la consolidación pretendida...»

A propósito de la cancelación de hipoteca por confusión de derechos, GÓMEZ GÁLLIGO (141) plantea el peligro que se puede producir en materia de confusión de derechos si el rematante es titular de algún otro derecho real anterior, y pone por ejemplo el siguiente problema:

- a) Un titular registral en garantía de una deuda, hipoteca la finca a favor de un acreedor (primera hipoteca).

(141) GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER, «La extinción del crédito hipotecario», en *Libro homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y de Luis Selva. Tomo II*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1998, págs. 955 a 959.

- b) Luego, en garantía de otra deuda, hipoteca de nuevo la finca a favor de otro acreedor (segunda hipoteca).
- c) Posteriormente, y por otros débitos distintos del hipotecario, el primer acreedor traba embargo de la finca anteriormente hipotecada, practicándose anotación preventiva de embargo.
- d) Y, en fin, se ejecuta el embargo, y la finca se adjudica al propio acreedor anotante del embargo (y titular de la primera hipoteca).

¿Se extingue la primera hipoteca por confusión de derechos al reunirse en la misma persona la condición de propietario y de acreedor hipotecario? La cuestión es de especial trascendencia, pues de ser así, la segunda hipoteca ganaría prioridad.

Dicho autor estima que no debe de proceder la extinción y consiguiente cancelación, por confusión, en síntesis, por los siguientes motivos:

- a) Porque la confusión exige que se reúnan en la misma persona los conceptos de acreedor y deudor y de que se trate de un mismo crédito (arts. 1.192 y 1.194 del Código Civil). Y aquí no sucede esto, pues no se identifican las personas del deudor y del acreedor adjudicatario, ya que el deudor de la obligación garantizada con la hipoteca sigue siendo el primitivo deudor, no tratándose, además del mismo crédito, no existiendo, además, subrogación en la responsabilidad personal del crédito garantizado (cfr. Resolución de la DGRN de 29-X-1912).
- b) Que si bien es cierto que existe identidad entre el titular propietario de la finca y el de la hipoteca, no quiere ello decir que siempre que se reúnan en un mismo propietario derechos reales se produzca la extinción de los mismos, ni siquiera en caso de la hipoteca, si bien hay que reconocer que en principio no pueden coexistir el derecho de dominio y el derecho de hipoteca en un mismo titular, pues nos encontraríamos ante la hipoteca de propietario.
- c) Que la figura de la confusión de derechos no puede producir la extinción de otros derechos distintos del acreedor, ni puede afectar a posibles derechos de terceros que no han consentido, pues la identidad entre acreedor y deudor, para que opere la confusión, ha de ser plena y absoluta, y sólo referirse a la obligación afectada por tal confusión.

Y concluye dicho autor entendiendo que «sólo cuando quede inefectiva la segunda hipoteca por pago al acreedor hipotecario segundo, existirá una plena identidad entre propietario y titular real de la hipoteca que sí podrá operar a instancia expresa del acreedor la extinción de la hipoteca».

7. HIPOTECABILIDAD DEL DERECHO DEL REMATANTE

Por otra parte, la Disposición Final novena de la nueva LEC, en su número 3, ha introducido en el artículo 107.12.º, un nuevo caso de derecho susceptible de ser hipotecado, cual es el derecho del rematante sobre el inmueble subastado en un procedimiento judicial. Así, dicho nuevo número 12.º queda con la siguiente redacción:

«Podrán también hipotecarse:

12.º El derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial. Una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio a favor del rematante, la hipoteca subsistirá, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados».

La *ratio legis* de este artículo tal vez obedezca al deseo del legislador de la posibilidad de acudir al crédito para financiar la adquisición del inmueble en una enajenación forzosa seguida directamente contra el bien inmueble hipotecado, en especial para aquellos que necesitan del crédito para alcanzar la adquisición de la finca subastada.

Obsérvese que el precepto habla «del derecho del rematante sobre los inmuebles subastados», con lo que parece excluir vías de enajenación forzosa alternativa previstas en la LEC (v. arts. 640 y 641 LEC).

Relacionado con dicho artículo 107.12 de la Ley Hipotecaria, establece el artículo 670.6 de la LEC:

«6. Cuando se le reclame para constituir la hipoteca a que se refiere el número 12.º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, el Secretario Judicial expedirá inmediatamente testimonio del auto de aprobación del remate, aun antes de haberse pagado el precio, haciendo constar la finalidad para la que se expide. La solicitud suspenderá el plazo para pagar el precio del remate, que se reanudará una vez entregado el testimonio al solicitante.»

Quiere esto decir que para que pueda constituirse la hipoteca sobre el derecho del rematante sobre la finca o fincas subastadas (sobre el derecho del rematante, no sobre el dominio de las fincas mismamente), es necesario que a la entidad crediticia se le acredite documentalmente la aprobación del remate a favor de quien interesa la constitución de hipoteca sobre su derecho, para lo cual deberá solicitarse por el rematante al Secretario Judicial la expedición inmediata del testimonio del auto aprobatorio del remate, auto en que se hará constar de manera expresa que el testimonio que se expide del mismo es para la referida finalidad. Y puesto que aún no se ha satisfecho el precio, es por eso que la solicitud interrumpe el plazo para su pago, si bien dicho plazo se reanudará cuando se haya entregado el testimonio al solicitante.

Y es en virtud del testimonio del auto aprobatorio del remate como se hace constar registralmente el derecho del rematante, sobre el cual recaerá la hipoteca que garantizará tal derecho. Y en consonancia con lo expuesto, establece el artículo 674 de la nueva LEC, en el último párrafo de su apartado primero, lo siguiente:

«...El testimonio expresará, en su caso, que el rematante ha obtenido crédito para atender el pago del precio del remate y, en su caso, el depósito previo, indicando los importes financiados y la entidad que haya concedido el préstamo, a los efectos previstos en el artículo 134 de la Ley Hipotecaria...»

Como el rematante debe dejar depositado el importe del precio del remate, ello obligará al Banco a asegurarse de que dicho precio ha quedado consignado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, para lo cual lo más seguro es que la misma entidad acreedora, concedente del préstamo, lo deposite directamente, pudiendo pactarse, incluso, un apoderamiento específico al respecto entre el rematante-deudor y la entidad crediticia.

Una vez satisfecho el precio del remate e inscrito ya el dominio de la finca o fincas a favor del rematante, se opera una conversión sobre el objeto hipotecado, pues el derecho del rematante queda concretado sobre la finca o fincas adjudicadas, subsistiendo la hipoteca, pero recayendo ya la garantía de forma directa sobre el inmueble.

Para esto último, deberá presentarse ya en el Registro de la Propiedad el oportuno testimonio del auto de adjudicación de la finca en el que se haga referencia expresa al auto de aprobación del remate que sirvió de base para hipotecar previamente el derecho del rematante sobre el inmueble o inmuebles subastados.

8. SUBASTA SIN POSTORES

Puede suceder que se celebre la subasta y no concurra a su acto ningún postor. En ese caso, el artículo 671 de la LEC establece:

«Podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por el 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos; y si el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esa facultad, se procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado».

Aquí no podemos hablar de «embargo». Salvando las distancias, lo lógico sería que, a instancia del ejecutado, se sobresea el procedimiento. Y ello debería de conllevar la expedición del oportuno mandamiento cancelatorio de la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas.

Obsérvese que no contempla la nueva Ley Procesal la posibilidad de la celebración de segunda o tercera subasta, o si ésta quedara desierta, la posibilidad de reproducirse tantas veces como lo solicite el dueño de la finca, como así, en cambio, lo preveía la regla 11.^a y 12.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en su antigua redacción. Por lo que no cabe tal reiteración en la subasta, dado el carácter tasado de las normas procedimentales, cuyas normas no pueden ser alteradas en ningún modo por convenio entre las partes. A este respecto, es clara y concluyente, como ya dijimos con anterioridad, la propia Exposición de Motivos de la Ley, en su apartado XVII, al establecer categóricamente:

«...Además de colmar numerosas lagunas, se establece una única subasta, con disposiciones encaminadas a lograr, dentro de lo posible, según las reglas del mercado, un resultado más satisfactorio para el deudor ejecutante procurando, además, reducir el coste económico...»

De lo dicho se desprende que *sólo puede haber una única subasta.*

9. SUBASTA SIMULTÁNEA

Contempla la Ley que, a solicitud de cualquiera de las partes, se pueda decretar judicialmente el anuncio y celebración de subasta en forma simultánea en la sede del juzgado executor, esto es, del que conoce directamente del procedimiento y, mediante exhorto, en uno o varios Juzgados de distintos partidos judiciales, donde radiquen, total o parcialmente, los bienes inmuebles subastados. En tales supuestos, el Juez, mediante resolución judicial, que adoptará la forma de providencia, así lo decretará, tal como lo prevé el artículo 673, que asimismo dispone lo siguiente:

«...los postores podrán acudir libremente a cualquiera de las sedes de celebración y el tribunal executor no aprobará el remate hasta conocer, por cualquier medio de comunicación, las posturas efectuadas en todas ellas, citando personalmente a los postores que hubiesen realizado idéntica postura, para que comparezcan ante él a celebrar licitación dirimente entre ellos, si dicho empate no hubiese podido salvarse mediante comunicación telefónica, o de cualquier clase, durante la celebración de las subastas simultáneas.»

10. REALIZACIÓN DE LA FINCA HIPOTECADA MEDIANTE CONVENIO O ENTIDAD ESPECIALIZADA

Por último, contempla el artículo 691.5 de la LEC el que se pueda utilizar también la realización mediante convenio y la realización por medio de per-

sona o entidad especializada, remitiéndose a las secciones 3.^a y 4.^a, del capítulo IV, del Título IV de dicha Ley, concretamente en sus artículos 640 a 642 de la misma. Argumento, pues, que, salvando las distancias, no hace sino reforzar la posibilidad de venta extrajudicial que expresamente permite el artículo 129 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción, pues si cabe la realización mediante convenio o entidad especializada, con más motivo el legislador ha tenido la necesidad de contemplar dicha venta extrajudicial tramitada ante un fedatario público tan acreditado como es el notario.

El desarrollo de dicha realización es merecedor de un estudio aparte y, dada la extensión del presente trabajo, su análisis exhaustivo se difiere a un momento posterior, si hay lugar y tiempo para ello y capacidad. No obstante, veamos la regulación legal de esta especialidad en la realización de los bienes inmuebles hipotecados.

La propia Exposición de Motivos alude a esta forma de enajenación forzosa alternativas, al decir en su apartado XVII, entre otras cosas:

«...Con independencia de las mejoras introducidas en la regulación de la subasta, la Ley abre camino a vías de enajenación alternativas que, en determinadas circunstancias, permitirán agilizar la realización y mejorar su rendimiento. Así, se regulan los convenios de realización entre ejecutante y ejecutado y la posibilidad de que, a instancia del ejecutante o con su conformidad, el Juez acuerde que el bien se enajene por persona o entidad especializada, al margen, por tanto, de la subasta judicial...»

A) Realización mediante convenio

En efecto, el artículo 640 se refiere al convenio de realización judicialmente aprobado.

a) Quién puede instarlo

Pueden instar dicho convenio, conforme al artículo 640.1 de la LEC, el ejecutante, el ejecutado y quien acredite interés directo en la ejecución, pidiendo al tribunal que convoque una comparecencia con la finalidad de convenir el modo de realización más eficaz de los bienes hipotecados frente a los que se dirige la ejecución.

b) Resolución judicial acordando la comparecencia

Y continúa el artículo 640.2 estableciendo:

«2. Si el ejecutante se mostrare conforme con la comparecencia y el tribunal no encontrare motivos razonables para denegarla, la acordará mediante providencia, sin suspensión de la ejecución, convocando a las partes y a quienes conste en el proceso que pudieren estar interesados» (v.gr., terceros adquirentes, titulares de cargas o derechos reales posteriores comprendidos en la certificación de cargas o que no estando comprendidos, se hubiesen personado y conociesen la existencia del procedimiento).

c) Celebración de la comparecencia

En cuanto a la celebración de dicha comparecencia, el párrafo segundo del expresado apartado 2 del indicado artículo 640, establece lo siguiente:

«...En la comparecencia, a la que podrán concurrir otras personas, por invitación del ejecutante o del ejecutado, los asistentes podrán proponer cualquier forma de realización de los bienes sujetos a la ejecución y presentar a persona que, consignando o afianzando, se ofrezca a adquirir dichos bienes por un precio previsiblemente superior al que pudiera lograrse mediante la subasta judicial. También cabrá proponer otras formas de satisfacción del derecho del ejecutante».

Puede ocurrir que se llegue o no se llegue a un acuerdo entre ejecutante y ejecutado.

d) Supuesto en que medie acuerdo entre ejecutante y ejecutado en cuanto a la forma de realización

En el supuesto de que exista acuerdo, establece el apartado 3 del artículo 640:

«3. Si se llegare a un acuerdo entre ejecutante y ejecutado que no pueda causar perjuicio para tercero cuyos derechos proteja esta Ley, lo aprobará el tribunal mediante auto y suspenderá la ejecución respecto del bien o bienes objeto del acuerdo. También aprobará el acuerdo, con el mismo efecto suspensivo, si incluyere la conformidad de los sujetos, distintos del ejecutante y ejecutado, a quienes afectare.

Cuando el convenio se refiere a bienes susceptibles de inscripción registral será necesaria, para su aprobación, la conformidad de los acreedores y terceros poseedores que hubieran inscrito o anotado sus derechos en el Registro correspondiente con posterioridad al gravamen que se ejecuta.»

Ello es lógico, pues en ningún caso pueden verse vulnerados ni desprotegidos los derechos de los titulares registrales posteriores a la hipoteca que se

ejecuta. Cabe preguntarse, no obstante, en un principio, si también se hallan en tal situación los titulares de cargas o derechos reales que no se encuentren comprendidos en la certificación del artículo 688 de la nueva LEC. Estos, como es bien sabido, se dan por notificados de la existencia del procedimiento precisamente por la constancia registral mediante la oportuna nota al margen de la inscripción de la hipoteca que se ejecuta. El problema es que el precepto en cuestión no distingue que dichos titulares estén comprendidos o no dentro de la referida certificación. Obsérvese que el párrafo primero de dicho apartado tercero habla de «...que no pueda causar perjuicio para tercero cuyos derechos proteja esta Ley», y que el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción, al hablar de la calificación registral a efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar este tipo de procedimiento de ejecución directa, alude a la notificación de la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación. En parecidos términos, se pronuncia el artículo 659.2 de la nueva LEC, que hace, no obstante, la salvedad que si los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la certificación de cargas acreditan ante el Juzgado la inscripción de su derecho, se les tendrá que dar intervención en el avalúo y en las demás actuaciones del procedimiento que les afecten.

De todas maneras, dada la prontitud de este comentario, tiempo habrá de aquilatar con más detenimiento una opinión más fundamentada al respecto.

e) Efectos del cumplimiento o incumplimiento de tal acuerdo

Una vez acreditado el cumplimiento del acuerdo, establece el artículo 640.4 que *«se sobreseerá la ejecución respecto del bien o bienes a que se refiere. Y si el acuerdo no se cumple dentro del plazo pactado o, por cualquier causa, no se lograse la satisfacción del ejecutante en los términos convenidos, podrá éste pedir que se alce la suspensión de la ejecución y se proceda a la subasta, en la forma prevista en esta Ley»*.

f) Falta de acuerdo entre ejecutante y ejecutado en cuanto a la realización

Puede ocurrir, sin embargo, que no se logre acuerdo entre el ejecutante y el ejecutado, en cuyo caso dispone el apartado 5 del artículo 640:

«Si no se lograse el acuerdo a que se refiere el apartado 3 de este artículo, la comparecencia para intentarlo podrá repetirse, en las condicio-

nes previstas en los dos primeros apartados de este artículo, cuando las circunstancias del caso lo aconsejen, a juicio del tribunal, para la mejor realización de los bienes».

Queda, pues, al prudente arbitrio de la autoridad judicial la determinación sobre la conveniencia de repetir la expresada comparecencia.

- g) Aprobación judicial de las enajenaciones producidas por convenio y subsistencia y cancelación de cargas

En todo caso, es de aplicación lo preceptuado en el artículo 642 que establece:

«1. Las disposiciones de esta Ley sobre subsistencia y cancelación de cargas serán aplicables también cuando, de acuerdo con lo dispuesto en esta sección y en la anterior, se transmita la titularidad de inmuebles hipotecados...

2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, las enajenaciones que se produzcan con arreglo a lo previsto en los dos artículos anteriores deberán ser aprobadas por el tribunal de la ejecución, mediante providencia, previa comprobación de que la transmisión del bien se produjo con conocimiento, por parte del adquirente, de la situación registral que resulte de la certificación de cargas.

Aprobada la transmisión, se estará a lo dispuesto para la subasta de inmuebles en lo que se refiere a la distribución de las sumas recaudadas, inscripción del derecho del adquirente y mandamiento de cancelación de cargas».

B) *Realización por persona o entidad especializada*

Por su parte, el artículo 641 de la nueva LEC regula *la realización mediante persona o entidad especializada*.

- a) Quién puede instarla. Determinación de la persona o entidad a la que se le encomienda la realización: Requisitos que ha de reunir la misma

Prevé el apartado 1 de dicho artículo quién pueda instar tal realización, a saber, el ejecutante o el ejecutado con el consentimiento de aquél:

«A petición del ejecutante o del ejecutado con consentimiento del ejecutante y cuando las características del bien... lo aconsejen, el tribunal podrá

acordar, mediante providencia, que el bien lo realice persona especializada y conocedora del mercado en que se compran y venden esos bienes y en quien concurren los requisitos legalmente exigidos para operar en el mercado de que se trate.

También podrá acordar el tribunal, cuando así se solicite en los términos previstos en el párrafo anterior, que el bien se enajene por medio de entidad especializada pública o privada. Cuando así se disponga, la enajenación se acomodará a las reglas y usos de la casa o entidad que subasta o enajene, siempre que no sean incompatibles con el fin de la ejecución y con la adecuada protección de los intereses de ejecutante y ejecutado.»

Para la realización de este tipo, no basta con la petición aludida, pues se exige otro requisito para que el tribunal, discrecionalmente, pueda acordarla, a saber: que las características del bien lo permitan y aconsejen, debiendo reunir, en todo caso, la persona especializada y conocedora del mercado (v.gr., sociedades de tasación, ¿agentes de la propiedad inmobiliaria?) los requisitos legales para poder actuar en el mercado inmobiliario. Idem sucede con respecto a entidad especializada.

- b) Clases de entidades especializadas que pueden realizar el bien.
Caución a prestar

Dichas entidades pueden ser dos clases:

- Públicas.
- Privadas.

En el caso de que dicha persona o entidad especializada sea de carácter privado, prestará caución en la cuantía prudencial que la autoridad judicial determine para responder del cumplimiento del encargo, no exigiéndose tal caución si se trata de entidad especializada de naturaleza pública. Así lo declara el artículo 641.2.

Respecto de bienes inmuebles hipotecados, que aquí nos ocupan, el párrafo segundo del apartado 3 de dicho artículo establece:

«...Cuando los bienes a realizar sean inmuebles, la determinación de la persona o entidad a la que vaya a confiarse la realización y la de las condiciones en que ésta deba efectuarse, será realizada previa comparecencia a la que serán convocadas las partes y quienes conste en el proceso que pudieran estar interesados. El tribunal resolverá, por medio de providencia, lo que estime procedente, a la vista de las manifestaciones de quienes asistan a la comparecencia, pero no podrá autorizar que la ena-

jenación se realice por precio inferior al 70 por 100 del valor que se haya dado al inmueble con arreglo a lo previsto en el artículo 666, salvo que conste el acuerdo de las partes y de todos los interesados, hayan asistido o no a la comparecencia.»

c) Ingreso del importe procedente de la realización

¿Dónde se ingresa el importe procedente de tal realización? El apartado 4 del referido artículo 641, establece lo siguiente:

«...el ingreso lo efectuará la persona o entidad especializada en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, descontando los gastos efectuados y lo que corresponda a aquéllas por su intervención, debiendo el tribunal aprobar la operación o, en su caso, solicitar las justificaciones oportunas sobre la realización y sus circunstancias. Una vez aprobada la operación, se devolverá la caución cuando se trate, como ya hemos dicho, de persona o de una entidad especializada de carácter privado, a la cual se le hubiese encomendado la realización».

d) Consecuencias de la falta de cumplimiento de la realización encomendada: Regla general. Excepción

Puede ocurrir, no obstante, que pase el tiempo y la realización encomendada no se hubiese efectuado. La LEC prevé para tal supuesto, un plazo de seis meses desde tal encargo, transcurrido el cual, el tribunal, conforme declara el artículo 641.5, *«dictará auto revocando el encargo»*.

Hay una excepción: *«que se justifique por la persona o entidad a la que se hubiera efectuado éste (el encargo) que la realización no ha sido posible en el plazo indicado por motivos que no le sean imputables y que, por haber desaparecido ya dichos motivos o por ser previsible su pronta desaparición, el encargo podrá cumplimentarse dentro del plazo que se ofrezca y que no podrá exceder de los siguientes seis meses»*.

¿Y qué ocurre si transcurre dicho último plazo y el encargo aún no se ha llevado a efecto? Pues entonces, se revocará definitivamente éste: Y una vez revocado el encargo, la caución prestada se aplicará a los fines de la ejecución, salvo que la persona o entidad especializada que la hubiese prestado acredite que la realización del bien no ha sido posible por causas que no le sean imputables (art. 641.5 de la LEC).

Se establece, pues, en este último párrafo, como penalización y sólo para el caso de que se trate de persona o entidad especializada de carácter privado que no cumple sin motivos su encargo de realización y que ha dilatado el

procedimiento de manera innecesaria, la pérdida por la misma de la caución que prestó.

- e) Aprobación judicial de las enajenaciones realizadas a través de persona o entidad especializada

Por último, decir que es aplicable el artículo 642 antes transcrito a esta realización por persona o entidad especializada.

XII. PAGO DEL CREDITO Y DESTINO DEL SOBRANTE

1. REGULACIÓN

El artículo 692 de la nueva Ley Procesal regula esta materia. Con anterioridad, la misma venía regulada en el artículo 131, regla 16.^a de la Ley Hipotecaria, cuya regla establecía que el precio del remate se destinaría, sin dilación, al pago del crédito hipotecario del actor y que el sobrante se entregaría a los acreedores posteriores o a quien correspondiese, constituyéndose entretanto en depósito en el establecimiento público destinado al efecto.

Sin embargo, el artículo 692 introduce una serie de novedades. Así no habla ya de destinar al pago del crédito del actor el precio del remate, sino que establece lo siguiente en su apartado 1:

«1.º El precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos, exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria; el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado...»

2. EL PRECIO DEL REMATE Y EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD O DETERMINACIÓN

Así pues, y en aras del *principio de especialidad o determinación*, el precio del remate se destinará a pagar al acreedor ejecutante lo que proceda por el principal, intereses y costas causadas, pero sin sobrepasar la respectiva cobertura hipotecaria. Fijémonos que el precepto habla de *«respectiva»*, esto es, que no cabe trasvase de cantidades de uno a otro concepto y que las cantidades correspondientes a las distintas definiciones que componen la responsabilidad hipotecaria deben estar individualizadas y netamente diferenciadas unas de otras; porque si no, ¿para qué la exigencia de la especificación individualizada

de principal, intereses ordinarios, intereses de demora, en su caso, y costas y gastos del procedimiento, si luego no se exige tal individualización en lo que se entrega al acreedor por dichos conceptos con el importe del precio del remate? Por idéntico motivo, si son varias las fincas hipotecadas, debería imputarse respecto de cada finca la parte correspondiente de las cantidades reclamadas para así poder especificar el sobrante, en su caso, en relación con cada una de ellas. Piénsese que, incluso, los derechos reales o cargas posteriores, pueden ser distintos respecto de las diversas fincas hipotecadas.

Reiterar lo antes dicho respecto de la reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2 de marzo de 2000, dictada a propósito de un procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, como más adelante veremos.

Puede ocurrir que alguien se considere con derecho al remanente que pudiera resultar después de haber pagado a los acreedores posteriores. En tal supuesto el artículo 692.2 contempla la posibilidad de que el interesado promueva el incidente previsto en el apartado 2 del artículo 672. Según dicho apartado:

«2. Cualquier interesado podrá solicitar al tribunal que se requiera a los titulares de créditos posteriores para que, en el plazo de treinta días, acrediten la subsistencia y exigibilidad de sus créditos y presenten liquidación de los mismos.

De las liquidaciones presentadas se dará traslado a quien haya promovido el incidente para que alegue lo que a su derecho convenga y aporte la prueba documental de que disponga en el plazo de diez días. El tribunal resolverá a continuación, por medio de auto no recurrible, lo que proceda, a los solos efectos de la distribución de las sumas recaudadas en la ejecución y dejando a salvo las acciones que pudieran corresponder a los acreedores posteriores para hacer valer sus derechos como y contra quien corresponda.

Transcurrido el plazo indicado sin que ningún acreedor haya presentado la liquidación de su crédito, se dará al remanente el destino previsto» (anteriormente).

3. EL SUPUESTO CONTEMPLADO POR EL ARTÍCULO 692.1, PÁRRAFO 2.º

Prevé, no obstante, el párrafo segundo de dicho artículo 692.1, el caso en que el propietario del bien hipotecado sea, a la vez, el propio deudor y no un tercer poseedor, y se hayan satisfecho ya los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca. En tal supuesto, el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución, pero con el requisito concurrente de que dicho deudor no se en-

cuentre incurso en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra. Lo cual es lógico, por otra parte, pues se debe de evitar vulnerar los posibles derechos de la masa de acreedores.

En relación con esto último, establece el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 692, que *«lo dispuesto en este apartado (esto es, quien se considere con derecho al remanente que pudiera quedar tras el pago a los acreedores posteriores), y en el anterior (que hace alusión, como ya hemos dicho, al destino del precio del remate para pago al acreedor y destino del remanente al propietario del bien hipotecado, según sea o no el propio deudor), se entiende sin perjuicio del destino que deba darse al remanente cuando se hubiera ordenado su retención en alguna otra ejecución singular o en cualquier proceso concursal.»*

Cabe decir en relación con esta materia, que ya la Dirección General de los Registros y del Notariado, en *Resolución de 8 de febrero de 1999* (142), declaró inscribible el testimonio del auto de adjudicación en un procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, aunque se hubiese despachado la ejecución por una cantidad superior a la garantizada por la hipoteca, entregando el sobrante al acreedor ejecutante por economía procesal, cuando no existen otros titulares de derechos posteriores, siguiendo un criterio distinto al separarse de la *Resolución de 27 de noviembre de 1961* (143), que versaba sobre un caso en que la certificación de cargas de la regla 4.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria expresaba como único titular registral al propio deudor, por lo que entendía el Registrador que el Juez debería haber decretado que una vez satisfechas las cantidades reclamadas dentro de la cobertura hipotecaria, se consignara el sobrante a disposición del propietario y no a disposición de acreedores posteriores, como así se expresaba en el mandamiento de cancelación de cargas, y así declaraba dicha última Resolución lo siguiente:

«...el Juez, al disponer la consignación del sobrante del precio del remate en un establecimiento idóneo, a favor de los acreedores posteriores, una vez satisfechos los pagos legítimos, cumplió con lo dispuesto en la regla 17.^a del artículo 131 de la Ley sustantiva, porque tal medida no desconoce el derecho del propietario al resto del precio del remate, una vez acreditada la inexistencia de dichos acreedores».

Ciertamente la expresión del mandamiento objeto de calificación que dio lugar a la Resolución referida (ya superada en vista de lo expuesto) no fue lo

(142) BCRP, núm. 47 (2.^a época), correspondiente al mes de abril de 1999, págs. 990 y sigs., y BOE de 3-3-99.

(143) ROCA SASTRE-MOLINA JUYOL, *Jurisprudencia Registral. Tomo IX, 1951-1963*. Editorial Bosch, Barcelona, 1967, págs. 888 y sigs.

suficientemente explícita, y como muy bien dice GARCÍA GARCÍA (144) debería haber dicho «queda a disposición de acreedores o titulares posteriores o de quien corresponda».

En cambio, la dicha Resolución de 8 de febrero de 1999 ha declarado:

«...Sin entrar en el tema de cuál ha de ser el destino que se dé al sobrante en una ejecución hipotecaria, y como dicen las Resoluciones de esta Dirección General de 11 de febrero de 1998 y 15 de enero de 1999, si bien es cierto que la debida extensión de la reclamación inicial crea ambigüedad sobre la cantidad que el propietario de la finca hipotecada debe desembolsar para conseguir el sobreseimiento del procedimiento o la que los terceros titulares de cargas posteriores han de abonar si quieren subrogarse en la posición jurídica del acreedor satisfecho y continuar o paralizar las actuaciones, no lo es menos que si se tiene en cuenta: a) Que en el caso debatido una parte de la cantidad incluida en la reclamación inicial (el principal y los intereses remuneratorios garantizados) es fundamento suficiente para el ejercicio de la acción hipotecaria; b) que, pese a la ambigüedad referida, el propietario de la finca hipotecada o los terceros titulares de las cargas posteriores pueden exigir desde el principio (que deben ser requeridos o notificados al inicio del procedimiento) la concreción de la ejecución a la cantidad garantizada o la paralización de las actuaciones, abonando exclusivamente esta última cantidad; c) que el Registrador no podrá acceder a la cancelación de los asientos posteriores a la hipoteca ejecutada si no consta que el exceso del precio de remate sobre la cantidad garantizada ha sido debidamente depositado; d) la posición restrictiva de la Ley Orgánica del Poder Judicial en torno a la nulidad de las actuaciones (confróntese art. 238), debe rechazarse el criterio del Registrador, pues, en definitiva, la relevancia de la cuestión no trasciende a la eficacia de la enajenación realizada, sino al destino del precio obtenido, lo que obstaculizaría la actuación registral cancelatoria, que no existe en el presente caso...»

XIII. INSCRIPCION DE LA ADJUDICACION Y CANCELACION DE CARGAS

La regla 17.^a del todavía vigente artículo 131 de la Ley Hipotecaria establece:

«Verificado el remate o la adjudicación y consignado, en su caso, el precio, se dictará de oficio auto aprobándolos y ordenando la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor y, en su caso, la de todas las

(144) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, pág. 290.

inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquélla, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en la regla cuarta, despachándose al efecto el oportuno mandamiento, en el que se hará constar que se hicieron las notificaciones expresadas en la regla quinta, que el valor de lo vendido o adjudicado es igual o inferior al importe total del crédito del actor, y en el caso de haber superado, que se consignó el exceso en el establecimiento público destinado al efecto, a disposición de los acreedores posteriores.

Todas estas circunstancias deberán expresarse en el asiento de cancelación.

Será título bastante para la inscripción el testimonio expedido por el actuario, con el visto bueno del Juez, comprensivo del referido auto y de las circunstancias necesarias para verificar aquélla.

También se pondrá en posesión judicial de los bienes al adquirente, si lo solicitase».

1. TÍTULO INSCRIBIBLE

Del párrafo tercero de este artículo se deduce cuál es el *título formal causante de la oportuna inscripción*: el testimonio del auto de adjudicación expedido por el Secretario Judicial, con el visto bueno del Juez. *El título material* lo será la propia adjudicación judicial, que supone un acto traslativo del dominio de aquéllos a los que se refiere el artículo 2.1.º de la vigente Ley Hipotecaria.

Así, FERNÁNDEZ SEIJÓ (145) afirma que la doctrina mayoritaria acepta que la adquisición de la titularidad se produce por el acto de remate en la subasta, no por el auto de adjudicación. Y recoge, como sentencias más significativas, entre otras, la del *Tribunal Supremo de 24 de junio de 1997*, que declara:

«...Consta en autos que el demandante presenta como título de su propiedad, el acta de subasta celebrada en el procedimiento sumario hipotecario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en los que se aprobó el remate a su favor. Consta, asimismo, que completó el pago del precio del remate. No se ha dictado auto de la aprobación del remate o de la adjudicación como previene la regla 17.ª de la Ley Hipotecaria, ni se han liquidado cargas, ni inscrito el dominio en el Registro de la Propiedad (...). El referido auto es necesario para poder acceder al Registro (art. 131.17 de la Ley Hipotecaria) no para acreditar el tan repetido dominio, y, al no ser constitutiva la inscripción en el sistema español de transmisión inmobiliaria, la referida venta (acta de remate), pese a su no inscripción, es válida a todos los efectos...»

(145) FERNÁNDEZ SEIJÓ, JOSÉ M.ª, *ob. cit.*, pág. 468.

Y la propia sentencia antes referida indica:

«...El problema jurídico planteado ha sido resuelto ya por esta Sala en sentencias que especifican el valor del remate y del pago del precio respecto de los bienes enajenados en subasta judicial pública y su eficacia sobre la transmisión de la titularidad dominical, aun antes de la expedición del testimonio que sirve para la inscripción. En efecto, ya la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1946, apunta en esta dirección, no obstante, referirse a créditos, pues anticipa la transmisión al tiempo del remate “por haberse hecho el pago del precio...” Con mayor claridad y, refiriéndose a inmuebles, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1985, considera “suficiente para justificar su título dominical”, “el acta de remate que tuvo lugar en el procedimiento judicial sumario, aunque no sea bastante para efectuar la inscripción registral, para lo que la regla 17.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, exige el consiguiente auto judicial, indispensable para llevar a cabo dicha inscripción, pero no para acreditar la titularidad que se cuestiona, habida cuenta el sistema español vigente de transmisión y adquisición del dominio de bienes inmuebles y cuyo retraso en la expedición no puede perjudicar al interesado...”»

Asimismo, cabe decir que el artículo 133 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción dada por la Disposición Final novena, número 8 de la recientemente publicada nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a consagrar que basta que el testimonio esté expedido por el Secretario Judicial, no siendo necesario el visto bueno del Juez correspondiente. En efecto, comienza dicho artículo afirmando: *«...El testimonio expedido por el Secretario Judicial comprensivo del auto de remate o adjudicación...»*

Ello no hace sino confirmar lo preceptuado en el artículo 145.1 de la nueva LEC, relativo a la fe pública judicial, y en el artículo 317.1.º de dicha Ley que, a efectos de prueba en el proceso, considera documento público los testimonios que de las resoluciones y diligencias de actuaciones expidan los Secretarios Judiciales. Ya no es necesario, pues, el visto bueno del Juez.

Dicho testimonio no es necesario que se presente por duplicado. La razón es muy simple: es título de inscripción que, una vez inscrito, quedará en manos del dueño de la finca, como título adquisitivo de su dominio, y no se remitirá una copia al Juzgado como, sin embargo, ocurre con el pertinente mandamiento cancelatorio de cargas (146). A este respecto, hay que recordar lo establecido en el artículo 257 de la Ley Hipotecaria que sólo alude a que el Juez o Tribunal expedirá duplicado del mandamiento correspondiente (uno de cuyos ejemplares conservará el Registrador en su oficina) cuando en virtud

(146) En tal sentido se decanta también GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, pág. 273.

de resolución judicial deba hacerse cualquier asiento registral, pero exceptúa expresamente las «ejecutorias» (el art. 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que ha sido derogada por la nueva Ley Procesal, pero aún en vigor hasta que concluya el período de *vacatio legis* de esta última, define la «ejecutoria», como «el documento público y solemne en que se consigne una sentencia firme»). En igual sentido de la innecesariedad de presentar por duplicado este tipo de documentos se pronuncia PAU PEDRÓN (147) con base en dicho artículo 257 de la Ley Hipotecaria.

En definitiva, el título hábil y bastante para la práctica de la pertinente inscripción a favor del rematante o adjudicatario será dicho testimonio del auto de expresada adjudicación, pero siempre y cuando se acompañe al mismo el correspondiente mandamiento de cancelación de cargas, como resulta del propio artículo, en su párrafo primero, que literalmente dice:

«El testimonio expedido por el Secretario Judicial comprensivo del auto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación, en su caso, del precio, será título bastante para practicar la inscripción de la finca o derecho adjudicado a favor del rematante o adjudicatario, siempre que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil...»

Y es que se venía discutiendo por un sector doctrinal relativamente amplio la conveniencia —más bien necesidad—, de que no se debería practicar el asiento pertinente de cancelación de cargas motivado por la presentación del oportuno mandamiento cancelatorio de las mismas, si no iba precedido o acompañado para su inscripción del correspondiente testimonio del auto de adjudicación, por una razón muy sencilla: tratarse de un «complejo unitario de asientos» que obedecen y traen causa indisoluble de un mismo procedimiento.

En la práctica, no obstante, se venía despachando el mandamiento de cancelación de cargas, aunque no hubiese accedido aún al Registro el testimonio del auto de adjudicación de la finca. A tal respecto se venía invocando una *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 30 de abril de 1936* (148), que fundamentándose en el principio de voluntariedad o rogación, establecía la posibilidad de practicar la cancelación de la hipoteca, base de la ejecución y de las cargas posteriores a la misma, sin que fuese preciso inscribir previamente el testimonio del auto comprensivo de la

(147) PAU PEDRÓN, ANTONIO, *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*, pág. 224. Fundación para la formación de altos profesionales (FUFAP). Colección Administrativa y Tributaria, Madrid, 1996.

(148) ROCA SASTRE-MOLINA JUYOL, *ob. cit.*, págs. 806 y sigs.

adjudicación, a pesar de la conveniencia de que tal inscripción debiera preceder a aquella cancelación. Se alegaba también por el Centro Directivo en dicha resolución que el propio artículo 131 de la Ley Hipotecaria establecía una dualidad de títulos: uno, el testimonio expedido por el actuario, con el visto bueno del Juez, para inscribir la adjudicación de la finca o fincas; y otro, el mandamiento, extendido por duplicado ejemplar, suscrito por el Juez y refrendado por el Secretario, para practicar las cancelaciones de cargas; por lo que se podría dar el supuesto de que pese a solicitarse la registración de los dos documentos, se pudiese suspender o denegar el acceso al Registro de alguno de los dos, por contener algún defecto subsanable o insubsanable.

Razones prácticas, entre otras, además de jurídicas, no aconsejaban tal dualidad. Piénsese que la presentación del mandamiento cancelatorio sin que se hubiese presentado previamente el testimonio del auto de adjudicación, podría conllevar la cancelación de los asientos, tanto el de hipoteca base de la ejecución como la de las cargas o derechos reales posteriores, con lo que la finca hipotecada quedaba libre de toda carga; pero al no haberse inscrito todavía el dominio a nombre del adjudicatario, quedaba abierta la puerta del Registro a eventuales actuaciones dirigidas contra el vigente titular registral, a pesar de pertenecer ya el dominio al adjudicatario que no inscribió su título adquisitivo.

GARCÍA GARCÍA (149), en tal supuesto, propugnó la idea de la calificación desfavorable del Registrador, por falta de congruencia, y, por tanto, que no se procediese a la práctica de las cancelaciones decretadas en el mandamiento sin la presentación del testimonio del auto de adjudicación. Incluso la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en *Resolución de 22 de febrero de 1993* (150), en una enajenación judicial que era culminación de una ejecución ordinaria (se había practicado en el Registro la correspondiente anotación preventiva de embargo), entró a examinar conjuntamente la titulación presentada y afirmó que «*la cancelación pretendida forma parte del mismo complejo unitario de asientos que provoca la culminación del procedimiento de apremio*». La Dirección General no abordó esta materia en relación con un procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, si bien dejó planteado el problema en su *Resolución de fecha 15 de enero de 1999* (151), cuando en su fundamento de derecho 4, declaraba:

«...al no haber sido expresado en la nota de calificación que se recurre, no se entra, pese a sus importantes consecuencias jurídicas, en el problema

(149) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, pág. 279.

(150) Resolución de la DGRN de 22 de febrero de 1993. *BCRE*, núm. 298, correspondiente al mes de marzo de 1993, págs. 806 a 813.

(151) Resolución de 15 de enero de 1999. *BCRE*, núm. 46 (2.^a época), correspondiente al mes de marzo de 1999, págs. 753 a 755.

de si, para cancelar las inscripciones posteriores a una ejecución hipotecaria, es necesario que se haya inscrito el auto de adjudicación, o si la suspensión o denegación de éste impide las expresadas cancelaciones...»

Legalmente ha prosperado, pues, tal tesis de manera que, como resulta del precepto transcrito y así hemos dicho, se podrá inscribir el testimonio siempre que vaya acompañado del correspondiente mandamiento de cancelación de cargas.

Dicho mandamiento judicial de cancelación de cargas y el testimonio del auto de remate o adjudicación podrán constar también en un solo documento —lo que no quiere decir que sea obligatorio, pudiendo presentarse como documentos distintos, siempre y cuando se presenten conjuntamente—. En el caso de que consten en un solo documento se consignará, en todo caso (esto es, de forma terminantemente obligatoria), el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo anterior y las demás circunstancias que sean necesarias para practicar la inscripción de la adjudicación y la cancelación o cancelaciones pertinentes. Así se pronuncia el artículo 133, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción.

Ahora bien, ¿qué sucede si el documento presentado como único para inscripción, en el que se recoge tanto la adjudicación como la consiguiente cancelación de cargas, contiene defectos? ¿Qué ocurre si se presenta por separado el testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento cancelatorio de cargas y contiene defectos uno de esos dos documentos?

MENA y SAN MILLÁN (152), a propósito de la calificación registral de los documentos judiciales, entienden que si en el mandamiento cancelatorio no consta que se han efectuado las preceptivas notificaciones, ello impediría la inscripción del testimonio del auto de adjudicación. Y RIVAS TORRALBA (153), a propósito del procedimiento ejecutivo ordinario, manifiesta que deben resultar las notificaciones del propio auto, porque es una cuestión que afecta a la regularidad de la subasta y no sólo a las cancelaciones derivadas de la adjudicación, alegando a este respecto la Resolución de 28 de enero de 1987, con referencia a un auto de adjudicación derivado de procedimiento judicial sumario.

Por su parte, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 11 de febrero de 1998 (154), a propósito de un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, declaró inscribible la enajenación realizada, si bien afirmó que no se podían cancelar los asientos posteriores si no

(152) MENA Y SAN MILLÁN, *Calificación registral de documentos judiciales*. Editorial Bosch, Barcelona, 1985, pág. 130.

(153) RIVAS TORRALBA, RAFAEL, *ob. cit.*, pág. 458 y sigs.

(154) *BCRE*, núm. 36 (2.ª época), correspondiente al mes de abril de 1998, págs. 825 a 829.

constaba el depósito del exceso del precio a disposición de los titulares de dichos asientos.

La cuestión, por lo tanto, dista de ser clara, porque si presentados como documento distintos el testimonio del auto de adjudicación acompañado del mandamiento cancelatorio, alguno de ellos contuviese defectos, se podría estar vulnerando, tal vez, la finalidad pretendida al respecto por el nuevo artículo 133 de la Ley Hipotecaria. Más claro aún resultaría si el único documento omnicomprendivo que se presenta y en el que se recoge tanto la adjudicación como la cancelación de cargas, tuviese defectos, pues en tal supuesto sería muy dudosa la inscripción parcial del título, por la misma razón, antes expuesta, de que el legislador ha querido configurar un tratamiento unitario de la documentación presentada por su vinculación causal.

2. CIRCUNSTANCIAS

Y ¿cuáles son esas circunstancias?

A) *Auto de adjudicación (testimoniado)*

Respecto del testimonio del auto de adjudicación, en síntesis, son, aparte de tener que venir autoliquidado del pago del impuesto correspondiente y que sea expedido en el mismo procedimiento en el que se dictó el mandamiento por el que se ordenó la certificación de cargas (por lo que dicho testimonio debe recoger el número de autos al respecto), podemos señalar las siguientes:

A) *Auto de aprobación del remate o adjudicación a favor del rematante o adjudicatario, con expresión de sus circunstancias* [art. 51, regla 9.ª, apartado a), si se trata de persona o personas físicas, y apartado b), si se trata de persona o personas jurídicas].

B) *Descripción completa de la finca o fincas adjudicadas* (art. 51, reglas 1.ª a 4.ª, inclusive, en su nueva redacción dada a dichas reglas por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre).

C) *Expresión separada de las cantidades que sean objeto de reclamación y sus respectivos conceptos*, por la sencilla razón de que la acción directa y real contra los bienes hipotecados se basa en una hipoteca en que lo reclamado por el actor debe de estar garantizado dentro de la respectiva cobertura hipotecaria, pues de lo contrario se pueden conculcar posibles derechos de terceros. En este sentido cabe destacar la *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de diciembre de 1998* (155), la cual no

(155) Resolución de 29 de diciembre de 1998. *BCRE*, núm. 45 (2.ª época), correspondiente al mes de febrero de 1999, págs. 428 a 431, y *BOE* de 30-1-1999.

entró en el examen de esta problemática por la sencilla razón de que fue confirmada, en cuanto a tal extremo, la nota de calificación del Registrador por el Tribunal Superior de Justicia correspondiente, no siendo después recurrido tal punto (aunque sí otros) ante la Dirección General. Dicho auto viene a consagrar la necesidad de expresar las cantidades objeto de reclamación en el testimonio del auto de adjudicación, y de forma separada, como afirmaba el Registrador en su nota, que hablaba de *«separación de lo adeudado por cada uno de esos tres conceptos, puesto que cada uno de ellos está garantizado respecto de terceros, hasta una cantidad máxima por la finca hipotecada»*. En idéntico sentido se pronuncia CORRAL DUEÑAS, quien afirma que no se puede pedir más de lo garantizado por la cobertura hipotecaria, según resulte del asiento correspondiente de hipoteca, *«...siendo necesario especificar las distintas cantidades que se piden para cada uno de los conceptos de capital, intereses y costas... Dado que este procedimiento tiene su base en el Registro y que en la inscripción de hipoteca figuran por separado esos conceptos en aras del principio de especialidad prescrito por el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, la consecuencia natural es que deben también especificarse por separado en él»* (156).

Efectivamente, por lo que se refiere al capital, no cabe pedir más de lo garantizado hipotecariamente; en cuanto a los intereses, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria y que si se garantizan intereses variables, no se puede superar el máximo asegurado dentro de los límites legales, debiendo estar perfectamente diferenciados de los intereses de demora garantizados, en su caso, en la cobertura hipotecaria, dada su distinta naturaleza; idem en cuanto a las costas, cuya cuantía sólo puede determinarse al concluir el procedimiento y que no pueden superar el límite fijado en la cláusula de constitución de hipoteca.

Ya la *Resolución de 27 de julio de 1988* incide en esta doctrina a propósito de la práctica del asiento de cancelación en virtud del oportuno mandamiento de cancelación de cargas cuando las cantidades aseguradas por la hipoteca han sido superadas, como más adelante veremos.

Aquí, y respecto del cómputo conjunto de los intereses ordinarios y de demora, hay que resaltar la importante *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 18 de diciembre de 1999* (157), relativa a la cobertura hipotecaria por intereses.

Dicha Resolución versa sobre la inscripción de cierta cláusula de una escritura de constitución de hipoteca en garantía de un préstamo, habiendo denegado parcialmente el Registrador la inscripción de la garantía hipotecaria

(156) CORRAL DUEÑAS, FRANCISCO, «La calificación registral en el procedimiento del artículo 131 de la LH», en *BCRE*, núm. 15 (2.ª época), correspondiente al mes de mayo de 1996, págs. 1108 y 1109.

(157) Resolución de la DGRN de 18 de diciembre de 1999. *BOE*, núm. 29, de 3-2-1999, págs. 5067 a 5069.

por intereses moratorios, en cuanto al exceso de cinco anualidades de intereses al tipo inicial de los remuneratorios, tipo inicial que dicho Registrador estimaba aplicable para el cómputo del máximo legal. La Dirección revoca la nota al estimar que no hay razón convincente para que la cobertura hipotecaria de los intereses moratorios no pueda superar la cantidad que resulte de aplicar al préstamo durante tres años el tipo de interés ordinario inicial, pues el tipo que debe de tenerse en cuenta es el máximo pactado en la cláusula de constitución de hipoteca, pues los intereses que hayan sido impagados pueden corresponder a períodos distintos del inicial, en cuyos períodos puede estar vigente el tipo máximo que se pactó para la hipoteca por intereses moratorios.

Además, declara la Dirección General que no es argumento en contra de tal doctrina la computación conjunta de los intereses remuneratorios y moratorios, pues la misma no significa otra cosa, sino que no se pueden devengar simultáneamente ambos tipos de intereses sobre la misma cantidad impagada; pero si eso no se conculca, se pueden reclamar todos los intereses, de uno y otro tipo devengados y cubiertos por sus respectivos conceptos, dentro de los máximos legales, de la garantía hipotecaria.

Esto último lo ha pretendido aclarar la propia *Dirección General en una muy reciente Resolución de fecha 14 de marzo de 2000* (158) (pero, a nuestro entender, creo que no con la debida claridad que sería deseable), y así ha establecido en su fundamento de derecho 2:

«...En el segundo de los defectos a considerar se deniega la inscripción de la estipulación sexta, en la que se pacta que las cantidades vencidas y no satisfechas a sus respectivos vencimientos, devengarán día a día, el interés vigente en cada momento incrementado en ocho puntos, y ello por exceder la cantidad que garantiza el pago de tales intereses en la cláusula octava, junto con la fijada por razón de intereses ordinarios, del máximo permitido por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, esto es: Cinco anualidades de intereses ordinarios.

A la hora de constituir la hipoteca se garantiza con ella el pago, aparte del principal del préstamo —1.500.000 pesetas—, los intereses de dos años al tipo inicial pactado —10,481 por 100—, esto es, 314.430 pesetas y hasta un límite de 831.645 pesetas por intereses moratorios de tres años. Tampoco este defecto puede confirmarse. La doctrina de esta Dirección General, contenida en Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987 y 22 de julio de 1996, entre otras, una vez sentada la distinta naturaleza y régimen de los intereses remuneratorios y moratorios, diverso origen y título para lograr su efectividad, ha admitido la posibilidad de extender la garantía hipotecaria a

(158) Resolución de la DGRN de 14 de marzo de 2000, publicada en el *BOE*, núm. 76, de 29 de dicho mes y año, págs. 13274 y 13275.

los segundos siempre que, por exigencias del principio de especialidad (cfr. art. 12 de la Ley Hipotecaria), se precise claramente en qué medida lo están, con independencia de la garantía prevista para los primeros, de suerte que no pueda aplicarse la cobertura establecida para unos a los otros. Por lo demás, la doctrina, también de este Centro Directivo, sobre la computación conjunta de uno y otro tipo de intereses tampoco es argumento para rechazar la inscripción pretendida, pues tal doctrina, como precisara la Resolución de 18 de diciembre de 1999, no pretende afirmar otra cosa sino que unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios y de demora, mas, respetada esta exigencia, ninguna dificultad hay para poder reclamar todos los intereses, sean remuneratorios o moratorios, realmente devengados y cubiertos por las respectivas definiciones de la garantía hipotecaria —dentro de los máximos legales—, aun cuando esa reclamación lo sea de intereses remuneratorios de los cinco últimos años e intereses moratorios del mismo período, si así procediera, por ser distintas y de vencimiento diferente las cantidades que devengarán unos y otros y, por tanto, a ambos puede extenderse la garantía hipotecaria dentro de dichos límites...»

A este respecto, cabe recordar que previamente a dichas Resoluciones, se han dictado los siguientes *autos por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*: el número 44, de 14 de diciembre de 1998 (159); el número 8, de 10 de febrero de 1999 (160), y el número 18, de 27 de julio del mismo año de 1999 (161), en los que se resolvió que la limitación del artículo 114 de la Ley Hipotecaria se refiere al total de las anualidades garantizadas con intereses ordinarios y de demora que, en conjunto, no podrán exceder de cinco años; pero el tope no se determina por el tipo de interés ordinario, sino que cada interés, remuneratorio y de demora, en su caso, podrán tener como tope el máximo respectivo.

Pero toda esta cuestión que incidentalmente hemos planteado, relativa a la garantía hipotecaria de los intereses remuneratorios y moratorios, debería ser objeto de un estudio específico, lo que desborda las pretensiones de este trabajo.

Por otra parte, y volviendo a la problemática de la individualización de las cantidades objeto de reclamación, el artículo 132 de la nueva Ley Hipoteca-

(159) Auto núm. 44/98, de 14 de diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, publicado en el *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 82, correspondiente a enero-febrero de 1999, págs. 122 a 125.

(160) Auto núm. 8/99, de 10 de febrero, del mismo Tribunal Superior de Justicia antes citado, publicado en el mismo Boletín antes expresado, en su núm. 83, correspondiente a los meses de marzo-abril de 1999, págs. 313 a 315.

(161) Auto núm. 18/99, de 27 de julio, también del mismo Tribunal Superior, publicado en la reiterada Revista en su número 85, págs. 222 a 224.

ria, en su número 3.º, parece seguir la doctrina expuesta de la separación o especificación de las distintas cantidades por los distintos conceptos de la cobertura hipotecaria, al extender la calificación del Registrador al extremo de que *«lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no excedan del límite de la respectiva cobertura hipotecaria»*.

¿Y qué ocurre si en el mandamiento de cancelación de cargas se expresa, v.gr., que no existe sobrante, pero no se expresan las respectivas cantidades que son objeto de reclamación? Creemos que esto último debe de figurar en el título, pues la calificación de tal extremo compete al Registrador (v. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, de 15 de enero y 8 de febrero de 1999) (162), y la muy reciente de 2 de marzo de 2000, como inmediatamente veremos.

D) El auto debe de contener también *otros extremos calificables por el Registrador, conforme al nuevo artículo 132 de la Ley Hipotecaria*, que expresamente establece:

«A los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, la calificación del Registrador se extenderá a los extremos siguientes:

1.º *Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento.*

2.º *Que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación...*

4.º *Que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor, o en caso de haberlo superado, que se consignó el exceso en establecimiento público destinado al efecto a disposición de los acreedores posteriores»*.

Esta última circunstancia de dicho artículo 132 de la Ley Hipotecaria, la debe contener más bien el correspondiente mandamiento de cancelación de cargas cuando se presente el mismo en forma separada, pero en unión del correspondiente testimonio del auto de adjudicación, debiendo recoger dicho mandamiento lo relativo a haberse practicado las notificaciones a que se refiere el número 2.º de dicho artículo (sin perjuicio de la necesidad de que figure en el testimonio del auto de adjudicación).

(162) *BCRE*, núm. 46 y 47 (2.ª época), correspondientes a los meses de marzo y abril de 1999; págs. 753 y sigs., y 990 y sigs., respectivamente.

Ya hemos aludido con anterioridad a dichos dos números de indicado precepto. No obstante, conviene resaltar que dicho número 4 está íntimamente ligado con la existencia o no del sobrante, debiendo resaltarse al respecto una reciente *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de marzo de 2000* (163), ya citada con anterioridad, en la que el Centro Directivo confirma la nota de calificación del Registrador que suspende la cancelación de las cargas posteriores recayentes sobre una finca hipotecada ejecutada por el procedimiento extrajudicial del artículo 129 de la Ley Hipotecaria y 234 y siguientes de su Reglamento, por haber cobrado el acreedor ejecutante con cargo al importe del remate una cantidad muy superior a la que reclamó en el procedimiento e intereses que exceden del tope garantizado con la hipoteca.

En efecto, la Dirección General hace especial hincapié en la trascendencia que para todos los interesados en el procedimiento tiene la fijación exacta, desde su inicio, de lo reclamado por todos los conceptos (para el deudor, para el acreedor, para los titulares de cargas posteriores), de tal manera que del precio del remate no puede detraerse para pagar al actor cantidades que excedan de las fijadas al definir la respectiva cobertura hipotecaria (por capital, por intereses remuneratorios, por intereses de demora, por costas y gastos...), debiendo el acreedor depositar la cantidad que exceda de la dicha respectiva cobertura hipotecaria. Expresado de otro modo, no puede excederse por ninguno de los conceptos reclamados, de la cantidad que como tope figura en la respectiva cobertura hipotecaria por cada una de las definiciones (capital, intereses ordinarios, intereses moratorios), y no siendo posible el trasvase de uno a otro concepto.

Además, incide la Dirección General en la cuestión de que esta materia del posible sobrante sí entra dentro del ámbito de la calificación del Registrador, con lo que esta Resolución no hace sino reiterar, a nuestro entender, el criterio que a este respecto sienta el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción dada por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Respecto de los demás números de dicho artículo 132 de la Ley Hipotecaria, ya los hemos analizado en sus respectivos apartados.

E) *Firmeza del auto*, pues sin tal requisito no cabe practicar la inscripción de dominio a favor del rematante o adjudicatario. No hay que olvidar que los «asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales» (art. 1 de la Ley Hipotecaria), y si el auto no firme se inscribe, el titular registral que figura como adquirente, en base a los principios de legitimación y de tracto sucesivo, puede transmitir el bien adjudicado, y poder originar la figura de un tercero hipotecario, dejando entonces en manifiesta

(163) Resolución ya citada anteriormente, publicada en *BOE*, núm. 77, de 29 de marzo de 2000.

indefensión al posible recurrente de la resolución judicial todavía no firme. Y sabido es que en el Registro los títulos materiales (art. 2 de la Ley Hipotecaria), deben estar consignados para poder inscribirse en escritura pública, «ejecutoria», o documento auténtico expedido por la Autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos (art. 3 de dicha Ley Hipotecaria). Y la ejecutoria no es otra cosa que una «sentencia firme».

Por último decir que, en cuanto a la firmeza, el artículo 207.2 de la LEC establece:

«...Son resoluciones judiciales firmes aquéllas contra las que no cabe recurso alguno, si bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado».

F) En cuanto a los demás trámites del procedimiento, es conveniente su constancia, como todo lo relativo a la realización y celebración de la subasta, si bien tal extremo no entra dentro del ámbito de la calificación del Registrador, al no estar expresamente recogida en el referido artículo 132 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción. Tal postura ya la mantuvo la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución antes expresada de 29 de diciembre de 1998, en la que el Registrador consignó como defectos en su nota de calificación, entre otros extremos, los relativos a la falta de expresión en el testimonio del auto de adjudicación de la fecha acordada para la celebración de la subasta y su notificación al deudor, la fecha de publicación de los correspondientes edictos, y la fecha en que efectivamente se celebró la correspondiente subasta en que se remató la finca hipotecada y, en su caso, las fechas en que se celebraron las anteriores y la circunstancia de haber quedado desiertas por falta de licitadores, resolviendo el Centro Directivo en el sentido de que tales extremos escapan a la calificación registral, declarando lo siguiente:

«...no puede el Registrador revisar la legalidad de aquellos trámites procesales prevenidos para el concreto procedimiento seguido que no estén directamente encaminados a hacer efectivo ese derecho de intervención conferido a los titulares registrales... respecto de los cuales, y al efecto de posibilitar la inscripción registral, ha de ser suficiente la genérica afirmación contenida en el auto calificado del cumplimiento de todos los requisitos legalmente previstos; y ello sin perjuicio de la repercusión que su omisión o indebida realización tengan en el procedimiento seguido, omisiones o defectos que habrían de ser hechos valer no por el Registrador, sino por la parte a quien incumba y a través de los medios procesales al efecto previstos...»

Conviene recordar aquí que el artículo 691.5 prevé la posibilidad de que en este tipo de proceso de ejecución se utilice también la realización mediante convenio y la realización por medio de persona o entidad especializada reguladas en las secciones 3.^a y 4.^a del Capítulo IV, del Título IV, y tal forma de realización debería constar en el testimonio del auto de adjudicación.

G) Otra circunstancia que debería contener el auto de adjudicación testimoniado es la relativa a la SITUACIÓN ARRENDATICIA de la finca; esto es, si la finca enajenada judicialmente se encuentra o no arrendada.

En relación con esta materia y en íntima conexión con ella, se encuentra la problemática de la hipoteca constituida sobre finca ya arrendada y la del arrendamiento posterior a la hipoteca inscrita, esto es, y en relación con esto último, el problema de la subsistencia o no de los arrendamientos posteriores a la hipoteca, centrándose la cuestión en si procede o no la purga de tales arrendamientos.

a) Constancia de la situación arrendaticia

A propósito de la constancia de la situación arrendaticia, cabe reiterar lo expuesto con anterioridad al tratar la problemática de la subasta en el que hacíamos referencia al artículo 661 de la nueva LEC, en relación con el apartado 3 del artículo 675 de la misma (comunicación de la ejecución a arrendatarios y a ocupantes de hecho y publicidad de la situación posesoria en el anuncio de la subasta).

Cabe decir en esta materia que el apartado 5 del artículo 25 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, lo mismo que hiciera el artículo 65 de la Ley de 1964, declara lo siguiente:

«Para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones previstas en los apartados anteriores, con los requisitos en ellos exigidos».

Ello ha supuesto que en el ámbito de la calificación registral se exija la acreditación del extremo referente a la situación arrendaticia de la finca adjudicada.

A este respecto, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha dictado varias Resoluciones relativas a la constancia en el título inscribible del requisito relativo a la manifestación de la situación arrendaticia de la finca adjudicada, a fin de cumplir la garantía fundamental de los derechos, en su caso, de adquisición preferente que los arrendatarios tienen en relación con dicho tipo de transmisiones; máxime cuando, por regla general, no existe normalmente en los autos una declaración expresa y específica relativa a la

libertad de arrendamientos del inmueble. Cabe citar así las *Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987 y de 5 de noviembre de 1993* (164). La propia Dirección General ha reiterado ante el problema formal de cómo hacerse constar la libertad de arrendamiento de la finca para que la inscripción pueda realizarse que, dadas las peculiaridades de la adquisición en virtud de ejecución forzosa, no debe exigirse estrictamente que sea el transmitente el que haga esa declaración, pues la adquisición del adjudicatario no se verifica por un acto de voluntad del que hasta entonces era propietario de la finca, sino por un acto de autoridad; debiendo bastar en estos supuestos la declaración de que el inmueble no está arrendado, realizada por el nuevo propietario, «bien en las actuaciones judiciales, bien en acto posterior» (a través de acta notarial, o bien mediante instancia con firma legitimada notarialmente o firmada y ratificada ante el Registrador).

Ese problema de la dificultad de la manifestación sobre la situación arrendaticia de la finca adjudicada, fue puesta ya de manifiesto en una mesa informativa que se celebró en la Audiencia Territorial de Valencia entre varios Jueces, Magistrados y Registradores de la Propiedad, en la que, entre otros acuerdos, se adoptó, de una parte, por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial la remisión de dichos acuerdos a las distintas Audiencias Territoriales y, de otra, por el Colegio de Registradores de la Propiedad, su remisión a sus entonces Delegados Territoriales; acuerdos que eran en total catorce, siendo la undécima cuestión la relativa, entre otros extremos, a la manifestación de no estar arrendada la finca, pues su omisión suspendía la inscripción de la —entonces— escritura de venta judicial en procedimiento de apremio, llegándose a la conclusión de que «únicamente se haría constar que el adquirente, si así lo dice, pone de relieve que no le consta la existencia de arrendamientos». El contenido de dichas conclusiones «no tenía carácter vinculante, pero sí claramente orientativo con respecto a la forma de resolver los muchos asuntos que se producen a diario entre la Administración de Justicia y los Registros de la Propiedad y Mercantiles» (165).

La conclusión a la que allí se llegó no era muy convincente, a nuestro entender, pues parecía ser que se dejaba al arbitrio del adquirente manifestar o no la situación arrendaticia de la finca. Ya RUIZ ARTACHO, citado por VENTOSO ESCRIBANO (166), propuso en su día de que se permitiese al adquirente

(164) *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia*.

(165) *BCRE*, núm. 232, correspondiente al mes de marzo del año 1987, págs. 516 a 518.

(166) VENTOSO ESCRIBANO, ALFONSO, «El artículo 55.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en las ventas judiciales» (se refiere a la antigua LAU), en volumen IV del *Libro homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, publicado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pág. 867 de dicho volumen IV.

o «comprador» hacer tal manifestación, bien en la misma escritura, bien en otra separada o en acta notarial o incluso en documento judicial.

En todo caso, es necesario hacer dicha manifestación o declaración relativa a la situación arrendaticia del inmueble enajenado en ejecución forzosa, y, como muy bien afirma la *Resolución de 22 de marzo de 1999* (167), esa manifestación debe de ser incondicionada y ajustarse a los términos legales sobre la inexistencia de arrendamientos, toda vez que la transmisión forzosa en juicio ejecutivo de una vivienda está sujeta, en su caso, a retracto arrendaticio, no siendo suficiente la mera disposición a formular una manifestación al respecto ni siquiera una manifestación en la que tan sólo se declare que del procedimiento no se desprende que la finca esté arrendada. Así se pronuncia, en cuanto al extremo que aquí nos interesa, dicha Resolución:

«...Por todo lo anterior debe confirmarse el defecto señalado por el Registrador, al no poderse considerar realizada la manifestación de que se trata, ...mediante el escrito aportado por el representante de la entidad adjudicataria que, como se ha señalado, no contiene manifestación alguna sobre la situación arrendaticia, sino sólo una disposición a formular una manifestación que, además, no sería la exigida legalmente, esto es, afirmación incondicionada de inexistencia de eventuales arrendatarios, y no una mera alegación de que del procedimiento no resulta tal existencia...»

Se ha discutido sobre la conveniencia de que en el procedimiento de ejecución se articulase el ejercicio por el arrendatario de su derecho de preferente adquisición. FUENTES LOJO es partidario de que se suspenda la aprobación del remate o de la adjudicación hasta que transcurra el plazo para el ejercicio del tanteo. En cambio GARCÍA GARCÍA (168), se manifiesta en sentido contrario, por entender que ello debería ser objeto de pacto entre el arrendatario y adjudicatario y si no, debería acudir este último al pertinente juicio declarativo o al especial de retracto.

En esta materia cabe destacar la importante *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de octubre de 1999* (169): el supuesto de hecho de la misma es un rematante en un procedimiento judicial sumario que reconoce que la finca estaba arrendada y solicita del Juez se requiera a la inquilina a fin de que pueda ejercer el retracto de la vivienda antes de proceder al auto de adjudicación, la cual manifiesta su intención de ejercer dicho derecho por el precio de adjudicación de la vivienda, adjuntado

(167) Resolución de la DGRN de 22 de marzo de 1999. *BCRE*, núm. 48, correspondiente al mes de mayo de 1999, págs. 1234 a 1236.

(168) GARCÍA GARCÍA, J. M., Obra antes citada, *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, págs. 295 y 296.

(169) *BOE*, núm. 257, de 27 de octubre de 1999, págs. 37570 y 37571.

el correspondiente contrato de arrendamiento, consignándose dicho precio. El Juez dicta auto teniendo por bien hecha la consignación y por subrogada a referida inquilina en los derechos dominicales sobre la finca, decretando la expedición del testimonio del auto de adjudicación a favor de la misma. El Registrador deniega la inscripción de dicho testimonio por no ser el procedimiento judicial sumario el adecuado para ventilar las cuestiones relativas al retracto arrendaticio.

La Dirección General resuelve en el sentido siguiente:

«...es claro que la cuestión debatida no está incluida en el ámbito de la calificación registral, pues, ni hay incumplimiento de trámites esenciales establecidos en beneficio de titulares registrales, ni cabe hablar de inadecuación del procedimiento, toda vez que en virtud del retracto arrendaticio hay una subrogación en la posición jurídica del adquirente (cfr. arts. 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y 1.521 y 1.521 del Código Civil), y por ende, nada obsta a que el auto de aprobación del remate se otorgue directamente a favor del retrayente, previa constancia del ejercicio del retracto que, por lo demás, ha sido aceptado por el retraído.»

b) Hipoteca constituida sobre finca ya arrendada

Siguiendo la distinción que hace PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (170), podemos diferenciar entre arrendamientos sujetos al Código Civil y arrendamientos sujetos a la legislación especial.

En cuanto a los sujetos al Código Civil, rige la regla general del principio «venta quita renta», por lo que el rematante o adjudicatario tendrá derecho a que concluya el arrendamiento vigente. Pero hay una excepción: que ese derecho deja de ser tal si el arrendatario ha inscrito su título de arrendamiento con anterioridad a la hipoteca, en cuyo supuesto continuará la situación arrendaticia por el tiempo que se hubiere estipulado.

En el supuesto de que se trate de arrendamientos sujetos a leyes especiales, cabe distinguir:

Que el arrendamiento esté concertado al amparo de lo dispuesto en la antigua Ley de Arrendamientos Urbano de 1964 o a la Ley de Arrendamientos Rústicos: en tales supuestos el rematante o adjudicatario, como adquirente que es, se subrogará en los mismos derechos y obligaciones que tenía el arrendador, incluso, como afirma a propósito de los arrendamientos rústicos el artículo 74 de su Ley reguladora, «aun cuando el adquirente estuviere amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

(170) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *ob. cit.*, págs. 181 y sigs.

En el supuesto de que se trate de arrendamientos sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, la regla general es que el arrendamiento anterior a la hipoteca continúa subsistente. Pero tenemos que distinguir según sean arrendamientos de vivienda o para uso distinto del de vivienda, y según se hallen inscritos o no.

Si es para uso de vivienda y el arrendamiento es anterior tanto en el tiempo como en su inscripción a la inscripción del derecho real de hipoteca, el rematante o adjudicatario derivado de la enajenación directa del bien hipotecado no será tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y por lo tanto, el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada en el arrendamiento, aun cuando la misma fuese superior a cinco años (v. art. 14 LAU). Y si el arrendamiento, aun siendo posterior en el tiempo, se inscribe antes que la hipoteca (principio de prioridad registral), no cabe que el titular registral posterior alegue preferencia de su derecho sin dirigirse antes contra las titularidades derivadas de la relación arrendaticia —v.gr., por posible fraude o estafa— (v. art. 13 LAU). Si se dirige, pues, contra el asiento que causó el arrendamiento, el mismo deberá ser soportado por el rematante o adjudicatario, salvo que el arrendamiento se hubiese concertado por plazo no superior a cinco años y dicho plazo hubiese ya expirado.

Si se trata de arrendamiento de vivienda por plazo inferior a cinco años o por plazo superior, pero no se ha inscrito el mismo en el Registro, el adquirente por enajenación forzosa deberá soportar el arrendamiento con dicha limitación temporal (cinco años), pero no por más.

Si es para uso distinto del de vivienda, y el arrendamiento se ha inscrito en el Registro con anterioridad a la hipoteca, entendemos, con DE LA PUENTE ALFARO (171), que el adquirente en enajenación judicial de la finca hipotecada se verá subrogado en la posición jurídica del arrendador porque al ser anterior la inscripción del arrendamiento a la hipoteca de que trae causa su adquisición, se le opone con la fuerza que resulta de los propios asientos del Registro (v. art. 29 LAU). Por lo tanto, puede ocurrir que el adquirente, en tal caso, deba de soportar el arrendamiento inscrito con anterioridad y cuya duración puede, incluso, ser superior a cinco años.

A este respecto, PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS (172) critica este agravio comparativo que va en detrimento del arrendamiento de uso distinto del de vivienda en comparación con el arrendamiento de vivienda. Y así afirma:

«...Ciertamente, tratándose de arrendamientos de vivienda, los términos del artículo 13.1 LAU podrían dar la impresión de que la ejecución hipote-

(171) DE LA PUENTE ALFARO, FERNANDO, *El arrendamiento urbano frente a terceros. La oponibilidad del arrendamiento. Los artículos 13, 14 y 29 de la LAU*. Editorial Bosch, Barcelona, 1996, págs. 216 y 217.

(172) PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, MANUEL, *ob. cit.*, pág. 182.

caría produce, como regla —que es confirmada por la excepción que el mismo precepto señala—, la extinción del arrendamiento de vivienda (si bien continuará hasta cumplir el mínimo de los cinco años de vigencia). De este modo, la Ley especial se aproximaría a las soluciones que el Derecho común (el del Código Civil), da para el caso de enajenación de finca arrendada. Ahora bien, la debida interpretación del artículo 13.1 LAU descarta esta solución. ¿Por qué había de tener el arrendatario de vivienda como regla peor trato —se produce la extinción—, que el arrendatario de local para uso distinto —no se produce la extinción— (comp. art. 29 LAU)?...»

Cabe precisar, por último, como muy bien afirma PAU PEDRÓN (173), en cuanto a los arrendamientos que figuran inscritos, que el adquirente de la finca cuyo arrendamiento figura inscrito anteriormente en el Registro, se subroga propiamente en el mismo, pero con la extensión que resulta de los asientos registrales correspondientes. Como dice PAU:

«...como consecuencia del principio de oponibilidad, el adquirente de un inmueble arrendado se subroga en el arrendamiento con la extensión que figura en el Registro. O, para decirlo con terminología más precisa: el adquirente no se subroga en sentido estricto en el arrendamiento, sino que el arrendamiento le es oponible. La subrogación se produce en los términos del contrato; la oponibilidad se produce en los términos del asiento. Este criterio lo confirma la LAU: habla de "...subrogación en los derechos y obligaciones del arrendador", cuando se trata de arrendamiento no inscrito, y utiliza las expresiones "soportar el arrendamiento" y "continuará el arrendamiento cuando se trata de arrendamiento inscrito"...»

c) Subsistencia o no del arrendamiento de finca hipotecada con anterioridad

En un principio, había autores como AVILA NAVARRO, LASARTE ALVÁREZ, GARCÍA GARCÍA que defendían la purga respecto de estos arrendamientos. En idéntico sentido había jurisprudencia de nuestro *Tribunal Supremo*: así, entre otras, la de 31 de octubre de 1986 (174), que se basaba para sostener la extinción de la relación arrendaticia en la regla 8.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria interpretado *a contrario sensu*, pues si el licitador ha de subrogarse en todas las cargas o gravámenes preferentes a la hipoteca, no debe de correr igual suerte respecto de las cargas o gravámenes que sean posteriores;

(173) PAU PEDRÓN, ANTONIO, *La protección del Arrendamiento Urbano*. Cuadernos Civitas. 1995, pág. 56. Opinión que es recogida igualmente por DE LA PUENTE ALFARO, en *ob. cit.*, pág. 27.

(174) *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia*.

la de 23 de diciembre de 1988 (175), que declaró que «...al cancelarse en el auto de adjudicación con eficacia *erga omnes* todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca, no debe hacerse de mejor condición un mero derecho personal...». En idéntica dirección apuntan la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1989 (176).

Frente a esta línea argumental, había también algunos autores que mantenían la subsistencia de la situación arrendaticia, como VICENTE TORRALBA, y sentencias de dicho Tribunal Supremo. Dicha línea jurisprudencial se inicia con la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1968, y continúa con la de 9 de junio de 1990, defensora de la subsistencia de un arrendamiento rústico posterior a la hipoteca. Con posterioridad se han dictado por dicho Tribunal en igual sentido argumental las de 23 de febrero de 1991, 6 de mayo del mismo año, la de 23 de junio de 1992 y la de 9 de mayo de 1996 (177). La sentencia mencionada del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1968 (178) se expresaba de la siguiente forma:

«...la legislación especial de alquileres no es un derecho positivo normal, sino excepcional y de emergencia, cuya finalidad es la de proteger en el grado máximo posible al inquilino o arrendatario y, al efecto establece como principio fundamental y más importante de todos la prórroga forzosa para el arrendador, principio que no puede quedar enervado por la consideración de aquellos otros que son propios del derecho privado tradicional, ni por lo tanto en este caso, por la aplicación de la regla 17 del artículo 131 de la LH, la interpretación contraria conduciría a un resultado diametralmente opuesto al querido por la Ley Especial...»

Por su parte, las sentencias aludidas de 23 de febrero de 1991 y 9 de mayo de 1996 sostienen la naturaleza del arrendamiento como derecho personal, por lo que el mismo debe de estar excluido de la cancelación de aquellas inscripciones y anotaciones posteriores a que se refiere la regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, aún vigente. Consecuencia de ello: el arrendamiento goza de mayor protección que un derecho real, por lo que si el arrendamiento no se inscribe está más protegido que aquel otro que sí se inscribe. Exponen dichas sentencias:

«...a tenor del artículo 131 de la LH, regla 17, afecta solamente, según dicha norma, a las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ha realizado; pero de ahí no deriva que haya de afectar

(175) BDA de Jurisprudencia.

(176) BDA de Jurisprudencia.

(177) Sentencias del TS de 23 de febrero y 6 de mayo de 1991, y 23 de junio de 1992 y 9 de mayo de 1996, en BDA de Jurisprudencia.

(178) Sentencia del TS de 19 de febrero de 1968. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, año 1968. Tomo XXXV. Aranzadi, 1.^a edición. Referencia 1153.

a derechos personales que no hayan tenido acceso al Registro de la Propiedad como es el derecho de arrendamiento litigioso...»

Cabe citar en toda esta problemática la famosa sentencia del *Tribunal Constitucional de 16 de enero de 1992* (179) en materia de colisión del derecho de hipoteca con arrendamiento posterior, que declaró que el arrendatario de la finca hipotecada no puede ser privado de su derecho al arrendamiento sino por los trámites del juicio declarativo correspondiente, recogiendo en tal sentencia la doctrina del Tribunal Supremo favorable a la subsistencia de la relación arrendaticia, si bien no entra en cuestiones de legalidad ordinaria, proponiendo la reforma del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Entre otras cosas, dice dicha sentencia:

«...que en este concreto supuesto la resolución judicial dictada en el trámite último del procedimiento sumario hipotecario, en cuanto impone el desalojo y lanzamiento de la actual arrendataria, sin que ésta haya podido hacer valer sus derechos e intereses ante los órganos jurisdiccionales vulnera la garantía constitucional contenida en el artículo 24.1 de la CE, dando lugar a un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa de la demandante...»

No se trata aquí de terciar en la cuestión que corresponde dirimir a la jurisdicción ordinaria de saber si la ejecución hipotecaria extingue el arrendamiento que se concertó con posterioridad a la constitución del derecho real de hipoteca o, si por el contrario, la relación arrendaticia es compatible y mantiene su eficacia frente al adjudicatario de la finca es... cuestión ésta de legalidad ordinaria en la que, por cierto, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por realzar la fuerza del vínculo arrendaticio...

...lo que corresponde a este Tribunal, sin lugar a dudas, es la tutela del derecho fundamental de quien, sin poder defender sus derechos en un procedimiento en el que no está expresamente prevista su intervención, resulta gravemente perjudicado al verse despojado, sin posibilidad de contradicción...

...El desalojo y lanzamiento de la recurrente de la vivienda que ocupa requiere, pues, como exigencia constitucional, que sea oída y vencida en un procedimiento contradictorio... No ocurrió así en el presente caso, porque el procedimiento especial y sumario, según razonan las providencias impugnadas, no lo permitía, y de ahí que no fuera tenido como parte en el mismo...

En consecuencia la cuestión del lanzamiento de la arrendataria por el nuevo propietario deberá ser resuelta en un nuevo proceso ordinario en la que la hoy recurrente de amparo sea parte y tanto ella como la entidad adjudicataria hagan valer sus derechos... El legislador podrá (y quizá convenga que lo haga) introducir una nueva previsión en el proceso del artícu-

(179) *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia.*

lo 131 de la Ley Hipotecaria que permita la comparecencia en él con igualdad de armas procesales del arrendatario de la finca hipotecada...»

A este respecto, hemos de decir que la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, no ha colocado la ejecución hipotecaria del bien arrendado en el párrafo segundo de su artículo 13, de manera que todo arrendamiento inscrito con posterioridad a la hipoteca se cancela. Por el contrario, el legislador ha preferido declarar, si bien limitadamente, la subsistencia del arrendamiento posterior a una hipoteca previa. En este sentido, DE LA PUENTE ALFARO (180), con base en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, distingue entre los arrendamientos de vivienda y los arrendamientos de uso distinto del de vivienda. Por su interés, reproducimos su opinión al respecto:

En relación a los primeros, declara:

«Hipotecariamente el efecto de la ejecución de la hipoteca llevará a la cancelación o no del arrendamiento inscrito con posterioridad si del Registro resulta o no que han transcurrido los cinco primeros años de vigencia del derecho con la salvedad respecto a los arrendamientos con comienzo diferido del artículo 9 y a aquéllos con plazo suspendido del artículo 26 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, siempre que en el Registro consten ambas circunstancias...»

Y sigue opinando este mismo autor en cuanto a la oponibilidad frente a todos del arrendamiento de vivienda urbana y su subsistencia a pesar de la ejecución hipotecaria:

«...La Ley de Arrendamientos Urbanos ha resuelto el tema de la subsistencia del arrendamiento a la ejecución hipotecaria, siquiera en los limitados términos del artículo 13.1 de su articulado. La cuestión se centra, por tanto, en si subsiste o no el derecho del arrendatario a permanecer en la vivienda frente al adjudicatario de la subasta, siendo la respuesta negativa para el caso de que haya transcurrido el plazo de cinco años a que hace referencia el artículo 131 de la Ley de 1994 y positiva en caso contrario...»

Si el arrendamiento inscrito no ha cumplido el plazo de cinco años, el Juez no entregará más posesión que la mediata y salvará la cancelación del asiento del Registro.

Si el arrendamiento posterior se inscribió en el Registro de la Propiedad y queda extinguido por transcurso del plazo, no ha lugar a discutir sobre su subsistencia o no, porque tal circunstancia es directamente apreciable por el juzgador confrontando los asientos del Registro de la Propiedad y la fecha del auto de adjudicación. En tal circunstancia no hay posibilidad de alegar indefensión porque, como expresan las sentencias... de 24 de enero y 9 de

(180) DE LA PUENTE ALFARO, FERNANDO, *ob. cit.*, págs. 113 y sigs.

mayo de 1995, el juez puede apreciar prima facie la inoponibilidad del derecho dentro de la propia providencia de entrega de posesión del artículo 131 de la Ley Hipotecaria sin necesidad de acudir a ningún otro procedimiento. El Juez decretará la cancelación en el Registro de la Propiedad y así lo hará constar el Registrador.

Al estar inscrito, además, habrá recibido las notificaciones previstas en la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, por lo que podrá haber realizado ante el Juzgado las alegaciones que estime oportunas. Dichas alegaciones no están previstas en el articulado de la ley y son contrarias a la naturaleza sumaria del proceso pero... el Tribunal Constitucional admite sin reservas su existencia cuando de ellas puedan derivarse efectos contrarios al principio de tutela judicial efectiva.

Puede que en este caso el arrendatario se persone... para afirmar que el arrendamiento no debe extinguirse como consecuencia de la adjudicación al estar en prórroga, por estar o haber estado en suspensión o por haberse demorado la entrega de la vivienda...

...Si está en prórroga por encima de los cinco años, tal manifestación debe de ser obviada por el Juez... toda vez que del artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos resulta que la prórroga no puede oponerse a tercero frente a quien la duración máxima del arrendamiento es la legal del propio precepto.

Si alega... que el arrendamiento ha estado en suspensión, como consecuencia de darse alguno de los supuestos del artículo 26 de la Ley, el Juez debe de abstenerse de entregar la posesión inmediata al adjudicatario, pues entonces de los propios autos resultará que no es posible una determinación inmediata de si el arrendamiento debe subsistir o no remitiéndose para ello al procedimiento correspondiente.

Si alega que el plazo no se ha cumplido, el Juez no debe entregar la posesión y remitir al procedimiento correspondiente.

Si el arrendamiento posterior nunca llegó a inscribirse, el funcionamiento de la ejecución hipotecaria se verá afectado por dicha circunstancia en el sentido de que el Juez no tendrá constancia de la existencia del arrendamiento, ni mucho menos de su duración, circunstancias que tendrán que ser alegadas por el arrendatario en el momento que conozca la existencia del procedimiento sumario y que aquél deberá valorar en los términos vistos; señaladamente deberá tener en cuenta la existencia del arrendamiento si del título presentado resulta su subsistencia y no tenerla en caso contrario. La falta de inscripción del arrendamiento puede producir una situación más ventajosa al arrendatario, pues ya no existirá un pronunciamiento tabular que especifique el día del comienzo del cómputo del arrendamiento.

Desgraciadamente es un efecto derivado de la oponibilidad del arrendamiento, esté o no inscrito, que ya se producía en relación a los arrendamien-

tos sujetos a la Ley de 1964, y que no tiene solución, pues los jueces, ante la falta de datos incuestionables, deberán remitirse casi siempre al procedimiento declarativo obviando la entrega de la posesión...»

Respecto de los arrendamientos de uso distinto del de vivienda, manifiesta (181):

«...La Ley de Arrendamientos Urbanos al no establecer privilegio alguno para los arrendamientos para uso distinto del de vivienda en relación a la ejecución hipotecaria, no permite albergar dudas sobre si el derecho del arrendatario debe subsistir o no a la ejecución, aplicándose el principio general de purga. Intimamente ligado con lo anterior y de conformidad con la doctrina de las sentencias del Tribunal Constitucional de fechas 24 de enero y 9 de mayo de 1995, el Juez puede apreciar, sin necesidad de ulterior procedimiento, si el arrendamiento para uso distinto del de vivienda ha de subsistir o no a la ejecución, por lo que puede entregar directamente la posesión al adjudicatario... con sólo comprobar que el arrendamiento no está inscrito o que su inscripción es posterior a la de la hipoteca.

Como respecto de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda no existe precepto alguno que los haga oponibles frente a titulares de hipoteca anteriores no debe existir duda alguna en la aplicación de las reglas generales del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (se refiere a la antigua, todavía vigente hasta la entrada en vigor de la nueva) relativos a la purga y a la entrega de la posesión (en igual sentido se pronuncia PAU PEDRÓN) (182).

Únicamente puede subsistir la duda en relación con los arrendamientos anteriores a la inscripción de la hipoteca que son inscritos con posterioridad o bien, sin ser inscritos, pretenden hacerse valer en el procedimiento... al solo efecto de evitar la entrega de la posesión.

Si el arrendamiento llegó a inscribirse, el arrendatario será notificado de la existencia del procedimiento y no podrá alegar indefensión, como tampoco podrá impedir la entrega de la posesión, pues su situación es exactamente igual a la de cualquier titular que inscribe «con retraso»: Cualquier alegación deberá ser hecha en el procedimiento declarativo que corresponda... sin que en ningún caso se suspenda la tramitación del procedimiento hipotecario.

(181) DE LA PUENTE ALFARO, FERNANDO, *ob. cit.*, págs. 223 y 224.

(182) PAU PEDRÓN, ANTONIO, *El nuevo arrendamiento urbano. Régimen civil y registral*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996, págs. 311 y 312. Esta cita a PAU PEDRÓN es del autor de este trabajo y no se encuentra en el texto transcrito por DE LA PUENTE ALFARO.

Si el arrendamiento para uso distinto del de vivienda no llegó a inscribirse, la situación es idéntica con la salvedad de que el arrendatario no puede alegar indefensión, ya que sólo a él puede achacársele tal situación...»

En relación con el arrendamiento inscrito, estimamos que si el arrendamiento se inscribió, una vez expedida la certificación de cargas de la hipoteca base de la ejecución, al igual que todo titular de derechos o cargas posteriores a dicha hipoteca, la nota marginal despliega los efectos propios de la notificación, por lo que no cabe alegar indefensión.

Entendemos, con GÓMEZ SALCEDO (183), que a la luz de la nueva regulación se pueden distinguir los siguientes casos:

a') *Arrendamientos de vivienda que tiene su origen después de la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, es decir, a partir de 1 de enero de 1995:* Se aplicaría el artículo 13.1 de la LAU, por lo que el arrendamiento no inscrito continuaría hasta que se cumpliesen los cinco años, pero si hubiese transcurrido dicho plazo entonces el arrendamiento se extinguiría.

b') *Arrendamientos para uso distinto del de vivienda posteriores a la entrada en vigor de la nueva LAU:* algunos autores piensan que lo procedente es la aplicación del artículo 29 de la LAU, que establece la subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que ese adquirente sea un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria; pero la generalidad de la doctrina entiende que ese precepto se refiere a los casos de enajenación voluntaria; además, el título III, relativo a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, no regula consecuencia alguna para los casos de resolución en caso de ejecución forzosa, ni siquiera hay remisión al respecto, por lo que procede aplicar supletoriamente la normativa del Código Civil (v. art. 4.3 de la LAU).

c') *Arrendamientos de vivienda o local de negocio suscrito con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985 (Decreto «Boyer»):* conforme a la Disposición Transitoria primera de la nueva LAU, producida la tácita reconducción del arrendamiento bajo la vigencia de la nueva Ley, ya el arrendamiento que ha sido renovado cae bajo su régimen, quedando, pues, sometido dicho arrendamiento al régimen antes expuesto bajo los números 1.º y 2.º inmediatamente anteriores. ¿Y si no se ha producido la tácita reconducción? Entonces la solución dista de ser sencilla y clara. El criterio jurisprudencial avalaría por la subsistencia de tales arrendamientos (si bien tales sentencias se dictaron sobre supuestos de arrendamientos anteriores a dicho Real Decreto-ley, y estaban sujetos al régimen de próroga forzosa, y eso no ocurre ahora).

(183) GÓMEZ SALCEDO, AGUSTÍN MANUEL, Trabajo ya citado en *Mesa Redonda sobre Ejecución Hipotecaria organizada por AUSBANC*, págs. 6 y sigs. de su trabajo.

En relación con los arrendamientos concertados al amparo del llamado «Decreto-Ley Boyer» (Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985), entiende PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (184) que cuando menos debería regir la doctrina de la resolución respecto de dichos arrendamientos, ya que se pudo pactar el arrendamiento en cuestión sin esa «supervivencia posterior» a la resolución del derecho del arrendador.

d') *Arrendamientos de vivienda o local de negocio anteriores a la entrada en vigor de dicho Real Decreto-ley*: dejando a salvo las excepciones que prevén las Disposiciones segunda y tercera, el arrendamiento se regirá por la LAU antigua de 1964 y, por tanto, subsistirá a la adjudicación, por lo que el adquirente de la finca ejecutada se subrogará en la posición jurídica del arrendador.

e') *Arrendamiento de finca rústica*: el artículo 28 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, de 4 de julio de 1995, ha modificado los plazos que preveían los artículos 25 a 30 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980, siendo ya la duración mínima de tales arrendamientos de cinco años, y rigiendo supletoriamente la LAR. Pero el artículo 78 de la LAR faculta, sin embargo, al adjudicatario de finca hipotecada para instar a resolución del arrendamiento de la finca hipotecada. Por lo tanto, a la luz de este precepto, parece ser que la ejecución extingue el arrendamiento con más de cinco años de vigencia. ¿Y si tiene menos duración? Entonces parece ser que el adjudicatario podrá pedir la resolución judicial del arrendamiento. Ahora bien, ¿en qué procedimiento? ¿en el mismo de la ejecución directa de los bienes hipotecados?

No obstante, hay que tener en cuenta la recientísima *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de febrero de 2000* (185), que trata sobre si deben o no cancelarse, en virtud del correspondiente mandamiento cancelatorio, los arrendamientos sobre fincas rústicas inscritas posteriormente a la hipoteca ejecutada en un procedimiento judicial sumario.

La Dirección General confirmó la nota de calificación, si bien en los términos de que no puede imponerse la subrogación prevista en el artículo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos al adquirente posterior a la celebración del contrato de arrendamiento, cuando deriva su adquisición de una enajenación forzosa del derecho del arrendador en virtud de una hipoteca anterior al mismo arrendamiento (arts. 13 y 78 de dicha Ley). Pero ello no quiere decir en modo alguno que la adjudicación produzca automáticamente la extinción de la relación arrendaticia, pues el artículo 78 de la Ley de Arrendamientos

(184) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *ob. cit.*, pág. 184.

(185) Resolución de la DGRN de 24 de febrero de 2000, publicada en el *BOE*, núm. 71, del día 23 de dicho mes y año, págs. 12290 a 12293.

Rústicos ofrece al adjudicatario la posibilidad de optar entre la extinción o subsistencia del arrendamiento, y de ahí que no sea bastante para la cancelación del arrendamiento posterior a la hipoteca, el simple mandamiento cancelatorio, pues debe de mediar la declaración de voluntad del nuevo dueño de resolver tal vínculo obligatorio.

f') *Resto de arrendamientos de fincas no sujetos a ninguna legislación especial* (v. art. 5 de la nueva LAU y 2 y 3 de la LAU de 1964): son los casos de plazas de garaje, solares: estarán sujetos al Código Civil, viniendo en aplicación lo establecido en su artículo 1.571.

Relacionado con lo anteriormente expuesto, cabe reiterar lo dicho al tratar la problemática de la subasta en el que hacíamos referencia al artículo 661 de la nueva LEC, en relación con el apartado 3 del artículo 675 de la misma.

B) *Circunstancias del mandamiento cancelatorio*

Por lo que se refiere al mandamiento cancelatorio, deberá contener las circunstancias antes referidas, en especial, los extremos antes aludidos consignados en el número 4.º del artículo 132 de la Ley Hipotecaria, y creemos que también el de su número 2.º, pues si vamos a cancelar las cargas o gravámenes e inscripciones no preferentes de terceros posteriores a la hipoteca comprendidos en la certificación (pues los posteriores a la misma se entienden notificados por la nota marginal de su expedición) en virtud de dicho mandamiento, lo lógico es que también en dicho título se haga constar que se ha notificado la existencia del procedimiento a dichos acreedores y terceros cuyo derecho haya sido inscrito o anotado con posterioridad a la hipoteca.

Por eso declara el artículo 134 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción dada por la Disposición Final novena, número 9, de la nueva LEC, en su párrafo primero:

«El testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas determinarán la inscripción de la finca o derecho a favor del adjudicatario y la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas, sin excepción, incluso las que se hubiesen verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento...»

Una duda que surge es la siguiente: *¿Se entenderá vigente el artículo 233 del Reglamento Hipotecario en cuanto a la referencia individualizada de las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca que se ejecuta comprendidas en la certificación de dominio y cargas?* No olvidemos que las notificaciones a esos titulares las va a realizar el propio Registrador, el cual debe

de hacer constar a la hora de expedir la certificación de cargas que ha efectuado dichas notificaciones, debiendo especificar que han quedado notificados los titulares de cargas o derechos reales posteriores a la hipoteca que se relacionan en la aludida certificación de cargas. ¿Será, por tanto, un requisito innecesario la exigencia individualizada en el mandamiento de los asientos a cancelar cuando es el propio Registrador el obligado a efectuar las expresadas notificaciones y no la autoridad judicial? La verdad es que no son pocas las ocasiones en que se produce alguna fricción jurídica con los Juzgados sobre esta materia.

El artículo 233 del Reglamento Hipotecario se refería a la regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, regulador del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, cuyo último artículo citado desaparecerá a la entrada en vigor de la Ley, quedando derogado dicho artículo al que se le ha dado, además nueva redacción, referente a la cancelación de las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras no basadas en las causas de suspensión del procedimiento. Lo que está claro es que el nuevo artículo 134 de la Ley Hipotecaria no exige referencia individualizada de tales inscripciones o anotaciones (número o letra, folio o tomo donde consten).

El último párrafo de dicho artículo 134 de la Ley Hipotecaria consagra, sin embargo, una *excepción a las inscripciones o anotaciones posteriores a la hipoteca que deberán cancelarse: las declaraciones de obras nuevas y divisiones horizontales posteriores*, cuando de la inscripción de la hipoteca resulte que ésta se extiende por ley o por pacto a las nuevas edificaciones. Lo que está en íntima conexión con los artículos 109 a 112 de la Ley Hipotecaria.

Por lo demás, deberán expresarse en el correspondiente mandamiento cancelatorio las demás circunstancias que la legislación hipotecaria exige para el despacho de la cancelación (v. art. 674.2, último párrafo de la nueva Ley Procesal).

Por último, y en relación con la cancelación de las cargas posteriores a la hipoteca respecto de las cuales se plantea su cancelación, sólo apuntaremos aquí, por no tener este trabajo las pretensiones de un estudio exhaustivo sobre la materia, que toda inscripción posterior a la hipoteca que no perjudique a la misma no debe de ser cancelada. Así lo afirma GARCÍA GARCÍA (186), y entre cuyos casos se cita:

- a) La inscripción de un exceso de cabida (art. 215, párrafo primero del Reglamento Hipotecario).
- b) La edificación realizada por tercer poseedor, incluso con pacto de extensión de la hipoteca a tal edificación, pues en tal supuesto viene

(186) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, págs. 287 y 288.

en aplicación lo preceptuado en el artículo 113 de la Ley Hipotecaria, de tal modo que el rematante hace suyo incluso lo edificado, y el tercer poseedor sólo tendrá derecho a cobrar el crédito que existe a su favor por la edificación que el mismo realizó, con preferencia del importe del remate.

- c) La inscripción de modificación de una hipoteca anterior, practicada después de la hipoteca ejecutada, pues o bien se ha practicado con consentimiento del acreedor hipotecario que ejecuta la hipoteca posterior, o bien esa modificación no perjudicaba en nada, a criterio del Registrador, esa hipoteca ulterior que posteriormente se ha ejecutado.
- d) No podrán ser cancelados los asientos posteriores a la hipoteca, pero que deriven o traigan causa de otros asientos anteriores a la misma. Así ocurre en el caso de ejercicio de opción o condición resolutoria pactados e inscritos antes de la inscripción de hipoteca y ejercitados con posterioridad a la misma.
- e) Respecto de las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución, quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. Así se pronuncia abiertamente el nuevo artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción dada por la Disposición Final novena, número 6, de la LEC. *A contrario sensu*, por tanto, no se podrá cancelar dicha anotación de demanda si se encuentra comprendida dentro de la expedición de certificación referida. Profundizaremos un poco más en esta materia a continuación, al tratar las causas de suspensión del procedimiento y la posibilidad de reclamaciones en el correspondiente juicio declarativo ordinario.

Se podría aludir a la quiebra y a los créditos singularmente privilegiados, pero ello desbordaría con creces (como así está ocurriendo incluso con lo hasta ahora expuesto), el ámbito y pretensiones de este trabajo.

Decir tan sólo, con respecto a esta última materia, lo siguiente:

A') Quiebra

Que la regla general, y por razón del principio de accesoriedad, es que quedan paralizados y acceden a la quiebra todas las acciones y procesos que se estuviesen ejercitando de forma individual o que estuviesen promovidos por los acreedores contra el quebrado. Así lo ha declarado el *Tribunal Supremo* en diversas sentencias, como la de 26 de mayo de 1984, en que se decla-

raba acumulable a la quiebra un juicio ejecutivo, aunque ya hubiese recaído sentencia firme y se encontrase en apremio (v. *sentencias del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1971 y 30 de enero de 1978*). Sin embargo, también dicho Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que no procede la acumulación si los juicios ordinarios están concluidos para sentencia, como así lo ha manifestado en su sentencia de *5 de febrero de 1976*, y con mucha más razón cuando dicha sentencia se ha dictado y es firme, como reconocen las sentencias de tan Alto Tribunal de *27 de septiembre de 1971 y 26 de marzo de 1985*; sentencias todas ellas citadas y que aparecen recogidas por JOSÉ RAMÓN FERRÁNDIZ GABRIEL, en su trabajo «El procedimiento judicial en relación con las quiebras» (187).

Sin embargo, cuando la ejecución es la hipotecaria, tal regla general no rige, y algún sector doctrinal distingue dos supuestos, según citado autor FERRÁNDIZ GABRIEL:

1.º *Que el procedimiento de ejecución hipotecaria se encuentre ya iniciado en el momento de dictarse el auto de declaración de quiebra del deudor o del tercer poseedor*: en tal caso no hay acumulación, puesto que el acreedor hipotecario tiene reconocida su facultad para ejecutar separadamente, y por lo tanto, no queda sujeto a las normas de la *pars conditio creditorum*.

No obstante ello, nos encontramos con el artículo 878 del Código de Comercio, relativo a la retroacción de la quiebra y que declara nulos «todos los actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra». La jurisprudencia, en un principio, vino a declarar la nulidad absoluta de tales actos, no sólo frente al quebrado y a quien contrató con él, sino también frente a los acreedores (*sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1969, 21 de junio del mismo año, 25 de mayo de 1961, 22 de febrero de 1963, 7 de marzo del mismo año, 28 de enero y 22 de marzo de 1985, 15 de noviembre de 1991, 19 de diciembre de 1991, 12 de marzo de 1993*). Incluso tal nulidad ha afirmado el Tribunal Supremo que se extiende a los préstamos hipotecarios concertados por el quebrado afectados definitivamente por la retroacción (*sentencias de 20 de febrero de 1974 y 24 de octubre de 1989*).

Pero lo expuesto tiene sus matizaciones. Así, una sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 11 de octubre de 1985, negó la acumulación del procedimiento de ejecución de la hipoteca al de la quiebra, a pesar de afectarle la retroacción, dado el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca y su fuerza legitimadora, lo que determina la subsistencia de tal asiento mientras en el pertinente proceso no se declara su nulidad con citación de su titular

(187) FERRÁNDIZ GABRIEL, JOSÉ RAMÓN, *El procedimiento judicial en relación con las quiebras. Problemas derivados del privilegio de ejecución aislada*. Trabajo publicado en la obra antes citada, *Práctica hipotecaria*, núm. 2, págs. 90 y 91.

registral. Ello no hace sino confirmar el criterio de la propia *Dirección General de los Registros y del Notariado en sus Resoluciones de 7, 8 y 14 de noviembre de 1990*, comentadas por GÓMEZ GÁLIGO (188), y cuyo resumen es el siguiente:

«Son requisitos para que proceda la cancelación de los asientos registrales como consecuencia de la declaración de quiebra, los siguientes:

a) Acción de nulidad en juicio declarativo con demanda al titular registral (RDGRN de 7/11/1990).

b) Que el titular registral no sea subadquirente protegido por la fe pública registral (RDGRN de 26/1/1986).

c) Que la sentencia sea firme (RDGRN de 24/1/1979).

d) Que el asiento solicitado sea de cancelación, no siendo viable la anotación preventiva de la fecha de retroacción de modo autónomo, dado el criterio de numerus clausus en materia de anotaciones preventivas (RDGRN de 24/1/1979).

e) Que se aporte como documento complementario el mandamiento ordenando la cancelación, un testimonio de la sentencia de la declaración de quiebra, sin que sea suficiente la referencia a la misma en el mandamiento de cancelación (RDGRN de 28/2/1977).

f) Que se ordene expresamente la cancelación de los asientos registrales afectados por la retroacción por referencia al número de finca, tomo y libro del Registro (RDGRN de 28/2/1977 y 7/11/1990).

Entre tanto, la inscripción del auto de declaración de quiebra con fijación del período de retroacción no tiene otro alcance que hacer constar registralmente tal declaración de quiebra “pero con la cualidad de por ahora y sin perjuicio de tercero” (RDGRN de 14/11/1990), ya que:

a) No impedirá la ejecución de hipotecas anteriores —aunque comprendidas en el período de retroacción— (RDGRN de 8 y 14/11/1990).

b) Tal ejecución quedará afectada, en su caso, si se declara la nulidad de la hipoteca (STS 1/2/1974).

c) Mientras tanto, la adjudicación derivada de la ejecución hipotecaria se inscribirá con arrastre de la carga de la declaración de quiebra por ser carga posterior preferente (RDGRN 14/11/1990)».

2.º Que la quiebra se haya declarado antes de la iniciación del procedimiento de ejecución directa de los bienes hipotecados:

(188) Dichas Resoluciones aparecen comentadas por GÓMEZ GÁLIGO en la *RCDI*, núm. 611, correspondiente a los meses de julio-agosto de 1992, págs. 1930 y sigs.

La doctrina discrepa. Así ROCA SASTRE y GARRIGUES, cuya opinión aparece recogida por FERRÁNDIZ GABRIEL (189), entienden que no cabe aquí la facultad de ejecución separada, entrando los bienes hipotecarios a formar parte de la masa de la quiebra, si bien los acreedores hipotecarios, una vez efectuado el reconocimiento y graduación, cobrarán según el orden de fechas de la inscripción de sus respectivos títulos, con los intereses pertinentes devengados hasta donde alcance la garantía. En cambio, RAMÍREZ y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, opinan en sentido contrario: así el primero dice que sólo se integrarán en la masa de la quiebra cuando resultando insuficiente la ejecución hipotecaria, pretendan los acreedores hipotecarios cobrar el resto; y el segundo, opina que el acreedor hipotecario, al ser titular de un crédito y a la vez de un derecho real de hipoteca, puede optar por integrarse en la masa de acreedores o bien ejecutar separadamente.

Lo cierto y evidente es que esta distinción entre procedimientos de ejecución hipotecaria anteriores o posteriores a la declaración de quiebra en los términos planteados es sumamente artificiosa. Y lo importante es que si una hipoteca consta inscrita en los términos que hemos dicho, hará que seguir la doctrina sentada por la Dirección General en los términos anteriormente relacionados.

Decir, por último, que la Disposición Final decimonovena establece que en el plazo de seis meses desde la fecha de entrada en vigor de la LEC, el Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales un proyecto de Ley Concursal; materia esta que parece dormir el «sueño de los justos» a la hora de que se afronte legislativamente su nueva regulación, y cuya publicidad registral había sido estudiada magistralmente, entre otros, por nuestro añorado compañero CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO (190).

B') Cancelación de anotaciones preventivas de embargo posteriores a la hipoteca, aunque el crédito garantizado sea privilegiado

La Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 22 de noviembre de 1988 (191), abordó esta materia: se trataba de un procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, en el cual, dictado el correspondiente mandamiento de cancelación de cargas, el Registrador denegó la cancelación de anotaciones posteriores, por ser de créditos salariales. Y el Centro Directivo resolvió revocando la nota de calificación, considerando inscribible

(189) FERRÁNDIZ GABRIEL, JOSÉ RAMÓN, *ob. cit.*, págs. 93 y 94.

(190) HERNÁNDEZ CRESPO, CARLOS, «Publicidad registral de la suspensión de pagos». *RCDI*, núm. 604, correspondiente a los meses de mayo-junio de 1991.

(191) Dicha Resolución aparece recogida por GÓMEZ GÁLLIGO, en su *ob. cit.*, *Aspectos registrales del procedimiento de ejecución hipotecaria*, pág. 110.

el testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento cancelatorio, pues la preferencia de créditos debe dilucidarse ante los tribunales de justicia y no en el procedimiento de ejecución del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, prevaleciendo la prioridad registral mientras no se haya sustanciado la correspondiente tercería, por lo que la ejecución hipotecaria determinará la cancelación de toda carga o derecho posterior no preferente.

Por último, precisar que cuando se presente en un solo documento el testimonio del auto de adjudicación y el correspondiente mandamiento cancelatorio, en ese caso, todas las circunstancias exigibles para el auto y el mandamiento por separado, deberán confluír, lógicamente, en dicho documento omnicomprendivo. En la práctica, ya con anterioridad al expedir el mandamiento, se reproducía en el mismo el testimonio del auto y se añadía a su pie las circunstancias exigidas en la anterior regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, con lo que así quedaba configurado el mandamiento. Como documento aparte y normalmente previo o simultáneo a la presentación del mandamiento cancelatorio, se expedía el correspondiente testimonio del auto de adjudicación de la finca.

XIV. CAUSAS DE SUSPENSION A LA EJECUCION. POSIBILIDAD DE RECLAMACIONES EN EL CORRESPONDIENTE JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO

Dice la Exposición de Motivos de la nueva LEC, entre otras cosas, en su apartado XVII:

«...La nueva regulación de la ejecución sobre los bienes hipotecados... supone un avance respecto de la situación precedente ya que... —entre otras razones—, se ordenan de manera más adecuada las actuales causas de suspensión de la ejecución, distinguiendo las que constituyen verdaderos supuestos de oposición a la ejecución (extinción de la garantía hipotecaria o del crédito y disconformidad con el saldo reclamado por el acreedor), de los supuestos de tercería de dominio y prejudicialidad penal, aunque manteniendo, en todos los casos, el carácter restrictivo de la suspensión del procedimiento».

1. CAUSAS DE SUSPENSIÓN Y CAUSAS DE OPOSICIÓN

El artículo 132 de la Ley Hipotecaria contemplaba (y aún contempla mientras el mismo esté vigente) las causas de suspensión del procedimiento judicial sumario, aludiendo, en su primer párrafo, a que el procedimiento judicial sumario no se suspenderá ni por la muerte del deudor o tercer posee-

dor, ni por la declaración de quiebra ni por el concurso de cualquiera de ellos, ni por medio de incidentes que los mismos pudieran promover o por quien o quienes se presentasen como interesados, para, a continuación, hacer relación de los casos de suspensión, a saber:

- 1.º Procesamiento criminal por querrela o auto de procesamiento sobre falsedad del título hipotecario.
- 2.º Interposición de tercería de dominio.
- 3.º Cancelación de la hipoteca en que se basa la ejecución, y
- 4.º Cuando la hipoteca estuviese constituida en garantía de cuentas corrientes y la libreta que presentase el deudor arrojase un saldo distinto del que resulte de la presentada por el actor.

El precepto concluye regulando la duración de la suspensión y la posibilidad de formular las demás reclamaciones a través del juicio declarativo pertinente, previendo la oportuna garantía y el modo de hacerse efectiva.

Pues bien, la nueva LEC dedica a esta materia los artículos 695 a 698 de su articulado. Así, el artículo 695 lleva por título «Oposición a la ejecución»; el artículo 696, «Tercería de dominio»; el artículo 697, «Suspensión de la ejecución por prejudicialidad penal», y el artículo 698, que se encabeza, «Reclamaciones no comprendidas en los artículos anteriores».

En cuanto a la muerte del deudor y la declaración de quiebra del mismo, no se contemplan especialmente dichos supuestos como causas de suspensión. Pero ello no quita ni añade nada a la regulación anterior, pues sino se contemplan específicamente como tales causas de suspensión es porque, evidentemente, no lo han sido antes ni tampoco lo son ahora.

Sin entrar en un análisis exhaustivo de dichas causas, la regulación de las mismas no deja de ser lo suficientemente clara, como así hubiera sido deseable. En efecto, dicho articulado rezuma cierta confusión entre las posibles causas de suspensión del procedimiento, que siempre son y deben de ser tasadas, y las causas de oposición que, por el contrario, no son tasadas, sino que deben de ser ilimitadas. En efecto, el artículo 695 parece confundir las causas de oposición con dos de las causas de suspensión; causas de suspensión que se ven luego ampliadas en el artículo 696 (interposición de tercería de dominio) y en el artículo 697 (prejudicialidad penal), todo lo cual denota cierta confusión en la materia que no se ve soslayada en la Exposición de Motivos, como hemos transcrito al comienzo de este epígrafe.

En igual sentido se pronuncia GARCÍA GARCÍA (192), quien declara:

(192) GARCÍA GARCÍA, J. M., Trabajo antes citado, *El Registro de la propiedad y los procedimientos de realización de la hipoteca. Dos enmiendas imprescindibles al proyecto de ley de enjuiciamiento civil*, pág. 21.

«...Por una parte, se confunden en el texto (se refiere al proyecto de ley) las causas de suspensión del procedimiento, que deben de ser, efectivamente, tasadas, para evitar que se dé al traste con el mismo; y por otro lado, las posibilidades de oposición, que deben de ser ilimitadas, pero que han de plantearse ante la jurisdicción civil ordinaria. Aquí, como resulta del vigente artículo 132 de la Ley Hipotecaria, que no se ha trasladado debidamente al texto del proyecto, no debe haber límite, pues si lo hubiera, el nuevo artículo 131 sería inconstitucional (ahora regulado como procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados con sus particularidades). Una vez más habría que recordar a los parlamentarios de 1909 y, sobre todo, a la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981, que salvó el procedimiento judicial sumario de la inconstitucionalidad, precisamente porque no había límite alguno en el planteamiento de cualquier cuestión ante la jurisdicción civil...»

Luego, sin embargo, el artículo 698 se refiere a las reclamaciones no comprendidas en los artículos anteriores, que son, en realidad, las posibilidades o causas propiamente dichas de oposición, en su esencia ilimitadas.

En relación con las causas de suspensión, cabe decir que, según sentencia de nuestro *Tribunal Constitucional de 2 de abril de 1986* (193), de la que fue ponente DÍEZ-PICAZO, sólo puede corresponder a la jurisdicción ordinaria conocer de la cuestión relativa a si el Juez puede paralizar el procedimiento sumario de ejecución sobre finca hipotecada por causas distintas de las previstas en el entonces artículo 132 de la Ley Hipotecaria, y si dichas causas —en caso negativo— son de interpretación estricta o pueden ser interpretadas extensivamente por los Tribunales, no siendo competencia del Tribunal Constitucional decidir sobre tal cuestión, por lo que no puede prosperar la petición de amparo basada en una interpretación de la tutela judicial efectiva que englobe, como dice dicho autor al comentar dicha sentencia, *«en el mismo derecho a ejercer las acciones legales por cauces procedimentales concretos, ...siendo suficiente desde la perspectiva constitucional que el ciudadano tenga libre acceso a la justicia, y que pueda instar ante ella las pretensiones que más estime convenientes»* (para la defensa de sus intereses legítimos).

(193) *Base de Datos Aranzadi de Jurisprudencia*. Se recoge también dicha sentencia por DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA, en su trabajo «La constitucionalidad del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (Jornadas sobre ejecución hipotecaria)», en el libro ya antes referenciado, *Práctica hipotecaria*, núm. 2, pág. 144.

2. REGULACIÓN

El artículo 695 establece:

«1. En los procedimientos a que se refiere este capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:

1.ª Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca... o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.

2.ª Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre el ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante.

No será necesario acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, pero el ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad...»

A) *Extinción de la garantía o de la obligación garantizada*

Por lo que se refiere al número 1.º del apartado 1 de dicho artículo, cabe decir que si la hipoteca está cancelada en el Registro, no cabe su ejecución. De ahí que el primer inciso de dicho artículo se dará muy raramente, pues en la certificación de cargas que expida el Registador, el juez podrá apreciar si la hipoteca se encuentra subsistente o no, y si, por lo tanto, es procedente o no continuar con el procedimiento.

Respecto de la escritura de carta de pago o cancelación de la garantía, ello es lógico, porque extinguida la obligación principal garantizada con el derecho real de hipoteca o extinguida la propia garantía hipotecaria (v.gr., por renuncia a la misma del acreedor), pierde su virtualidad la hipoteca inscrita. A este respecto, cabe reiterar lo dicho en el artículo 131 *in fine* de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción que declara que *«no se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se haya cancelado previamente la citada nota marginal (la de certificación de cargas), mediante mandamiento judicial al efecto»*.

B) *Error en la cantidad exigible, cuando se garantice el saldo al cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado*

En relación con el número 2.º, del referido apartado, parte de la base de que la deuda garantizada sea «el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado».

A') *La discrepancia en el saldo puede resultar:*

- a) De la diferencia que arroje la libreta del ejecutado en la que consten los asientos de la cuenta en relación con la presentada por el ejecutante.
- b) De certificación bancaria cuando la obligación que se garantice sea el saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles.

a) *Doble libreta*

El artículo 132, número 4 de la Ley Hipotecaria aún vigente (hasta la entrada en vigor de la nueva LEC), preveía como causa de suspensión cuando la hipoteca estuviere constituida en garantía de cuentas corrientes y la libreta que presentase el deudor arrojase un resultado distinto de la presentada por el actor. La Ley prevé esta causa de error con base en la discrepancia dicha; pero obsérvese que estamos ante una causa de suspensión, hablando, sin embargo, la nueva Ley, no de causa «suspensión» (cuyas causas son tasadas) sino de causa de «oposición» (cuyas causas deben de ser ilimitadas, pues podrán ventilarse en el juicio declarativo pertinente).

- b) *Certificación bancaria cuando así se hubiese convenido y se trate de obligación garantizada con hipoteca consistente en el saldo resultante del cierre de las cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación*

Cabe remitirnos, en lo referente a cuáles son dichas entidades, a lo dicho anteriormente en el epígrafe «Documentos que se acompañan a la demanda». Lo importante aquí es que cabe también que el ejecutado alegue error en la certificación expedida por la entidad acreedora, pero en tal supuesto deberá el mismo precisar con detalle los puntos discrepancia respecto de la liquidación efectuada por la entidad ejecutante.

Puede ocurrir, según PRETEL SERRANO (194), que la obligación que se garantice no sea el saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u opera-

(194) PRETEL SERRANO, J. J., Trabajo pendiente de publicación.

ciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por las referidas entidades, o bien, que siéndolo, no se haya estipulado la certificación bancaria. Entiende dicho autor que habrá que aplicar el régimen establecido en general para los casos de ejecución dineraria, y entonces por aplicación del artículo 558.2 (que se remite a los arts. 572 y 574) podrá oponerse pluspetición y el tribunal, a solicitud del ejecutado, designará, mediante providencia, perito, el cual emitirá dictamen sobre la cuantía de la deuda, dándose traslado de dicho dictamen a ambas partes y la vista no se celebrará hasta que hayan pasado diez días a contar desde el siguiente al referido traslado.

¿Qué se entiende por «operaciones similares»?

La doctrina ha intentado ampliar el ámbito de aplicación del artículo 153 de la Ley Hipotecaria a otros supuestos distintos del contemplado en dicho precepto. Incluso se podría decir que el que fuera innovador artículo 245 del Reglamento Hipotecario intenta crear un precedente al hablar de «operaciones cambiarias y crediticias». Así lo entendió DE LA RICA y ARENAL (195), quien afirmó que «esas operaciones cambiarias y crediticias se concretarán en una "cuenta especial" que equivale a la cuenta corriente de crédito abierta al deudor; y en ella se consignarán no sólo las partidas de cargo y de abono a que alude el Reglamento, sino todas las de esa especie que sean procedentes contabilizar con arreglo a lo estipulado...»

PRETEL SERRANO (196), por su parte, hace un recorrido por los distintos autores que han pretendido aplicar el sistema de la certificación bancaria a otros supuestos, citando así a REY PORTOLÉS (quien defendió su aplicación a la «hipoteca flotante» mediante la técnica de acudir a la figura de la hipoteca futura, con efecto novatorio de la cuenta corriente sólo en el momento de la fijación definitiva del saldo); CORDERO LOBATO (quien ha defendido la aplicabilidad de dicha certificación a la llamada «hipoteca global», en la que se garantizan hipotecariamente un número ilimitado de obligaciones *ab initio* no determinadas, pero que son susceptibles de determinación por ciertos criterios integradores estipulados por las partes), y GARCÍA GARCÍA, que ha defendido su aplicación a la liquidación de los intereses de demora. En el mismo sentido de GARCÍA GARCÍA se ha pronunciado también respecto de la liquidación de los intereses de demora por el sistema de la certificación bancaria el magistrado SÁNCHEZ GÁLVEZ (197).

(195) DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN, Extractado del *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal. Tomo I*, pág. 434. Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1976.

(196) PRETEL SERRANO, J. J., Trabajo ya citado, pendiente de publicación.

(197) SÁNCHEZ GÁLVEZ, FRANCISCO, «La ejecución judicial sumaria de la indemnización moratoria», publicado en *BCRE*, núm. 5 (2.ª época), correspondiente al mes de junio de 1995, págs. 1130 a 1133.

La nueva LEC parece ensanchar el campo del sistema de la certificación bancaria como así se desprende de su artículo 572.2. Ahora bien, ello debe tener su límite en el ámbito que vino, en cierto modo, a marcar la sentencia de nuestro *Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1992* (198), relativa a la constitucionalidad del artículo 1.435, párrafo cuarto, primera fase de la antigua LEC, cuya sentencia en el fundamento de derecho quinto vino a declarar que «*el precepto restringe su alcance a los contratos mercantiles que además de documentarse mediante formas que garanticen su autenticidad, implican la existencia de una cuenta corriente entre las partes, único contexto en el que cobra sentido de regulación de operaciones de liquidación y verificación de saldos...*»

Dicha apreciación ha sido seguida posteriormente por la jurisprudencia, pudiendo citarse a título de ejemplo la de *AAP de Asturias de 15 de mayo de 1994* (199).

Como afirma PRETEL SERRANO (200):

«...la expresión “operaciones similares”, no englobará a cualesquiera operaciones financieras o crediticias que no supongan una concesión de crédito, unida a una situación de cuenta corriente que vaya más allá de ser un instrumento contable». Este es el ámbito de las obligaciones respecto de las cuales puede utilizarse la certificación de la Entidad de crédito a las cuales se aplica directamente el artículo 695.1.

En la nueva Ley se encuentran también argumentos para esta distinción. En el artículo 558.2 se habla de “saldos de cuentas e intereses variables” mientras que en el artículo 695.1 se dice expresamente «saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares...”»

Es importante resaltar que el artículo 695.1.2.^a en su último párrafo exige que el «ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad». Y ello es lógico porque no cabe una desvirtuación genérica, global e indeterminada de la liquidación. Así se pronunció la *sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de 17 de junio de 1993* (201):

(198) Sentencia de 10 de febrero de 1992 del TC. Publicada en la *RCDI*, núm. 611, de julio-agosto de 1992, págs. 1897 a 1915.

(199) Citada la *AAP Asturias*, de 15 de mayo de 1994, en la pág. 243 de *Monografía para la práctica: El juicio ejecutivo*, por FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL; RIFA, JOSÉ M.^a, y VALLS, JOSÉ FRANCISCO. Editorial La Ley-Actualidad, Madrid, 1997.

(200) PRETEL SERRANO, J. J., *ob. cit.* Pendiente de publicación.

(201) Sentencia que aparece recogida por FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, MIGUEL ÁNGEL; RIFA SOLER, JOSÉ M.^a, y VALLS GOMBAU, JOSÉ FRANCISCO, en trabajo antes referenciado, *Monografías para la práctica: El juicio ejecutivo*. Editorial La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, pág. 254.

«...sin que pueda estimarse para enervar la acción ejecutiva una descalificación global e indeterminada de las cuentas que la acreedora llevó a cabo para establecer el saldo definitivo, cuando entre las condiciones de la póliza aceptaron expresamente que pasaban por el saldo establecido unilateralmente por la entidad acreedora y que, interviniendo por fedatario mercantil, ha de estimarse cierto, en tanto no se acredite lo contrario...»

C) *Procedimiento a seguir en caso de «oposición» fundada en alguna de las causas del artículo 695.1*

La nueva LEC regula el procedimiento que ha de seguirse con posterioridad en el caso de que se alegue alguna de las causas contempladas en el apartado 1 del artículo 695. Dice dicho artículo 695 en su apartado 2:

«Formulada la reclamación a que se refiere el apartado anterior, se suspenderá la ejecución. El tribunal, mediante providencia, convocará a las partes a una comparecencia, debiendo mediar cuatro días desde la citación; oír a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día.»

Dicho auto que estime la ejecución basada en el número 1.º... del apartado 1 de este artículo, mandará sobreseer la ejecución; el que estime la oposición basada en la causa 2.ª fijará la cantidad por la que ha de seguirse la ejecución.»

La causa 1.ª (extinción de la garantía o de la obligación garantizada) impide, pues, seguir adelante la ejecución, por la sencilla razón que si la acción hipotecaria es de base estrictamente registral, y la hipoteca o la obligación que garantiza se ha extinguido, no puede continuar el procedimiento.

Por lo que se refiere al error en la determinación de la cantidad exigible, queda en el aire la duda de si dicho procedimiento deroga al contemplado en los cuatro últimos párrafos del artículo 153 de la Ley Hipotecaria al que se remite el número 4 del artículo 132 de dicha Ley (aún vigente durante el período de *vacatio legis* de la Ley 1/2000) para el caso de que el saldo se debiera acreditar mediante certificación bancaria de la entidad acreedora. Lo cierto y evidente es que la redacción del procedimiento a seguir varía en relación con la anterior (cfr. art. 153 de la Ley Hipotecaria, párrafo antepenúltimo con el art. 695 de la nueva LEC, en lo referente a los plazos y la susceptibilidad de interponer recurso frente al auto que se dicte).

Por último, decir que el auto que se dicte y por el que se decrete el sobreseimiento de la ejecución (causa 1.ª) es apelable. En los demás casos, no cabe recurso de apelación.

En efecto, termina el indicado artículo 695 estableciendo en su apartado 4 que sólo contra el auto que ordene el sobreseimiento cabe recurso de apelación, no pudiendo, pues, interponerse tal recurso en el caso de que la causa alegada haya sido error en la determinación de la cantidad exigible.

Claramente así se infiere de indicado precepto al establecer el mismo:

«Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de este caso, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno».

C) Tercería de dominio

El artículo 696 de la nueva LEC versa sobre el supuesto de que se interponga tercería de dominio, estableciéndose en su apartado 1, los presupuestos para la admisión de dicha tercería, y en su apartado 2, los efectos de su admisión. Reza dicho artículo:

«1. Para que pueda admitirse la tercería de dominio en los procedimientos a que se refiere este capítulo, deberá acompañarse a la demanda título de propiedad de fecha fehaciente anterior a la de constitución de la garantía. Si se tratare de bienes cuyo dominio fuere susceptible de inscripción en algún Registro, dicho título habrá de estar inscrito a favor del tercerista o de su causante con fecha anterior a la de inscripción de la garantía, lo que se acreditará mediante certificación registral expresiva de la inscripción del título del tercerista o de su causante y certificación de no aparecer extinguido ni cancelado en el Registro el asiento de dominio correspondiente.

2. La admisión de la demanda de tercería suspenderá la ejecución respecto de los bienes a los que se refiera y, si éstos fueren sólo parte de los comprendidos en la garantía, podrá seguir el procedimiento respecto de los demás, si así lo solicitare el acreedor.»

¿Y cuándo puede tener lugar dicha tercería de dominio?

Los supuestos en que se pueden dar no son muy frecuentes en la práctica: entre otros, puede ser el de la existencia de una doble inmatriculación, en que el tercerista alegue que su título es anterior a la inscripción de hipoteca. En los demás casos posibles, obedecen más bien a errores del Registrador. Así GARCÍA GARCÍA (202) pone como ejemplos, errores en la aplicación del prin-

(202) GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca, ya referenciado*, ob. cit., págs. 340 y sigs.

cipio de prioridad o de tracto sucesivo: no haberse aplicado correctamente el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, o bien porque erróneamente se hubiese invertido el orden de despacho, al inscribir primero el presentado en segundo lugar (hipoteca constituida por una persona) y luego el presentado en primer lugar (venta efectuada por esa misma persona).

D) *Prejudicialidad penal*

El artículo 697 contempla la suspensión de la ejecución por prejudicialidad penal, y ello sólo puede tener lugar *«cuando se acredite, conforme a lo dispuesto en el artículo 569 de esta Ley, la existencia de causa criminal sobre cualquier hecho de apariencia delictiva que determine la falsedad del título, la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución»*.

El artículo 569, al que se remite el precepto antes citado, alude a tal suspensión por prejudicialidad penal:

«1. La presentación de denuncia o la interposición de querrela en que se expongan hechos de apariencia delictiva relacionados con el título ejecutivo o con el despacho de la ejecución forzosa no determinarán, por sí solas, que se decrete la suspensión de ésta.

Sin embargo, si se encontrase pendiente causa criminal en que se investiguen hechos de apariencia delictiva que, de ser ciertos, determinarían la falsedad o nulidad del título o la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución, el tribunal que conozca de ella, oídas las partes y el Ministerio Fiscal, acordará la suspensión de la ejecución.

2. Si la causa penal a que se refiere el apartado anterior finalizare por resolución en que se declare la inexistencia del hecho o no ser éste delictivo, el ejecutante podrá pedir indemnización de daños y perjuicios, en los términos del apartado séptimo del artículo 40 (que versa sobre la prejudicialidad penal).

3. No obstante lo dispuesto en el apartado primero de este artículo, la ejecución podrá seguir adelante si el ejecutante presta, en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529, caución suficiente para responder de lo que perciba y de los daños y perjuicios que la ejecución produzca al ejecutado.»

Dicho artículo 529, en su último párrafo, prevé la caución en dinero efectivo, mediante aval bancario solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate.

3. POSIBILIDAD DE RECLAMACIONES POR LA VÍA ORDINARIA

A) *Regulación*

Por último, el artículo 698 contempla las reclamaciones no comprendidas en los artículos 695 a 697 de la dicha Ley Procesal. A dichas reclamaciones en el juicio declarativo ordinario pertinente hacía referencia también el antiguo —todavía vigente— artículo 132 de la Ley Hipotecaria. El nuevo artículo 698 declara:

«1. Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo.

La competencia, para conocer de este proceso, se determinará por las reglas ordinarias...»

Este es, precisamente, como ya hemos dicho, uno de los motivos que llevó al Tribunal Constitucional a no declarar inconstitucional el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, todavía vigente hasta la entrada en vigor de la nueva Ley, relativo al procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria. La razón es obvia: se dejaba y se deja abierta la puerta a cualquier interesado legitimado activamente (deudor, hipotecante no deudor, acreedores posteriores, cualquier persona con interés legítimo...) para poder acudir a los tribunales ordinarios competentes.

Prevé, en fin, el apartado 2 y 3 de dicho artículo 698 de la nueva LEC, la prestación de unas garantías de carácter recíproco al disponer:

«2. Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el apartado anterior o durante el curso de juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención del todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento que se regula en este capítulo, deba entregarse al acreedor.

El tribunal, mediante providencia, decretará esta retención en vista de los documentos que se presenten, si estima bastante las razones que se aleguen. Si el que solicitase la retención no tuviera solvencia notoria y suficiente, el tribunal deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor.

3. Cuando el acreedor afiance a satisfacción del tribunal la cantidad que estuviere mandada retener a las resultas del juicio a que se refiere el apartado primero, se alzará la retención.»

B) *Referencia a la cancelación de las anotaciones preventivas de demandas previstas en el nuevo artículo 131 de la Ley Hipotecaria*

Por último, cabe resaltar que el artículo 131 en su párrafo primero, después de la nueva redacción dada por la Disposición Final novena de la LEC, prevé la cancelación de las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución, cuando las mismas sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, lo que se efectuará en virtud del oportuno mandamiento cancelatorio.

Parece ser que el legislador ha querido que el interesado muestre mayor diligencia y celeridad a la hora de interponer la oportuna demanda en tales supuestos, así como en el acceso registral de la misma a través de la pertinente anotación. De ahí que decreta la cancelación de las anotaciones dichas si son posteriores a la aludida certificación.

En relación con lo dicho, el precepto en cuestión (art. 131 de la Ley Hipotecaria) ha sufrido un retoque, pues en el proyecto de ley se establecía en dicho artículo: que «una vez que se ha hecho constar en el Registro la iniciación del procedimiento a través de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, no se podrá tomar anotación de demanda de nulidad de la propia hipoteca, salvo que se base en alguno de los supuestos que pueden determinar la suspensión de la ejecución...» Ello suponía una limitación clara a la práctica de la anotación de demanda con las consecuencias de una efectiva indefensión para el interesado. Así lo entendió GARCÍA GARCÍA (203).

En su última redacción, sí cabe la posibilidad de practicar dichas anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la hipoteca o cualesquiera otras que pongan en tela de juicio el propio procedimiento, pero distinguiendo:

- a) Si las mismas no se basan en alguno de los casos determinantes de la suspensión, se cancelarán, siempre y cuando sean posteriores a la nota marginal de constancia de la expedición de la certificación de cargas.
- b) *A contrario sensu*, si dichas anotaciones son anteriores a referida nota marginal y no se basan en alguno de los supuestos determinantes de la suspensión de la ejecución del procedimiento, no se cancelan, al igual que no deberán cancelarse aquellas anotaciones de demanda de nulidad de la misma hipoteca o cualesquiera otras basadas en alguno de los supuestos que diera lugar a la suspensión de la ejecución, tanto

(203) GARCÍA GARCÍA, J. M., Trabajo citado en la revista «Lunes Cuatro Treinta», núm. 257, pág. 21.

si son anteriores como posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas.

Así pues, en cualquier tiempo se podrá tomar la correspondiente anotación preventiva de la demanda entablada, pero haciendo depender la virtualidad de la anotación de demanda en el supuesto de que lo sea de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras dichas no basadas en algunos de los casos de suspensión de la ejecución, de que la misma sea anterior o no a la nota marginal de certificación de cargas. Ello puede ser peligroso: piénsese en el supuesto de que, por ser posterior a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas, se cancela en virtud del oportuno mandamiento cancelatorio una anotación de demanda de nulidad de hipoteca no basada en una de las llamadas por la LEC causas de suspensión y, sin embargo, luego en el juicio declarativo ordinario pertinente, prospera dicha demanda y se declara la nulidad de todo el procedimiento de ejecución de hipoteca, siendo así que el adjudicatario ya ha vendido o hipotecado o, en definitiva, ha surgido ya en el Registro la figura de un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. ¿De qué sirvió al interesado la interposición de la demanda y su correspondiente anotación preventiva? No hay que olvidar que la sentencia que declare la nulidad del procedimiento «no afectará a los titulares registrales de las fincas que tienen la condición de terceros» (sentencia del TS de 17 de febrero de 1997) (204).

Frente a ello, el espíritu de la LEC parece ir encaminado a evitar la paralización de la ejecución hipotecaria por el interesado que no mostró la diligencia debida en la defensa de sus derechos y en el reflejo registral de los mismos.

Cabe citar en toda esta materia la *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de abril de 1995* (205), que admitió una anotación preventiva de demanda sobre nulidad de un juicio ejecutivo del artículo 131 de la Ley Hipotecaria que se encontraba en curso, demanda que era entablada por el propio deudor no hipotecante contra el acreedor hipotecario, habiendo entendido la Dirección General que la exigencia del artículo 20 de la Ley Hipotecaria aparecía satisfecha por haberse entablado la dicha demanda con el titular del crédito hipotecario, sin necesidad de dirigirse también contra los propietarios de la finca hipotecada.

Finalizar diciendo que el estudio de este epígrafe relativo a «Causas de suspensión a la ejecución. Posibilidad de reclamaciones en el juicio declarativo ordinario» podría ser más denso, pero ello desbordaría las pretensiones de

(204) *Base de Datos Aranzadi (BDA) de Jurisprudencia.*

(205) *BCRE*, núm. 5 (2.ª época), correspondiente al mes de junio de 1995, págs. 1178 a 1180.

este trabajo. Es por ello que prácticamente nos hemos limitado a sistematizar el articulado, planteando algunos interrogantes sobre determinadas cuestiones.

Hasta aquí, pues, un primer análisis aproximativo al nuevo procedimiento de ejecución directa de los bienes hipotecados regulado en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Muchas más consideraciones merece su articulado, pero en un primer intento de acercamiento a su regulación no es posible profundizar demasiado en muchos aspectos que han quedado «en el aire» o en la duda de quien suscribe. Tiempo habrá de hacer un estudio más reposado de la nueva LEC, y de modificar, ¿porqué no?, criterios que aquí se mantienen, así como resolver dudas que ahora cuesta trabajo disipar.

Las pretensiones de este trabajo no han sido otras que un intento de sistematizar los artículos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, con el propósito de reflejar los criterios doctrinales sobre la materia que puedan ser de aplicación, así como suministrar también la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (alguno de cuyos criterios ya consagra el nuevo texto procesal), la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y la de nuestro Tribunal Constitucional que sean aún, por su vigencia, perfectamente aplicables, dada la identidad esencial de caracteres entre el anterior procedimiento judicial sumario y el nuevo procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero.

Cuando se asienten los conceptos, y una vez que expongan y viertan sus opiniones otros autores y compañeros con mayor experiencia y conocimientos sobre las cuestiones tratadas, podremos adentrarnos más profundamente en los perfiles y detalles de este procedimiento regulado en esta nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que, en alguno de los aspectos de la materia que nos ha ocupado así como en otras, no es un arquetipo jurídico a seguir.

Muchos nos tememos que haya de acudir, en no pocas ocasiones, a la normativa que todavía continúe vigente del llamado a desaparecer dentro de poco, procedimiento judicial sumario, y cuyas normas no hayan quedado derogadas en virtud de la aplicación de la Disposición Derogatoria única, número 3 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

JUAN JOSÉ JURADO JURADO
Registrador de la Propiedad

BIBLIOGRAFIA

AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL, *Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, publicados en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario durante los años 1969 a 1982*. Editado por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1987.

- AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL, y PAU PEDRÓN, ANTONIO, *Jurisprudencia Registral, 1978-1985*. Editorial Tecnos. Madrid, 1996.
- ARANZADI, *Repertorio de Jurisprudencia*, Tomo XXXII, año 1965, Pamplona, año 1965.
- *Repertorio de Jurisprudencia*, Tomo XXXV, año 1968, Pamplona, año 1968.
- ARANZADI BASE DE DATOS (BDA) DE JURISPRUDENCIA, *Textos completos e índices*, Navarra. Comprende desde 1 de enero de 1979 a 12 de noviembre de 1999.
- ARANZADI BASE DE DATOS (BDA). TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA Y AUDIENCIAS PROVINCIALES. Primera entrega del año 2000. Comprende desde 1992 a 1999.
- BOLETÍN DEL CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES DE CATALUÑA, núms. 82, 83 y 85. Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Año 1999.
- CORRAL DUEÑAS, FRANCISCO, «La calificación registral en el procedimiento del artículo 131 de la LH», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, núm. 15 (2.ª época), correspondiente a mayo de 1996.
- DE LA PUENTE ALFARO, FERNANDO, *El arrendamiento urbano frente a terceros. La oponibilidad del arrendamiento. Los artículos 13, 14 y 29 de la LAU*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996.
- DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN, *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal (donde se recogen comentarios que hizo el mismo a diversas Resoluciones)*, Tomo I. Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1976.
- DEL RÍO Y GARCÍA DE SOLA, IGNACIO, «Comentarios a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de noviembre de 1987», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 589.
- DÍAZ FRAILE y DE LA PUENTE ALFARO, JUAN MARÍA y FERNANDO, «El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 535, correspondiente a los meses de julio-agosto de 1996.
- DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA, «La constitucionalidad del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (Jornadas sobre ejecución hipotecaria)», en *Práctica Hipotecaria*, núm. 2. Procedimiento Judicial Sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (Jornadas sobre ejecución hipotecaria). Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Editorial Marcial Pons, Barcelona, 1994.
- DÍAZ MORENO, ALEJANDRO, «El alcance de la doctrina de la Sala 1.ª del TS ante el "Procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria"», en *Revista de Derecho Patrimonial*. Aranzadi del año 1999. Navarra, 1999.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, MIGUEL ÁNGEL; RIFA SOLER, JOSÉ MARÍA y VALLAS GAMBÓU, JOSÉ FRANCISCO, *Monografías para la práctica: El Juicio Ejecutivo*, Editorial La Ley-Actualidad. Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ SEJO, JOSÉ MARÍA, «Procedimientos de ejecución sobre inmuebles», en *Protección registral de los derechos reales y tutela judicial efectiva*. Consejo General del Poder Judicial en colaboración con el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Estudios de Derecho Registral, núm. 13, de 1998. Edita Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999.
- GALLARDO CORREA, CONRADO, *Intereses, costas y vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria*, Conferencia pronunciada en «Jornadas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ejecución y Registro de la Propiedad», organizadas por

el Decanato Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España a través de su Centro de Estudios Registrales, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, los días 19, 20 y 21 de enero de 2000. Se publicó dicha conferencia en el Boletín Interno de Información Registral «La Buhaira» de dicho Decanato de Andalucía Occidental, núm. 17.

GARCÍA CONESA, ANTONIO, «Comentarios al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, núm. 19, de 9 de septiembre de 1999» (calificación de la competencia territorial), en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 85.

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*. Editorial Civitas. Madrid, 1994.

— «El Registro de la Propiedad y los procedimientos de realización de valor de la hipoteca. Dos enmiendas imprescindibles al proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en revista «*Lunes Cuatro Treinta*», núm. 257.

— «El Registro de la Propiedad y los procedimientos de realización de valor de la hipoteca», en revista «*Lunes Cuatro Treinta*», núm. 257.

— «Los llamados “pactos de vencimiento anticipado de hipoteca” como condición resolutoria explícita del préstamo hipotecario. Lo positivo y lo negativo de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999», en revista «*Lunes Cuatro Treinta*», núm. 264.

GÓMEZ GALLIGO, FRANCISCO JAVIER, «Aspectos registrales del procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131 de la LH (procedimiento judicial sumario)», en *Práctica Hipotecaria*, núm. 2. Procedimiento Judicial Sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (Jornadas sobre ejecución hipotecaria). Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Editorial Marcial Pons. Barcelona, 1994.

— *La extinción del crédito hipotecario*, en Libro homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y Luis Selva. Tomo II. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1998.

GÓMEZ SALCEDO, AGUSTÍN MANUEL, «El procedimiento judicial sumario en primera instancia. Problemática de arrendamientos y ocupaciones del inmueble ante la ejecución: notificaciones, retractos, etc.», en *Mesa redonda sobre Ejecución Hipotecaria en «Jornadas sobre Operaciones Bancarias: Conceptos matemáticos, aspectos jurídicos y malas prácticas bancarias»*, organizada por Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC), días 21-24 de febrero de 2000.

GUASP, JAIME, *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Editorial Bosch, Barcelona, 1951.

GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, *Comentario al Código Civil* (donde comenta varios de sus preceptos). Tomo II. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, 1993.

HERNÁNDEZ, CRESPO, CARLOS, «Publicidad registral de la suspensión de pagos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 604, correspondiente a los meses de mayo-junio de 1991.

JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*. Editorial Comares, Granada, 1999.

LARRONDO LIZÁRRAGA, JOAQUÍN MARÍA, *Jurisprudencia Patrimonial Comentada 1995-1998 (Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Jus-*

- ticia y Audiencias Provinciales*). Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1999.
- «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria: Exposición sistemática», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 86, noviembre-diciembre de 1999. Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Barcelona.
- LEYES HIPOTECARIAS Y REGISTRALES DE ESPAÑA, *Fuentes y evolución*. Tomo II, Volumen I. Leyes de 1909. Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Editorial Castalia. Madrid, 1989.
- LOIS PUENTE, JOSÉ MANUEL, «Análisis de las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo y en especial en los préstamos hipotecarios. Examen de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999», en *Mesa redonda sobre Ejecución Hipotecaria en «Jornadas sobre Operaciones Bancarias: Conceptos matemáticos, aspectos jurídicos y malas prácticas bancarias»*, organizada por Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC).
- LÓPEZ LIZ, JOSÉ, «Perfecta legalidad de la causa de vencimiento anticipado por incumplimiento por el deudor de su obligación de pago en los contratos de hipotecas», en *La Ley*.
- MAGARIÑOS BLANCO, VICTORIO, «El procedimiento extrajudicial de realización de la hipoteca. Su viabilidad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 641, correspondiente a los meses de julio-agosto de 1997.
- MENA Y SAN MILLÁN, *Calificación registral de documentos judiciales*. Editorial Bosch, Barcelona, 1985.
- MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA, «Las cargas anteriores en la ejecución de un crédito hipotecario posterior», en *Revista de Derecho Patrimonial*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1999.
- MONTERO AROCA, JUAN, «Las ejecuciones hipotecarias y la tutela judicial privilegiada. La constitucionalidad de algunas tutelas judiciales efectivas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 633, correspondiente a los meses de marzo-abril de 1996.
- MORELL Y TERRY, J., *Comentarios a la Legislación Hipotecaria (de 1909)*. Tomo Cuarto. Artículos 118 a 264. Editorial Reus. Madrid, 1918.
- O'CALLAGHAN XAVIER, «La jurisprudencia del artículo 131 de la LH: Doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional», en *Mesa redonda sobre Ejecución Hipotecaria en «Jornadas sobre Operaciones Bancarias: Conceptos matemáticos, aspectos jurídicos y malas prácticas bancarias»*, organizada por Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC).
- PAU PEDRÓN, ANTONIO, *Manual de Derecho Registral Inmobiliario. Fundación para la formación de altos profesionales*. Colección Administrativa y Tributaria. Madrid, 1996.
- *La protección del arrendamiento urbano*. Cuadernos Civitas, 1995.
- *El nuevo arrendamiento urbano. Régimen civil y registral*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1996.

- «La constitución unilateral de hipoteca», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 549, correspondiente a noviembre-diciembre de 1995.
- *El nuevo arrendamiento urbano. Régimen civil y registral*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1996.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999.
- PRETEL SERRANO, JUAN JOSÉ, *Comentario al artículo 153 de la Ley Hipotecaria*. Pendiente de publicación en Comentarios a la Ley y Reglamentos Hipotecarios.
- RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, «Reflexión sobre el sistema de subasta en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria», en *Práctica Hipotecaria*, núm. 2. Procedimiento Judicial Sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (Jornadas sobre ejecución hipotecaria). Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Editorial Marcial Pons. Barcelona, 1994.
- RIVAS TORRALBA, RAFAEL, A., *Anotación de embargo II*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1994.
- ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*. Tomo IV-1.º y 2.º Editorial Bosch. Barcelona, 1979.
- ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y MOLINA JUYOL, JUAN DE, *Jurisprudencia Registral*, Tomo VII, años 1930 a 1939. Editorial Bosch. Barcelona, 1953.
- *Jurisprudencia Registral*, Tomo VIII, años 1940 a 1950. Editorial Bosch. Barcelona, 1953.
- *Jurisprudencia Registral*, Tomo IX, años 1951 a 1963. Editorial Bosch. Barcelona, 1967.
- *Jurisprudencia Registral*, Tomo XI, años 1964 a 1977. Editorial Bosch. Barcelona, 1980.
- ROCHE NAVARRO, ALEJANDRO, «Análisis de las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo y en especial en los préstamos hipotecarios. Examen de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999», en *Seminario sobre controversias sobre la ejecución hipotecaria*, en Mesa Redonda de AUSBANC antes citada.
- RODRIGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, «Comentarios a la Resolución de 31 de diciembre de 1981», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 556.
- SÁNCHEZ GÁLVEZ, FRANCISCO, «La ejecución judicial sumaria de la indemnización moratoria», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, núm. 5 (2.ª época), correspondiente al mes de junio de 1995.
- SARMIENTO RAMOS, JUAN, *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1993.
- VENTOSO ESCRIBANO, ALFONSO, «El artículo 55.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en las ventas judiciales», en *Libro homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goyisolo*, Tomo IV. Editado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado. Madrid, 1988.
- VILLAPLANA GARCÍA, CONSTANCIO, *Fichero hipotecario (Jurisprudencial y doctrinal, cerrado a 31-12-1995)*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1996.

ADDENDA BIBLIOGRÁFICA: Asimismo, se han consultado diversos números, tanto del Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, en su primera y segunda época, como de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario y de la Revista Lunes Cuatro Treinta.

Del mismo modo se han tenido a la vista, lógicamente, los correspondientes textos legales.

Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales

(Parte 1.^a: Configuración del fenómeno) (*)

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO SOCIOLOGICO Y MORAL.—II. CONCEPTO Y CARACTERES: A) CONCEPTO DOCTRINAL, JURISPRUDENCIAL Y LEGAL. B) CARACTERES QUE DELIMITAN EL FENÓMENO. C) TERMINOLOGÍA.—III. NATURALEZA JURIDICA.—IV. CAUSAS QUE LA ORIGINAN.—V. ANTECEDENTES.—VI. DERECHO COMPARADO: A) SISTEMAS POSIBLES. B) PAÍSES QUE REGULAN LAS UNIONES DE HECHO DE MODO ESPECÍFICO: a) *Países hispanoamericanos*; b) *Países nórdicos*; c) *Países de la Commonwealth*; d) *Francia*. C) PAÍSES SIN REGULACIÓN ESPECÍFICA: a) *Italia*; b) *Inglaterra*; c) *Alemania*.—VII. REGULACION DE LAS UNIONES DE HECHO EN ESPAÑA: A) NORMAS NACIONALES: a) *Referencia en la Constitución*; b) *Alusiones en otras leyes*; c) *Intentos legislativos específicos*. B) NORMATIVA AUTONÓMICA: a) *El problema competencial*; b) *La Ley de Cataluña*; c) *La Ley de Aragón*; d) *La Ley Foral de Navarra*. C) REGISTROS MUNICIPALES DE UNIONES DE HECHO.

I. PLANTEAMIENTO SOCIOLOGICO Y MORAL

El origen de la pareja humana coincide con la misma creación del hombre. El Génesis, en su capítulo segundo, versículo 18, nos lo dice: *Entonces dijo Yahvé Dios: No es bueno que el hombre esté solo; le haré una ayuda semejante a él*. Y, formada la mujer y presentada a Adán, dice el versículo 24: *Por eso dejará el hombre a su padre y a su madre, y vendrán a ser una misma carne*.

Y desde entonces hasta hoy, el hombre se ha unido a una mujer, bien en las diversas formas de matrimonio, como solución normal y más común, o por cauces al margen de la ley, cuando no pueden o no quieren acudir al matrimonio.

(*) Trabajo dirigido por el profesor doctor don JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ.

Aparecen así las uniones de hecho desde tiempos bien lejanos, y se han mantenido a lo largo de todas las épocas históricas y civilizaciones, hasta llegar a la actualidad, en que el fenómeno, además de generalizarse hasta proporciones considerables, ha dado lugar a una figura más irregular, que es la pareja homosexual. Como nos dice el notario EDUARDO MARTÍNEZ PIÑEIRO (1), las uniones homosexuales, causa que provocó, entre otras, la caída de civilizaciones varias, existen y se van extendiendo al amparo de las libertades reconocidas en los modernos Estados democráticos, y sus componentes reclaman los derechos que consideran que les asisten, basados en los principios de igualdad, dignidad de la persona y libertad.

Nos proponemos estudiar los problemas que originan estas parejas o uniones de hecho en su prurito de ser tratadas en régimen de igualdad, o al menos de analogía, con el matrimonio. Para ellos, junto a los antecedentes, habrá que analizar su naturaleza jurídica a la luz tanto de la legislación española como de la comparada.

Y una vez abordadas estas premisas preliminares, hemos de contemplar sus efectos patrimoniales, que serán muy diferentes según la postura que se haya adoptados. Durante la unión, ¿caben los pactos que la regulan? ¿Cabe la analogía en los regímenes matrimoniales regulados en las legislaciones? Si esto no se admite, ¿se pueden equiparar estas uniones a la figura societaria civil o mercantil? ¿Se tratará de una simple comunidad, de tipo romano, por supuesto?

Los problemas se multiplican en caso de cesación o ruptura de la convivencia. Lo que antes podría tener solución mediante el consenso de la vida en común, se torna difícilísimo o casi imposible cuando surge la discordancia, hecho frecuentísimo en esas relaciones inseguras. La vivienda que antes fue común y que ahora se hace incompatible, es una de las cuestiones candentes que es preciso abordar, cuando no hay normas concretas para ello.

La problemática jurídica que estas uniones plantean se manifiesta de forma creciente ante los tribunales, teniendo éstos que decidir, en cada caso, si se pueden aplicar normas que valdrán para la cuestión en el caso de que la pareja hubiera contraído matrimonio. Por ello, recogeremos algunas de las sentencias más representativas de nuestra actual jurisprudencia.

Junto a estos aspectos jurídicos, no queremos dejar pasar la consideración sociológica y moral de este fenómeno. El profesor CASTÁN VÁZQUEZ (2) se-

(1) En su trabajo «Matrimonios asexuados. Parejas de hecho y el contrato de unión civil», en la Revista *Lunes* 4,30, de los Registradores de Valencia, núm. 243, págs. 24 y sigs.

(2) En su trabajo *Observaciones sobre la situación jurídica de las parejas no casadas*. Comunicación al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 28 de febrero y 14 de marzo de 1994. En *Anales de dicha Academia*, 1994, págs. 136 y sigs.

ñala que estas situaciones se han multiplicado en muchos países a lo largo de los últimos años, habiéndose desarrollado en tales proporciones frente al matrimonio, unión legítima regulada por la ley, tendiendo, por el contrario, a establecerse fuera de toda regla jurídica este *remedo de matrimonio*. Sigue diciendo que no deja de ser complejo e importante este hecho. En efecto, habrá que contemplarlo no sólo a la luz del Derecho, sino también de la Sociología, al ser éste uno de los temas en que no es fácil dilucidar las relaciones entre los términos *familia y Derecho*. Por el contrario, es difícil el estudio sociológico de la unión libre, porque la Sociología opera con encuestas y éstas no abundan o no son muy fiables en esta materia.

No obstante, recogemos los datos que al respecto nos proporciona el profesor CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE (en su artículo, «Las uniones de hecho: Derecho aplicable», en la Revista *Actualidad Civil*, núm. 36, octubre de 1999, págs. 1096 y 1097), aunque no reseña la fuente de donde los ha obtenido. Dice que las uniones no matrimoniales, comparativamente, son poco numerosas, pues en España las parejas de hecho estables constituyen apenas un 2 por 100, frente al 98 por 100 que son matrimonio, aunque en algunas regiones se ofrecen recientemente cifras más altas; así, se habla de un 4 por 100 en Cataluña. Sin embargo, si se tienen en cuenta las cifras extraídas del Censo de Cataluña en 1991, resulta un porcentaje muchísimo menor; así, aparecen 1.505.754 parejas matrimoniales frente a 10.843 uniones de hecho, lo que arroja tan sólo un porcentaje de 0,72 por 100. Sigue diciendo el profesor MARTÍNEZ DE AGUIRRE que en otros países de nuestro entorno su número es más alto hasta alcanzar en algunos casos proporciones notables.

Según él, las uniones de hecho son poco estables, pues más del 50 por 100 tiene una duración menor de cinco años; así, se señala que en Francia se alcanza un 65 por 100 de separaciones prematuras, y en Inglaterra se llega al 84 por 100 de uniones que no llegan a esos cinco años.

Nos dice también el mismo profesor que estas uniones de hecho son relativamente menos fecundas que los matrimonios. Según el Instituto Nacional de Estadística, en 1995, mientras que los matrimonios sin hijos son el 9,41 por 100 del total, el número de uniones de hecho sin hijos asciende hasta el 51,44 por 100.

Si contemplamos el fenómeno desde el punto de vista moral, hay razones que invalidan el intento de igualar legalmente las parejas de hecho con la familia originada en el matrimonio.

En efecto, esa equiparación no tiene ningún fundamento antropológico, pues no es buena ni para el hombre ni para la mujer, ya que tal pareja no tiene un compromiso fuerte al convivir sin un vínculo estable. Tampoco es justo que ese reconocimiento legal de la pareja defienda por igual derechos y deberes correlativos entre dos personas que no tienen compromiso legal conyugal de futuro, sino tan sólo una mera relación sexual más o menos estable.

Lo mismo cabe plantearse, si desde el punto de vista social es beneficioso aceptar la regulación jurídica de las parejas de hecho, preguntándose si favorece a la pareja, a los hijos o a los demás ciudadanos. No aportan ningún bien a la sociedad, la cual no se enriquece ni política ni éticamente.

El autor AURELIO FERNÁNDEZ (3) se pregunta si el paradigma de parejas de hecho corresponde a un sistema válido en sí para el varón y para la mujer, es decir, si favorece a la relación hombre-mujer, si es bueno para la educación de los hijos y favorece la vida y es útil para la convivencia social, y si ayuda a los ciudadanos a movilizar y enriquecer la comunidad.

La respuesta, dice el mismo autor, no puede menos de ser negativa. El único bien real es para aquellas parejas que, queriendo, no pueden casarse. Para las demás, se trata de un bien sólo aparente: se logra satisfacer el deseo individual de unas personas que no se conducen de un modo normal ni natural, sino que, por los factores que sean, adoptan un estilo de vida que se manifiesta opuesto a la naturaleza sexual del hombre y la mujer.

La unión de hecho fuera del matrimonio ha sido vista severamente desde siempre por la Iglesia católica, como notaremos al recoger los antecedentes sobre el particular.

En la actualidad, pese a la mayor permisividad que la sociedad adopta, la norma moral no puede ser tan flexible. El catecismo de la Iglesia católica, promulgado el 11 de octubre de 1992, mediante la Constitución Apostólica *Fidei Depositum*, por el Papa Juan Pablo II, en su número 2390 dice textualmente: *Hay unión libre cuando el hombre y la mujer se niegan a dar forma jurídica y pública a una unión que implica la intimidad sexual. La expresión en sí misma es engañosa. ¿Qué puede significar una unión en la que las personas no se comprometen entre sí y testimonian con ello una falta de confianza en el otro, en sí mismo o en el porvenir? Esta expresión abarca situaciones distintas: concubinato, rechazo del matrimonio en cuanto tal, incapacidad de unirse mediante compromisos a largo plazo.*

Y concluye de modo rotundo: *Todas estas situaciones ofenden la dignidad del matrimonio; destruyen la idea misma de la familia; debilitan el sentido de la fidelidad. Son contrarias a la ley moral; el acto sexual debe tener lugar exclusivamente en el matrimonio, fuera de éste constituye siempre un pecado grave y excluye la comunión sacramental.*

Como muestra más reciente de la clara postura de la Iglesia, recogemos algunos párrafos del discurso de Juan Pablo II a los participantes en la XIV Asamblea Plenaria del Consejo Pontificio para la Familia, publicado en

(3) En el folleto *Parejas de hecho*, Ediciones Palabra, Madrid, 1999, que contiene un breve, pero vigoroso alegato contra ellas, estudiándolas desde el punto de vista social, moral y jurídico.

L'Osservatore Romano, edición española, el 11 de junio de 1999, y reproducido por la revista *Verbo*, núm. 379-380, págs. 749 a 754. Dice así este discurso papal en sus pasajes más salientes:

Se pueden imaginar otras formas de relación y de convivencia entre los sexos, pero ninguna de ellas constituye, a pesar del parecer contrario de algunos, una auténtica alternativa jurídica al matrimonio, sino más bien una debilitación del mismo. En las así llamadas uniones de hecho se da una carencia, más o menos grave, de compromiso recíproco, un paradójico deseo de mantener intacta la autonomía de la propia voluntad dentro de un vínculo que, a pesar de todo, debería ser relacional. Lo que falta en las convivencias no matrimoniales es, en definitiva, la apertura confiada a un futuro para vivir juntos, que corresponde al amor activar y fundar, y que es tarea específica del derecho garantizar. En otras palabras, falta precisamente el derecho, no en su dimensión extrínseca de mero conjunto de normas, sino en su dimensión antropológica, la más auténtica, de garantía de la coexistencia humana y de su dignidad.

Además, cuando las uniones de hecho reivindican el derecho a la adopción, muestran claramente que ignoran el bien superior del niño y las condiciones mínimas que le son debidas para una adecuada formación. Por otra parte, las uniones de hecho entre homosexuales constituyen una deplorable distorsión de lo que debería ser la comunión de amor y de vida entre un hombre y una mujer en una recíproca entrega abierta a la vida.

Así, en algunos países se quiere imponer a la sociedad las así llamadas uniones de hecho, apoyadas por una serie de efectos legales que erosionan el sentido mismo de la institución familiar. Las uniones de hecho se caracterizan por la precariedad y la falta de un compromiso irreversible, que engendre derechos y deberes y respete la dignidad del hombre y de la mujer. Por el contrario, se quiere dar valor jurídico a una voluntad alejada de toda forma de vínculo definitivo. Con estas premisas, ¿cómo se puede esperar una procreación realmente responsable, que no se limite a dar la vida, sino que incluya también la formación y la educación que únicamente la familia puede garantizar en todas sus dimensiones? Esos planteamientos acaban por poner en grave peligro el sentido de la paternidad humana, de la paternidad en la familia. Eso acontece de diferentes maneras cuando las familias no están bien constituidas.

Cuando la Iglesia expone la verdad sobre el matrimonio y la familia, no lo hace sólo basándose en los datos de la Revelación, sino también teniendo en cuenta los postulados del Derecho natural, que representan el fundamento del verdadero bien de la sociedad misma y de sus miembros. En efecto, es muy importante para los niños nacer y ser educados en un hogar formado por padres unidos en una alianza fiel.

Y en el artículo 1.º de la Carta de los Derechos de la Familia presentada por la Santa Sede el 22 de octubre de 1983, se postulaba claramente la diferencia entre el matrimonio y el concubinato. Así, se dice en su apartado c): *El valor institucional del matrimonio debe ser reconocido por las autoridades públicas; la situación de las parejas no casadas no debe ponerse al mismo nivel que el matrimonio debidamente contraído*. En esta breve pero categórica afirmación, como nos dice el profesor CASTÁN VÁZQUEZ (4), sin expresarse una condena explícita hacia las uniones libres, las coloca en un plano inferior al reclamado para las uniones matrimoniales.

Señala el mismo autor que aunque estos textos confirman una línea que ha sido tradicional en la moral católica, cabe recordar que también hay otros pasajes recientes del Magisterio de la Iglesia que mitigan en cierta medida aquel rigor y expresan una preocupación pastoral por las parejas no casadas. Cita al efecto la Exhortación *Familiaris Consortio* del Papa Juan Pablo II, donde se manifiesta esa sensibilidad, que desea hacer extensiva a toda la Iglesia, afirmando que *los pastores y la comunidad eclesial se preocuparán por conocer tales situaciones y sus causas concretas, caso por caso*.

JOSÉ M.^a DÍAZ MORENO (5) señala como líneas básicas de una actuación cristiana, el Código de Derecho Canónico y la antes citada Exhortación Apostólica *Familiaris Consortio*, y resume la doctrina del Papa diciendo que las uniones de hecho constituyen un fenómeno cada vez más corriente y que las motivaciones más frecuentes que dan origen a este fenómeno son la pérdida de las ventajas económicas, la contestación y la agresión a la sociedad, la ignorancia y situaciones de evidente injusticia, la inmadurez psicológica y las costumbres tradicionales en algunos sitios. Cada uno de estos planteamientos o motivaciones, afirma el Papa, suponen para la Iglesia un serio problema por la pérdida del sentido religioso del matrimonio y la destrucción del concepto de familia. Por ello indica que los sacerdotes tienen la obligación de examinar cada una de estas situaciones, acercarse a ellas con discreción y respeto e iniciar una acción de clarificación paciente y de corrección caritativa con la finalidad de allanarles el camino para regularizar su situación.

El mismo autor, JOSÉ M.^a DÍAZ MORENO, concluye, como aplicaciones concretas en relación con estas uniones de hecho, que tanto los creyentes como los no creyentes admiten de una manera mayoritaria que la familia tiene un valor primario en la sociedad humana, y que el fundamento de la familia es el matrimonio. Por lo que es un error equipararla con otro tipo de uniones que no llevan consigo el compromiso, pública y libremente asumido, de es-

(4) En su trabajo citado, pág. 137.

(5) En su trabajo «Las familias de hecho. Aproximación a su vertiente jurídica y ética», en la Revista *Razón y Fe*, julio-agosto de 1997, págs. 33 a 54.

tabilidad permanente. No deja de ser una contradicción que quienes no quieren someterse a los derechos y deberes que constituyen el núcleo primario de la institución matrimonial, pidan un cierto reconocimiento que, de hecho, al menos les equipare al matrimonio. Teniendo en cuenta esto y pensando en los males que podrían derivarse de ignorar o prohibir estas situaciones, el legislador civil puede darles la posibilidad de que estas parejas puedan establecer mediante contratos las reglas de su relación que facilitase al menos el acceso a los beneficios sociales. Este tipo de regulación, según dice, puede venir aconsejada por el bien común y el orden público, en una adecuada aplicación de los principios de libertad y seguridad jurídica.

El teólogo LÓPEZ AZPITARTE (6) sigue la misma línea de firmeza al calificar las uniones de hecho, pero dulcificando el rigor ante los casos particulares de imposibilidad del matrimonio, que merecen estudio y comprensión. Dice que *la respuesta del cristianismo, de acuerdo con los principios actuales de su legislación, es suficientemente conocida y explícita: cualquier tipo de vida conyugal, al margen del matrimonio canónico, se convierte para el católico en una situación irregular e inaceptable. Aunque se haya dado cierta mitigación en las penas, el concubinato no tiene ningún reconocimiento eclesialístico y es rechazado desde una perspectiva moral.*

Pero a continuación introduce el factor de sensibilidad al decir que *la reflexión cristiana, sin embargo, no deberá acercarse al análisis y valoración de este fenómeno con una visión demasiado objetiva, en la que no cabe otra postura que la condena generalizada, olvidando otros aspectos y dimensiones que lo condicionan y favorecen. Una conducta tan extendida no se explica sólo por la perversión, la mala voluntad o el libertinaje, aunque tampoco pueda excluirse en todas las ocasiones, sino por los condicionantes sociológicos y culturales que provocan semejante conducta y constituyen un reto también para nuestros planteamientos teológicos y pastorales.*

Un punto de vista distinto podemos ver en otro autor, EDUARDO ESTRADA ALONSO (7), que rotula el capítulo IV de su libro con la expresión *La supuesta contradicción de las uniones extramatrimoniales con los conceptos de moral, orden público y buenas costumbres*. Dice que tanto en España como en otros países se ha venido negando tradicionalmente todo tipo de consecuencias jurídicas a las formaciones extramatrimoniales por su contradicción con la moral, el orden público y las buenas costumbres, y todo ello sin que en realidad exista algún obstáculo legal. Reconoce que aunque la

(6) En su trabajo «Cristianismo y familias no matrimoniales», en el libro *Políticas de familia*, editado por la Universidad de Comillas, Madrid, 1993, pág. 147, citado por el profesor CASTÁN en su artículo reseñado en la nota 2.

(7) En su libro *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, 2.^a edición, Madrid, 1986, especialmente págs. 77 y sigs.

moral reside en el fuero interno de los hombres, tiene una manifestación externa en las creaciones sociales como el Derecho, lo que condiciona sin duda la elaboración de las normas y soluciones jurídicas. Según este autor, se ha tratado de un mal entendido concepto de la moral cristiana, la cual, si bien señala como modelo la unión en matrimonio, no condena al ostracismo a las personas que desarrollan este modelo de convivencia y es evidente que en los últimos años se ha producido un cambio en la conciencia social. Igualmente entiende que son indeterminados los conceptos de orden público y buenas costumbres, y así, tanto la jurisprudencia española como la de otros países, cuando ha tenido que resolver alguno de los problemas que conciernen a las uniones libres, casi siempre recurren a desestimar cualquier petición basándose en estos inconcretos motivos. Dice que las nociones de orden público y buenas costumbres hay que concretarlas a su lugar y tiempo determinados y la colectividad ya no considera escandalosas las relaciones extramatrimoniales: los mismos compañeros se presentan como tales socialmente, y, salvo grupos reducidos, a nadie se le ocurre discriminar socialmente a quienes desarrollen este modelo de vida. Considera que en la actualidad ya no podrían calificarse como inmorales o contrarias al orden público y a las buenas costumbres, pues la relajación de estas costumbres, la crisis de los valores tradicionales, la inestabilidad alcanzada por el matrimonio y otras diversas causas, han provocado la naturalidad social de la convivencia *more uxorio* que, en principio, no configura ningún peligro para la institución matrimonial.

Estas poco consistentes premisas valen al autor para justificar, sólo social, pero no moralmente, a las uniones de hecho, y por eso dice que, a su entender, estas uniones sólo pueden perjudicar al matrimonio en el caso de que sean adulterinas, aunque después amplía el repertorio a aquéllas que por su carácter delictivo deben ir acompañadas de sanción penal y excluidas de todo reconocimiento jurídico, como cuando arrastran el abandono de la familia legítima, el escándalo público o las constituidas a través de la seducción, la violación, el estupro y las incestuosas. O sea, que no está tan clara la inocuidad de estas situaciones en todo caso, ni mucho menos, dada la lamentable frecuencia con que se presenta toda esta retahíla de dañosas anomalías.

Que con el auge de las parejas de hecho, la familia legítima, o sea, la matrimonial, pueda peligrar, es algo que tienen claro algunos autores. Entre ellos citamos al notario VICENTE SIMÓ SANTONJA (8), quien nos dice que tal familia legítima está comprometida por el mundo que la rodea y es evidente que las contradicciones de la sociedad actual, entre las que están las uniones de hecho, repercuten negativamente en su estructura interna.

(8) En su discurso de ingreso en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, el 11 de diciembre de 1986, pág. 16.

Y el profesor de la Universidad de Córdoba, IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ (9) nos dice que se constata la caída del número de matrimonios celebrados y el correlativo aumento de uniones extramatrimoniales. El fenómeno de la disminución numérica de los matrimonios es una realidad que se percibe en los países industrializados desde algunas décadas y que aumenta con el transcurso de los años. El matrimonio va perdiendo progresivamente una importancia no sólo cuantitativa, sino también cualitativa, pues el matrimonio que regulan las leyes actuales no es el tradicional, sino un matrimonio distinto, donde prima la igualdad de los cónyuges, donde su voluntad es tenida en cuenta por el Derecho, un matrimonio que puede acabar por esa voluntad de los sujetos, mediando o no diversas causas, lo que conlleva una cierta pérdida o declive de la idea de institución. Y esta pérdida de importancia y este cambio del matrimonio se ven acompañados por un auge creciente de las uniones de hecho, que es un fenómeno que está ocurriendo no sólo en España, sino en todos los países de nuestro entorno y modo de vida.

Ello hace que, como dice el profesor GONZÁLEZ PORRAS (10), ante un fenómeno social de la envergadura de éste, el Derecho no puede dejar de ocuparse de él. Nadie, dice, se atrevería hoy a suscribir las palabras de Napoleón cuando, durante los trabajos preparatorios del *Code*, afirmó que si los concubinos ignoran la ley, la ley se desinteresa de ellos.

Está claro que el estudio de las uniones de hecho exige la atención del Derecho para atender a los intereses dignos de tutela que se producen en situaciones de larga convivencia, y mucho más a su ruptura, que es lo que nos proponemos abordar. Hemos expuesto por delante la doctrina de la Iglesia antes reseñada, pues la moral es una, y no cambiante, como se pretende. En el mismo sentido, el citado profesor GONZÁLEZ PORRAS dice que cree justo rechazar la falsa aspiración ajurídica y laicista que nos quiere hacer creer (apoyándose en supuestos valores de libertad individual) que la unión libre de un hombre y una mujer, con todas sus consecuencias personales y patrimoniales, se puede igualar al matrimonio legal y que todos sus problemas pueden encontrar solución al margen de la Ley.

Queda patente, pues, nuestro juicio sobre las uniones extramatrimoniales desde el punto de vista moral, pero hay que constatar el hecho de que se percibe una evolución social que está pasando claramente de condenarlas a tolerarlas. Los tiempos han cambiado, las situaciones se presentan con mayor frecuencia y aquí hay una problemática que merece la atención de los juristas.

(9) En su Tesis Doctoral *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, editada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1995, pág. 32.

(10) En sus «Notas» al libro *La liquidación de los bienes en las uniones de hecho*, de BERNARD DEMAÏN. Traducción española. Editorial Reno, Madrid, 1992, pág. 130.

II. CONCEPTO, CARACTERES Y TERMINOLOGIA

A) CONCEPTO DOCTRINAL, JURISPRUDENCIAL Y LEGAL

Cuestión difícil, ciertamente, es la de encontrar un concepto que recoja la esencia de estas situaciones de hecho, sobre todo si con ello se procura presentarlas frente a otros supuestos de uniones pasajeras y esporádicas que no pueden optar en caso alguno a la protección de las normas.

En principio, al hablarse de unión de hecho, parece que hay que acudir, por exclusión, a toda unión fuera de matrimonio, o sea, un *matrimonio* sin constitución legal. Pero, como advierte el notario JOSÉ CERDÁ GIMENO (11), nos encontramos en presencia de una realidad proteica, multiforme y plurifacética que difícilmente se presta a una exacta definición. Inicialmente se puede hacer referencia a una noción genérica como *las relaciones sexuales voluntarias y libres que se mantienen fuera del matrimonio*, que es demasiado amplia, por lo que otros dan una definición más concreta hablando de *unión de un hombre y una mujer que, sin estar casados, conviven sexualmente*. Precizando un poco más, entiende que habría que exigir una cierta exclusividad por parte del varón y la mujer, con lo que se apartarían determinadas situaciones de promiscuidad sexual, como en las llamadas *comunidades*. Otros autores exigen que el concubinato, situación de hecho que copia o imita el estado matrimonial, requiere una cierta duración para que surta sus efectos como tal.

Después de todas estas observaciones, CERDÁ GIMENO intenta una primera aproximación al concepto que puede lograrse a base de un doble principio: el concubinato no es el matrimonio, pero se asemeja al matrimonio; la dificultad estriba en que son muy confusas las notas que le diferencian de las simples relaciones sexuales extramatrimoniales. Por ello los autores suelen exigir, para que exista concubinato, una comunidad de vida o cohabitación, duración o estabilidad de la situación y existencia de relaciones sexuales. A la vista de estas precisiones, CERDÁ GIMENO da una noción estricta del concubinato como *una comunidad duradera de vida, habitación y techo entre un hombre y una mujer que no están casados*, y considera que carece de sentido hablar de requisitos de capacidad o de impedimentos para constituir válidamente una relación concubinaria.

El notario SIMÓ SANTONJA (12) da una definición tan escueta como expresiva al sintetizar este fenómeno como *comportamiento matrimonial al que la ley no reconoce como tal*. Y añade que si bien la primera parte —el comportamiento matrimonial— no se discute, en cambio, el segundo tramo no es

(11) En su conferencia «Reflexiones jurídicas sobre el concubinato», Ibiza, 1977, recogida en el libro *Estudios sobre el Derecho de Familia*, editado por el Colegio de Registradores, Madrid, 1993, págs. 530 y 531.

(12) En su discurso académico citado en la nota 8.

siempre exacto, dado que las leyes, que son negativas en reconocer el comportamiento, sí reconocen algunas de sus consecuencias, aunque exigiendo criterios de notoriedad, cohabitación durante algún tiempo o nacimiento de hijos. Considera demasiado amplio y aún disparatado un estudio de conjunto de *parejas no casadas* si se engloba en ellas tanto las relaciones fortuitas como las duraderas, tanto las que viven juntas como aquéllas que se encuentran más o menos esporádicamente, tanto las heterosexuales como las homosexuales. Por ello concluye que una definición de estas parejas debe limitarse a las heterosexuales que, sin estar casadas, conviven de modo permanente. O sea, que vuelve a su concepto inicial que vimos, es decir, las que llevan una vida común sin matrimonio.

El profesor JAVIER O'CALLAGHAN (13) da un concepto estricto y otro amplio de las uniones de hecho. El concepto estricto es el que recuerda al matrimonio en el modo de comportarse como unión *paramatrimonial* o como *matrimonio de hecho*.

Este es el concepto recogido en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica el Código Civil en materia de adopción, y que en su Disposición Adicional 3.^a amplía la posibilidad de adoptar conjuntamente tanto a los cónyuges como *al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal*.

También nos da el profesor O'CALLAGHAN un concepto amplio, quizá demasiado amplio, de la unión de hecho que no tiene por qué, dice, asimilarse al matrimonio. Así, el concepto de convivencia puede ampliarse en cuanto al sexo, pues puede ser heterosexual o también homosexual; en cuanto al número, puede ser monógama o en pluralidad, y por último, entiende que la unión de hecho puede darse también entre personas parientes entre sí en cualquier grado.

Concluye en que el concepto negativo de la unión de hecho es la convivencia no constituida en la forma solemne que se exige para el matrimonio, porque no se quiere (unión de hecho en sentido estricto) o porque no se puede (unión de hecho en sentido amplio). El concepto positivo de la unión de hecho, a juicio de este autor, se centra en el hecho positivo de la convivencia.

El profesor GALLEGO DOMÍNGUEZ (14) no acepta esos conceptos amplios que hemos visto y considera preferible, como premisa para intentar delimitar el fenómeno extramatrimonial, partir de la idea de que en principio sólo deben tenerse en cuenta las parejas no matrimoniales que remeden al ma-

(13) En su ponencia «Concepto y calificación jurídica de las uniones de hecho», incluida en *Cuadernos de Derecho Judicial*, editado por la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pág. 20.

(14) En su Tesis Doctoral citada en la nota 9, pág. 47.

trimonio, pues no en vano se alega que tales uniones son un *matrimonio de hecho*. Tal expresión, nos dice, es muy plástica y expresiva del contenido de estas relaciones y trae la cita de autor francés CARBONNIER, según el cual, *el concubinato parece ser al matrimonio lo que el hecho es al derecho*. Partiendo de estas ideas define la unión extramatrimonial como *la unión de un hombre y una mujer, sin necesidad de formalidades en su constitución que se manifiesta externamente y que conforma una comunidad de vida, continuada y estable, en un mismo lugar*.

ESTRADA ALONSO (15), tras señalar unos supuestos o requisitos que conforman estas uniones, considera que, si se aspira a su reconocimiento jurídico, han de presentarse ante el Derecho con unos caracteres concretos y adaptados a los principios jurídicos y sociales imperantes y por ello acepta un concepto bastante estricto, diciendo que la unión libre es *la unión duradera, exclusiva y estable de dos personas de sexo diferente y capacidad suficiente, que con ausencia de toda formalidad y desarrollando un modelo de vida en comunidad como cónyuges, cumplen espontánea y voluntariamente los deberes de responsabilidad y solidaridad recíprocos*.

El profesor GITRAMA GONZÁLEZ (16) parece centrar el concepto en la sexualidad, estabilidad y convivencia, al definir a las uniones de hecho como *aquellas relaciones heterosexuales no conyugales, pero de naturaleza exclusiva, que presentan una cierta estabilidad en el tiempo y tienen por marco un hogar común*.

A la vista de las anteriores ideas y resumiendo los caracteres que identifican, por nuestra parte entendemos que las uniones de hecho se pueden definir como *la convivencia more uxorio, iniciada sin formalidades externas entre dos personas capaces y maduras, normalmente de distinto sexo, que aceptan de modo voluntario el cumplimiento de los deberes básicos del matrimonio y constituyen una comunidad estable en la que media una affectio continuada, exista o no prole común*.

La jurisprudencia ha intentado delimitar el concepto de estas uniones de hecho y en las varias sentencias ya pronunciadas por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional se alude a diversos aspectos según el asunto concreto que dilucidaban, en fallos no siempre concordantes y a veces con votos particulares disintiendo.

Recogemos entre ellas la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1992, que alude a los requisitos que deben considerarse mínimos para que se evite una interpretación amplia de esta figura, que desborde y desvirtúe la

(15) Obra citada, págs. 75 y 76.

(16) En su artículo *Notas sobre la problemática jurídica de la pareja no casada*, en el Libro homenaje al profesor JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO. Universidad de Salamanca, 1984, pág. 210.

debida aplicación del Derecho. En su Fundamento Jurídico 4.º establece que *la convivencia more uxorio ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar*. Como se ve, casi un matrimonio, pues sólo le falta la formalidad de su constitución, religiosa o civil, y su inscripción en el Registro Civil de verdad, pues a veces acuden a esos registros fácticos que se han inventado algunos municipios.

En el ámbito legal, hasta ahora sólo teníamos la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, permitiendo la adopción *al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal*, y la disposición de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre de 1994, autorizando la subrogación del contrato a la persona *que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual*, con lo que parece admitir la pareja homosexual, aunque exigiendo dos años de convivencia, a no ser que haya descendencia común.

Ahora tenemos los conceptos que nos dan las leyes autonómicas de Cataluña, Aragón y Navarra, a las que nos referiremos después con mayor amplitud.

La Ley de Cataluña, de 15 de julio de 1998 (17), regula y acoge tanto las uniones heterosexuales como las homosexuales. En su artículo 1.º dice que sus disposiciones se aplican tanto a la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a esta Ley. No es necesario el transcurso de esos dos años cuando tengan descendencia común, pero sí debe concurrir siempre el requisito de la convivencia. Para intentar dejar a salvo el prurito de la competencia, la constitucionalidad más que dudosa, esta Ley establece que, como mínimo, uno de los dos miembros de la misma pareja debe tener vecindad civil en Cataluña.

En cuanto a la unión homosexual, se dice en el artículo 19, las disposiciones de esta Ley se aplican también a las uniones estables de parejas formadas por personas del mismo sexo, con la exigencia de convivir maritalmen-

(17) Publicada en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña el 23 del mismo mes. Puede verse su texto en el Boletín del Colegio de Registradores, núm. 40, julio de 1998, págs. 2253 y sigs., y también el libro *Normativa autonómica (1997-1998)*, editado por dicho Colegio, tomo II, pág. 1817.

te y manifestar su voluntad de acogerse a ella en la forma prevista. Aparte de requerir la vecindad civil en Cataluña de uno de ellos, se establece en el artículo 20 que no pueden constituir esta clase de *unión estable* los menores de edad, las personas que estén unidas por un vínculo matrimonial, las que forman una pareja estable con otra persona, los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción y los parientes colaterales con consanguinidad o adopción dentro del segundo grado.

Más reciente y menos explícita es la Ley de Aragón de 26 de marzo de 1999 (18), pues aunque en su preámbulo parece aludir a la unión homosexual, después no la regula de modo expreso, pero tiene una redacción que no se sabe si es o no ambivalente. Así, en su artículo 1.º dice que la Ley será aplicable a las personas mayores de edad que, cumpliendo los requisitos y formalidades que en la misma se establecen, formen parte de una pareja estable no casada, en la que exista relación de afectividad análoga a la conyugal, exigiéndole en el artículo 2.º la inscripción en un registro regional que se crea. Según el artículo 3.º, se considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un período ininterrumpido de dos años como mínimo, o se haya manifestado la voluntad de constituirse mediante escritura pública; si no hay escritura pública, se podrá acreditar la existencia de pareja estable por los medios de prueba admitidos en Derecho y especialmente a través de acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia.

Aparte de la duda —parece que sí, pero no se dice— sobre la admisión de la homosexualidad, el concepto que da esta Ley de las parejas de hecho se limita a acudir a la analogía respecto al matrimonio en cuanto a la relación de afectividad y es dubitativa en extremo sobre si es o no requisito constitutivo la escritura pública y acude a un registro administrativo para encuadrar a los que por definición no admiten encuadres.

La Ley Foral de Navarra, de 3 de julio del 2000, considera pareja estable la unión libre y pública en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas, sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta, o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

(18) Publicada en su Boletín autonómico el 6 de abril siguiente, pudiendo verse su texto completo en el Boletín del Colegio de Registradores, núm. 48, abril de 1999, pág. 1457.

B) CARACTERES QUE DELIMITAN EL FENÓMENO

A la vista de las ideas expresadas en los conceptos recogidos, los autores no siempre se ponen de acuerdo a la hora de señalar las líneas características de este fenómeno de las uniones fácticas. Veamos cuáles pueden ser esos caracteres, según el concepto amplio o estricto con que se concibe la unión de hecho:

1. Convivencia *more uxorio*, o sea, identificación con el modelo de vivir en los hogares familiares fundados en el matrimonio. Nos parece requisito fundamental para diferenciar la unión de hecho de las relaciones esporádicas que a nada comprometen. Sin embargo, esta convivencia no exige que los componentes de la unión se hagan pasar por cónyuges, sino que basta la vida en común como si lo fueran y aunque expresamente manifiesten que no aceptan el matrimonio, pues a veces se da esta curiosa paradoja de vituperar la institución matrimonial, pero querer acogerse a sus normas ventajosas, no a las que les obligan. La convivencia es el dato análogo entre unión de hecho y matrimonio.

2. Ausencia de formalidad. Este es el dato que diferencia el matrimonio y la unión de hecho, ya que estas figuras prescinden de toda celebración, formalidad o solemnidad. El concubinato sólo requiere la voluntad de sus componentes, que se presume renovado de modo continuo por la convivencia. Sin embargo, a veces resulta chocante que quieran hacer valer su condición de convivientes, aunque por medios distintos de las formalidades comunes o normales en el matrimonio. Así, discute la posibilidad de pactar por contrato sus relaciones, sean personales o patrimoniales, cosa no siempre admitida por las legislaciones. En España, las Leyes autonómicas de Cataluña, Aragón y la Ley Foral de Navarra permite a los convivientes manifestar en escritura pública la voluntad de acogerse a sus normas y hasta se llega a articular un futuro registro administrativo de parejas de hecho, calco deplorable de parecidos pseudo-registros creados por la inventiva de algunos alcaldes, carentes de toda efectividad en el ámbito civil. ¿Cuáles pueden ser los motivos de acudir a ellos? Recogemos una noticia publicada en *ABC*, suplemento de Madrid, el 4 de marzo de 2000, página 12, que nos habla de las inscripciones en los registros municipales y de su posible motivación. Dice así:

El número de inscritos en el registro de parejas de hecho supera al de matrimonios civiles en Torrejón de Ardoz

Desde su apertura en el mes de noviembre del año 1998, el registro de parejas de hecho de la localidad de Torrejón de Ardoz ha roto con una marca importante. Por primera vez, han sido más las parejas que ha decidido inscribirse en este registro a aquéllas que,

por el contrario, han optado por formalizar su relación contrayendo nupcias.

Según datos facilitados por el propio Ayuntamiento, en el año y medio que ha transcurrido desde su apertura, 130 parejas del municipio ha preferido registrarse como pareja de hecho, frente a las 80 que han contraído matrimonio por lo civil.

Las uniones de hecho todavía no tienen plena vigencia legal en nuestro país; sin embargo, varios ayuntamientos que apuestan por la creación de una Ley de Parejas de Hecho han decidido abrir sus propios registros para que aquellas parejas que lo deseen puedan formalizar su relación sin tener que casarse.

Obtener mayores beneficios

Generalmente, los jóvenes optan por esta fórmula para obtener los beneficios y derechos que se les reconocen a la hora de adquirir una vivienda o aquellos que están reconocidos en los convenios colectivos de sus empresas.

Asimismo, este sistema permite que las parejas de homosexuales también puedan inscribirse y obtener las mismas ventajas que las uniones de hecho heterosexuales. En el caso concreto de Torrejón de Ardoz, fuentes municipales informaron a ABC que la mayor parte de las parejas que se registran son jóvenes y de tendencia heterosexual.

Las mismas fuentes reconocen que «el dato contabilizado es el de aquéllos que han contraído nupcias por lo civil, pero no se ha podido contar aquellos matrimonios que han optado por desposarse por la Iglesia en ceremonia religiosa».

Otros municipios que poseen esta posibilidad, como es el caso de Getafe, Leganés, Pinto, Fuenlabrada o Parla, poseen un alto número de uniones de hecho, pero su número no ha llegado a rebasar al de matrimonios civiles.

3. Cumplimiento voluntario de los deberes matrimoniales. Así lo considera ESTRADA ALONSO (19), entre cuyos deberes está el de fidelidad, admitiendo a título de analogía los artículos 67 y 68 del Código Civil. Sin embargo, no parece muy adecuado extender estas obligaciones a quienes no han contraído matrimonio, y así lo reconoce este autor y son de la misma opinión CERDÁ GIMENO (20) y MARTÍNEZ-PINEIRO (21), quienes consideran que los

(19) Obra citada, pág. 55.

(20) Conferencia citada en la nota 11, pág. 572.

(21) Obra citada, pág. 29.

deberes de respeto, ayuda, convivencia, fidelidad y socorro mutuo no son exigibles entre compañeros que integran la unión de hecho, pues sólo serán, a lo más, obligaciones morales, sin que su incumplimiento lleve aparejada sanción jurídica directa.

4. Comunidad estable y duradera. MARTÍNEZ-PIÑEIRO, en la obra que acabamos de citar, nos dice que esta comunidad de vida implica para algunos que la hagan en techo, mesa y cama. Para otros, no puede identificarse con una cohabitación a ultranza, ya que la convivencia *more uxorio* supone que ha de ser semejante a la de los cónyuges, no podrá pedirse a los compañeros extra-matrimoniales en buena lógica más requisitos que a los cónyuges.

Lo que sí es esencial es que las relaciones sean continuas y con una duración mínima que denote la suficiente estabilidad. Tanto la Ley catalana como la aragonesa se inclinan por un plazo de dos años, a no ser que haya descendencia común, lo que denota ya un ligamen que, aunque sea puramente fáctico, parece pesar lo suficiente.

5. ¿Heterosexualidad? Depende del concepto amplio o estricto de la pareja. GALLEGO DOMÍNGUEZ (22) opina que la pareja de hecho, en cuanto unión de personas a modo de matrimonio, requiere, como éste, la diversidad de sexos. Si se parte de esa similitud, debemos sentar el carácter heterosexual de la pareja de hecho. Sin embargo, la cuestión de las parejas homosexuales y su acercamiento a las heterosexuales es un hecho que se va imponiendo poco a poco y ya existen varias manifestaciones en ese cambio de rumbo, y al efecto cita una Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, sobre igualdad de derechos de los homosexuales y lesbianas. La homosexualidad se reconoce expresamente en la Ley de Arrendamientos Urbanos y en la Ley 27/1982, de 11 de noviembre, modificando la adopción. La Ley catalana no sólo reconoce, sino que regula expresamente las parejas homosexuales, y las leyes aragonesa y navarra, sin regularlas expresamente, aluden a ellas, y dan pie para entender que las acogen en la manera poco definida de sus normas al respecto. Las normas que regulan los Registros municipales acogen, como regla general, la posibilidad de recibir a las uniones homosexuales en igualdad de condiciones con las heterosexuales. La Iglesia, ya lo hemos visto, enseña que las uniones de hecho entre homosexuales constituyen una deplorable distorsión de lo que debería ser la comunión de amor y de vida entre un hombre y una mujer en una recíproca entrega abierta a la vida.

6. Relación sexual. Se suele considerar elemento normal y necesario. GALLEGO DOMÍNGUEZ (23) dice que es una nota que no suele presentar problemas, pues existe siempre o casi siempre, y cita la frase del autor francés RODIERE de que *puede haber matrimonios blancos, pero nunca hay concubi-*

(22) Obra citada, pág. 50.

(23) Obra citada, pág. 67.

atos blancos. De no existir relación sexual estaríamos ante una simple relación de amistad o de convivencia entre compañeros, como puede ocurrir con estudiantes, hermanos o compañeros de trabajo que viven en un mismo piso por ahorrar gastos o procurarse compañía, pero nada más. Hay quien opina que la unión se mantiene cuando la pareja no pudiera seguir manteniendo el contacto sexual iniciado, pero continúan viviendo juntos.

7. La *affectio* o voluntad continuada. Es uno de los caracteres fundamentales, en cuanto que si falta se produce la ruptura de la unión de hecho, carente de otro vínculo que no sea esa voluntad de permanecer en la pareja. Es elemento esencial y determinante de la voluntad de mantener la unión en el tiempo, ya que la unión por sí no supone un vínculo compulsivo, sino que necesita una renovación constante del deseo de seguir juntos; sin afecto recíproco no puede hablarse de unión.

8. Capacidad y madurez. La doctrina se encuentra dividida en orden a si la edad para iniciar una convivencia extramatrimonial debe ser la exigida para contraer matrimonio o la necesaria en orden a la capacidad para contratar cuando exista regulación contractual de la unión libre, o bien una edad mínima coincidente con la mayoría de edad en el momento de iniciarse la convivencia.

Esta última opinión es la que defiende ESTRADA ALONSO (24), quien dice que para el buen desarrollo de las uniones libres debe exigirse una madurez física y mental en los convenientes que haga posible el enfrentamiento con este modelo de vida y que las haga, en definitiva, merecedoras de consecuencias jurídicas. Cree que para que los convivientes desarrollen espontáneamente los deberes de fidelidad y ayuda mutua e incluso para un definitivo desarrollo sexual, debe fijarse una edad mínima que coincida cuando menos con la mayoría sexual de los convivientes en el momento de iniciarse la relación.

De la misma opinión es CERDÁ GIMENO (25), que entiende que esa posición, que se fundamenta en el buen desarrollo de las responsabilidades derivadas de las uniones extramatrimoniales, exige una completa madurez física y mental, y por ello la idea de la mayoría de edad es plenamente aceptable y tiene el suficiente sentido común para no ser contradicha.

Hay quienes, acudiendo a la supuesta analogía con el matrimonio, defienden que, a la vista del artículo 48 del Código Civil, podría permitirse la unión desde los catorce años, previa dispensa judicial. Nos parece totalmente inaplicable esta norma, que está dada para casos muy concretos, no susceptibles de la pretendida aplicación analógica. GALLEGO DOMÍNGUEZ (26) cita el Registro Municipal de Vitoria, al cual tienen acceso no sólo los mayores de edad, sino

(24) Obra citada, pág. 73.

(25) Obra citada, pág. 567.

(26) Obra citada, pág. 55.

también los menores emancipados; desconocemos otros casos posibles de estas irregulares normativas.

Sólo tenemos a la vista lo dispuesto en las citadas leyes de Cataluña y Aragón, estableciéndose en ambas que sus disposiciones sólo serán aplicables a los mayores de edad, con lo cual ha acogido, según parece, la opinión más aceptada por la doctrina. La Ley Foral de Navarra admite también la unión para los menores emancipados.

9. La procreación. Según la doctrina mayoritaria, la procreación ni es consecuencia ni requisito imprescindible de la relación sexual de la unión de hecho. Algunos autores italianos (27) se plantean si la atribución o no de consecuencias jurídicas a las uniones libres debe estar condicionada por el hecho de la existencia de filiación, haciendo depender la relevancia jurídica del concubinato de la procreación.

En España, la opinión más aceptada es que no es necesaria la existencia de hijos en una unión de hecho para que pueda considerarse jurídicamente relevante (28); del mismo modo que puede existir matrimonio sin hijos, también podrán existir uniones extramatrimoniales sin hijos.

Otra cosa muy distinta es que el hecho de tener hijos sirva como modo de prueba de la unión existente, y así lo admiten normas que consideren la existencia de prole como sustitutivo de algún requisito concreto, como puede ser el plazo mínimo de convivencia.

Así, en la Ley de Cataluña, tras exigir la convivencia en un período ininterrumpido de dos años en el apartado 1 del artículo 1, dice en el apartado 2 del mismo artículo que no será necesario el transcurso de dicho período, cuando tengan descendencia común, aunque, eso sí, se considere preciso el requisito de la convivencia. Igual se establece en la Ley Foral navarra. En cambio, en la Ley aragonesa no existe disposición análoga sobre el particular.

C) TERMINOLOGÍA

Lo que hemos venido llamando indeterminadamente fenómeno o unión de hecho goza en la doctrina de una variadísima terminología, según los aspectos salientes con que se la contempla.

El término inicialmente empleado fue el de *concubinato*, que aparece en el Derecho romano y aún perdura en algunos autores modernos. Según el profesor CASTÁN VÁZQUEZ (29), se aplicaba a la unión que no respetaba las

(27) Como CARRARO y FARENGA, citados por ESTRADA ALONSO en su libro, pág. 71.

(28) En este sentido, GALLEGO DOMÍNGUEZ, obra citada, pág. 59.

(29) En su Comunicación a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, citada en la pág. 38.

exigencias de forma o de fondo del matrimonio, según se recoge en el Digesto, 25, 7.

En las Partidas se habla de la *barraganía*, en el título 14 de la cuarta Partida, al que nos referiremos después, diciendo que barraganas son las otras mujeres que tienen los hombres y que *no son de bendiciones*.

En la actualidad, tanto en la doctrina como el lenguaje popular, se emplean multitud de términos, a cual más expresivo, que aluden a determinados aspectos del fenómeno.

Siguiendo a GALLEGO DOMÍNGUEZ, podemos anotar los siguientes:

- a) Denominaciones que destacan la situación de hecho. A ellos se refieren estos términos: *matrimonio de hecho*, *relaciones de hecho*, *convivencia de hecho*, *familia de hecho* y *unión de hecho*, que es la que nos parece de uso común y quizá la más aceptable, porque se centra en la esencia de la figura que no es, ni más ni menos, que un puro y simple hecho, aunque después se le quieran derivar consecuencias jurídicas.
- b) Denominaciones que se basan en su aparente analogía con el matrimonio, tales como *vivir como matrimonio*, *relación análoga al matrimonio*, *unión análoga a la conyugal*, *vivir maritalmente*, *convivencia a imagen de matrimonio*, *convivencia more uxorio*, *matrimonio fingido*, *matrimonio consensual*, y otras por el estilo que tienden a un *quiero y no puedo asimilarlo al verdadero matrimonio*, todas ellas inconcretas e inexactas.
- c) Otras denominaciones resaltan, precisamente, las diferencias con el matrimonio, así como *convivir sin ser cónyuges*, *vivir en pareja sin casarse*, *convivencia extramatrimonial*, *unión extramatrimonial*, *familia no conyugal*, *pareja no casada*, etc.
- d) Denominaciones que pretenden remarcar el carácter familiar que se quiere atribuir a estas uniones, como *familia de hecho*, *familia no matrimonial*, *familia de afectos* y *familia no conyugal*.
- e) Hay otras denominaciones también empleadas históricamente. Señalamos entre otras:

— *Concubinato*, la más antigua, que parece tener ahora una cierta connotación peyorativa.

— *Barraganía*, por la denominación dada por las Partidas a la mujer que entraba en la pareja sin casarse. Por cierto, que el Diccionario de la Real Academia, injustamente, define de muy distinto modo las palabras, el femenino *barragana* (*concubina que vivía en casa del que estaba amancebado con ella*), y el masculino *barragán* (*esforzado, valiente*).

— *Cohabitación*, que se refiere, más que a la convivencia en el mismo domicilio, a la existencia de relación sexual.

- *Unión libre*, indicando que se constituye por pura voluntad de los interesados, aunque a veces no hay tal libertad, sino constreñimiento por no poder casarse como quisieran.
- *Arrejuntamiento*, término bastante popular en ciertas regiones españolas, especialmente en Andalucía (30).
- Por último, *uniones civiles*, es la denominación que suelen emplear las disposiciones municipales que regulan los registros allí instituidos. Creado el primero en Vitoria, el 28 de febrero de 1994, se adoptó este nombre, que, por mimetismo, ha pasado a las posteriores.

Las Leyes autonómicas de Cataluña y Aragón aceptan, respectivamente, la primera, la denominación de *uniones estables de pareja*, y la segunda, *parejas estables no casadas*. La Ley navarra, las llama, simplemente, *parejas estables*.

Como hemos dicho, nos parece que el de *uniones de hecho* es el término más concreto y aceptable, porque se trata de una manifestación puramente fáctica. Por eso, y por ser la más extendida y concisa, creemos que la denominación *uniones de hecho* es la que mejor cuadra a este fenómeno que estamos estudiando.

III. NATURALEZA JURIDICA

Para determinar después cuáles son los efectos patrimoniales que puedan derivarse de las uniones de hecho y encontrar el fundamento a las soluciones a adoptar, parece necesario determinar cuál sea la naturaleza del vínculo, si es que existe, entre las personas que se encuentran en esta situación.

En primer lugar, es preciso tener en cuenta que se trata de relaciones extramatrimoniales que son contrarias a la moral, y aunque el Código Penal no las considere delictuales salvo en algunos casos, los actos destinados a crear o mantener esa vida común pueden resultar afectados de nulidad por ser contrarios a la moral, el orden público o atentar a las buenas costumbres, según el artículo 1.255 del Código Civil. El Tribunal Supremo ha dictado algunas sentencias declarando nulas las donaciones a la barragana, sobre todo en casos de donantes con herederos legítimos cuando se ha dañado su cuota legal hereditaria mínima.

Frente a esta postura tradicional, las opiniones permisivas modernas tratan de aceptar diversas configuraciones para encajar en este fenómeno la posibilidad de atribuirle efectos jurídicos.

(30) Así lo recoge el profesor LASARTE ALVAREZ en su libro *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia*, 1997, pág. 46.

Seguimos al notario CERDÁ GIMENO (31), quien nos esboza las siguientes posturas:

1. El concubinato como institución jurídica. Esta doctrina sostiene la validez de la unión de hecho hasta el punto de concederle la creación de un vínculo jurídico permanente, producto de derechos y obligaciones entre los pseudo cónyuges; por virtud de ese vínculo, la mujer se obliga a comportarse como una mujer legítima, cumpliendo sus deberes típicos, como cuidar o educar a los hijos y atender la buena marcha de hogar; por parte del hombre, se compromete a subvenir, a medida de sus posibilidades, a las necesidades económicas de la unión. Se basa esta opinión en que es posible separar, de un lado, el acuerdo de voluntades encaminado a mantener relaciones carnales (acuerdo que sería nulo por ilicitud del objeto), y de otro lado, el acuerdo que tiene por objeto el cuidado del hogar y la educación de los hijos, que sí sería válido.

Sin embargo, esta doctrina parece dar por demostrado lo que había que probar; en efecto, pocas serán las parejas que practiquen esa sumisión a unas reglas morales que, por principio, les repelen; si las aceptasen, se casarían. Institución es el matrimonio; la unión no lo es.

2. El concubinato como matrimonio aformal, parecido al matrimonio *sine manu* romano. La construcción es muy forzada, que pretende nada menos que ahora una evolución del matrimonio, que acabará siendo una unión consensual centrada en la familia como concepto social con la obligación central de dar alimentos a sus hijos y componentes. Pobre concepción, como se puede ver.

3. Otra solución se basa en la analogía con el matrimonio. Un sector de la doctrina italiana trata de equiparar la familia fundada en el matrimonio con la que llama familia *de facto*, por lo que se les puede aplicar el mismo régimen. Pero las parejas no casadas carecen de régimen económico, ya que entre ellos no hay un vínculo jurídico del que se derive una situación jurídica que se origine por el hecho de la unión. Por lo tanto, las reglas a las que tendrá que atenerse para administrar, disponer o dividir los bienes que haya podido adquirir, serán las normas de Derecho común, no las normas matrimoniales. Así lo declara nuestra jurisprudencia, según veremos después.

4. La unión de hecho, tal como su denominación aceptada indica, es un simple estado de hecho que, si bien en principio es ignorada por el Derecho, puede producir algunos efectos jurídicos.

Esta es la doctrina que nos parece más aceptable y concorde con la realidad del fenómeno y la doctrina jurisprudencial que analiza cada caso con arreglo a sus circunstancias y los hechos que la conforman.

(31) Conferencia citada, págs. 532 y 533.

La teoría del hecho aplicada a las uniones es la que mantiene también el profesor O'CALLAGHAN (32), quien parte de la clara distinción del matrimonio, que es un negocio jurídico, y la unión de hecho que sólo se centra en la convivencia y no es un negocio al no haber declaración de voluntad, sino sólo un hecho, aunque produzca una serie de efectos jurídicos. Consecuencia de ello, dice, es que en el Derecho Civil (que está formado por un conjunto de instituciones) se halla la institución del matrimonio, en el sentido más propio del término *institución*; la unión de hecho no llega a la categoría de institución jurídica; como simple hecho jurídico carece de normativa propia, y sus efectos jurídicos, si son regulados normativamente, lo son con normas particulares para cada uno de ellos, sin formar un conjunto de normas como en la institución. Como primera conclusión sobre la calificación jurídica de la unión de hecho, el profesor O'CALLAGHAN afirma que ésta es un hecho jurídico. Carece de regulación jurídica, pero el ordenamiento no desconoce ni puede desconocer ciertos efectos jurídicos que sí son contemplados. Se trata tan sólo de prever ciertas consecuencias y regularlas jurídicamente en atención o para evitar perjuicios a la persona que pueda resultar desfavorecida o perjudicada por ese hecho jurídico.

5. La tesis de la sociedad universal entre concubinos atiende más al tema concreto de la naturaleza de la comunidad de bienes existente entre ellos y no afecta a la relación personal, que es la que estamos estudiando, por lo que dejamos su examen para después. No obstante, señalaremos que la doctrina francesa (33) formula objeciones a esta teoría, diciendo que aquí falta por un lado la *affectio societatis*, y por otro, el ánimo de lucro, que son consustanciales a las sociedades típicas: la obtención de beneficios no se da ni se busca en la simple confusión de bienes que se produce en la unión de hecho.

6. La jurisprudencia tampoco acepta un concepto unitario que solucione el problema de la naturaleza de las uniones de hecho. El notario CERDÁ GIMENO (34) hace una detallada exposición de las sentencias de nuestro Tribunal Supremo, algunas de las cuales contemplaremos en la última parte de este trabajo. La multiplicidad de matices que plantean las uniones de hecho supone una gran dificultad a la hora de captarlos y por ellos corresponde a la jurisprudencia conseguir un correcto tratamiento a través del caso concreto.

(32) En su trabajo citado, págs. 16 y 17.

(33) Así lo recoge BERNARD DEMAÏN, en su libro *La liquidación de bienes en las uniones de hecho*, traducción del profesor GONZÁLEZ PORRAS y prólogo del profesor CASTÁN, Madrid, 1992, pág. 27.

(34) En otro de sus trabajos sobre el tema, titulado «Una aproximación realista para una visión de conjunto de las sentencias del Tribunal Supremo relativas a aspectos de la situación de parejas no casadas», en el libro *Estudios sobre el Derecho de Familia*, Colegio de Registradores, Madrid, 1993, pág. 609 y sigs.

Por ello, la doctrina de que el concubinato como situación debe ser regulado por la jurisprudencia cuenta con bastantes partidarios, entre ellos PUIG PEÑA. Dicen que se debe dejar toda esta materia al arbitrio judicial para que en cada caso concreto provea lo más conveniente y vaya moldeándose así esta figura para su sanción legal, guardando las distancias debidas que impone respecto al matrimonio-sacramento. Se cree que la solución de los conflictos de intereses a que dan lugar las situaciones concubinarias en la práctica podrían resolverse acudiendo a las teorías de la obligación natural (para los efectos de la ruptura del concubinato y validez de las donaciones), la posesión de estado, la doctrina de la apariencia (respecto a los terceros), y la técnica derivada del Derecho común.

Ciertamente, en cada caso, los tribunales resolverán acudiendo a las normas que puedan aplicarse al caso concreto, como la buena fe, el enriquecimiento sin causa, la nulidad de prestaciones por inmoralidad, el respeto a la legítima de los herederos forzosos, etc. Pero siempre será sobre la base de considerar la unión de hecho como simple hecho jurídico, que es la opinión de O'CALLAGHAN, y que consideramos la más respetable.

La doctrina extranjera, en general, discute y se adhiere a algunas de las teorías antes señaladas (35). Algunos aceptan la tesis de la *sociedad de hecho*, otros las del enriquecimiento sin causa, otros la analogía con el matrimonio. Se termina diciendo que no es posible generalizar sobre supuestos que se consideran invariables cuando en realidad no lo son. Se cita una sentencia de la Corte Suprema de Uruguay que sostuvo que los problemas patrimoniales del concubinato no pueden encasillarse en una fórmula rápida, sino que deben resolverse en función de los principios que regulan la sociedad de hecho o por los del enriquecimiento sin causa, según las circunstancias del caso concreto.

IV. CAUSAS QUE LA ORIGINAN

Sería muy simplista decir que acuden a las uniones de hecho los que no pueden o no quieren contraer matrimonio. Hay una gran variedad de causas, de tipo religioso, sociológico o económico que pueden concurrir a la hora de adoptar decisiones en este sentido.

En primer lugar, en los países subdesarrollados, y aún en los desarrollados, cuando concurren zonas con bolsas de pobreza, las uniones de hecho están extendidas porque sus propias concepciones culturales les hacen ver tales uniones como algo natural. Cuando hay un bajo nivel económico, la

(35) Ver el libro «El concubinato», de GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA, en la serie *Estudios de Derecho Jurisprudencial*, Montevideo, 1995, pág. 8 y sigs.

penuria alcanza a grandes dificultades para la celebración de una boda y los gastos consiguientes de obtener una vivienda digna. En España y los países de nuestro entorno occidental sólo podrán darse estas situaciones en los cinturones de miseria de las grandes ciudades, por lo que, salvo esta excepción, no son extrapolables estas situaciones justificativas extremas.

Dejando aparte estos supuestos de inopia, bien ajenos a la voluntad de los interesados, hay otras causas que pueden originar que se decanten por la unión de hecho y no por el matrimonio.

Empecemos por aquellas queridas plenamente. Nos señala ESTRADA ALONSO (36) que el desarrollo y propagación actual de las ideologías ácratas y libertarias da lugar a la formación de grupos, principalmente de jóvenes que intentan afirmar lo que creen su personalidad o de intelectuales o fanáticos de algún pensamiento político y que rechazan toda religión o razonamiento trascendente y toda institución tradicional, incluyendo, por supuesto, el matrimonio, y por ello viven en oposición a cualquier tipo de norma que les venga impuesta. Estos grupos consideran la unión de hecho como una manifestación más de un modelo de vida contestatario. No sólo no se avergüenzan, ni disimulan, sino que más bien hacen ostentación de su situación.

Hay otras causas sociológicas, religiosas y económicas. Así, hay minorías étnicas, como, por ejemplo, la raza gitana, que tiene normas, costumbres y ritos propios de celebración del matrimonio que pueden resultar incompatibles para uno de los interesados o su entorno familiar o social, que no tolerarían el casamiento con persona fuera del grupo o clase social.

La religión puede influir, tanto cuando no coincide la profesada por cada uno de ellos, como cuando el Estado sólo reconoce formas de contraer matrimonio mediante ritos que van contra la creencia de los contrayentes, siempre que no se reconozca otra forma matrimonial civil o supletoria. Esto puede llevar a los interesados a contraer matrimonio exclusivamente con arreglo a su religión, viviendo en este caso al margen de la regulación jurídica establecida por el Estado.

Puede haber causas de carácter económico, que aún no siendo de pobreza extrema, originan dificultades que los interesados no se atreven o no se deciden a superar, y eso determina que no contraigan matrimonio. Un caso que no es infrecuente es el temor a perder una pensión de viudedad o de divorcio, o un usufructo viudal; es cierto que el artículo 101 del Código Civil declara que la pensión compensatoria por nulidad o divorcio se extingue tanto por contraer nuevo matrimonio como por vivir maritalmente con otra persona, pero siempre le resultará más difícil la prueba de la unión de hecho a la persona interesada en que la pensión cese que si se celebra matrimonio, por lo que huyen de éste.

(36) Libro dicho, pág. 41.

Antes había otra causa de carácter económico, de origen fiscal, y era la mayor onerosidad del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cuando se hacía la declaración conjunta, que era la prescrita para los matrimonios. Se dirá que era tan pequeña la motivación que más se la podría tachar de pretexto que de verdadera causa; por supuesto, sólo aludían a esta pseudojustificación quienes no tenían una conciencia demasiado exigente. De todos modos, ha desaparecido ya este *clavo al que agarrarse*, porque a raíz de una sentencia de 8 de septiembre de 1988, se declaró inconstitucional el precepto correspondiente, dando lugar a la reforma de la Ley.

Hemos dicho que unas veces no quieren y otras veces es que no pueden contraer matrimonio, y por eso ha de recurrir a la unión de hecho. Es causa de imposibilidad para matrimoniar la existencia de un vínculo anterior o la dificultad de romperlo. En España, hasta 1981 no estuvo permitido el divorcio; actualmente sí lo está, pero hasta que no transcurran los plazos exigidos para divorciarse por el artículo 86 del Código Civil, los que ya estuvieran casados no podrán casarse de nuevo. Hasta tanto no pasen estos plazos, no se puede acceder a nuevo matrimonio, y, si no quieren esperar, acuden a la unión de hecho.

Tampoco pueden casarse los que, por ser menores de edad, precisan la aprobación judicial con audiencia de los padres. Si ésta se les niega, los jóvenes acuden a la unión de hecho, aunque con poca madurez, con lo que la debilidad del vínculo fáctico será manifiesta.

A veces se aduce que es conveniente el llamado *matrimonio a prueba*, o sea, la unión condicionada a que, si todo sale a gusto, se confirmará después con un matrimonio. La verdad es que ya inicialmente se aparta todo deseo de casamiento, bien por rechazo de las formalidades iniciales, bien por miedo a las consecuencias económicas y legales de una disolución posterior. Casi siempre, la práctica lo confirma, estos ensayos suelen terminar como empezaron, sin más salida que una disolución previamente cantada. Cuando sólo hay en realidad razones de egoísmo personal, no hay posibilidad de convivencia estable: sólo buscan placeres propios de una sociedad hedonista y consumista, aunque después originan daños y disgustos a costa de instrumentalizar a los demás.

En definitiva, puede haber una causa principal y otras subsidiarias o varias conjuntas, pero lo cierto es que la motivación central tiene mucho que ver con la actual relajación de la moral. Como bien dice GALLEGO DOMÍNGUEZ (37), en España, un factor que ha motivado el desarrollo de las uniones libres ha sido el laicismo creciente de nuestra sociedad en los últimos lustros; la pérdida en la conciencia social de la importancia del matrimonio como sacramento ha llevado a una tolerancia, cuando no a la aceptación social de las

(37) Libro citado, pág. 46.

uniones de hecho, antaño consideradas socialmente como algo pecaminoso e irregular.

Y este dato es ciertamente bastante fácil de constatar sólo con leer u oír las manifestaciones que suelen hacer personajes más o menos populares en los medios de comunicación; cuando se les pregunta si piensan cambiar su situación de hecho por la matrimonial, contestan, casi siempre, que *están muy bien así*, arrastrando con su ejemplo a sus admiradores, receptivos a un fácil mimetismo.

V. ANTECEDENTES

Aunque las uniones de hecho entre hombre y mujer son probablemente tan antiguas como la misma humanidad, no tenemos datos históricos fiables hasta el Derecho romano, que las configuró bajo la denominación de concubinato.

Dice el profesor CASTÁN VÁZQUEZ (38) que el *concubinatum* aparece en los textos romanos como una unión que no se preocupa de respetar ciertas exigencias de forma o de fondo del *matrimonium*. La unión es posible entre un hombre y una mujer libres o libertos. Así resulta de un texto de MARCIANO que ha pasado al Digesto, 25.7, *De concubinis*, donde se advierte que la unión puede establecerse con una *ingenua* o una liberta. Una Constitución de Justiniano del año 529 habla a este respecto de *licita consuetudo*, reconociendo así la licitud de tal relación.

La legislación justinianeana estableció los requisitos mínimos que había de reunir la unión para que se constituyera en verdadero concubinato, al ser éste considerado como un verdadero matrimonio, aunque fuese de rango inferior. Así, el concubinato, según los datos aportados por varios romanistas, debió ser frecuente en el Imperio, aunque con la llegada de los emperadores cristianos, que lo consideraron contrario al espíritu de su religión, fue disminuyendo su estimación moral.

Ya en España, el Derecho visigodo tuvo presente en sus textos el concubinato, ya entonces conocido como barraganía, atribuyéndole determinados efectos (39). El Fuero Juzgo se limitó a prohibir la relación sexual entre la barragana del padre y los hijos o colaterales de éste, pero en los Fueros municipales se trató frecuentemente el fenómeno con atención, quizá con el

(38) En la comunicación académica dicha, pág. 139, citando al autor francés GAUDEMET, en su trabajo «Union libre et mariage dans la Rome imperiale», volumen colectivo *Le droit de la famille en Europe*, Presses Universitaires, Strasbourg, 1992.

(39) Puede verse el trayecto histórico de esta época en la voz *Barraganía*, de la Enciclopedia Jurídica Española, Seix, tomo cuarto, pág. 278.

propósito de aumentar la población, necesidad urgente y primaria de la época. Así, además del matrimonio solemne, admitieron el concubinato o la barraganía, que fueron sancionados por los Fueros de Soria, Cuenca, Logroño, Zamora, Plasencia, Sepúlveda, Alcalá, Burgos y Cáceres, entre otros. La barraganía era considerada en los Fueros, ciertamente un estado inferior al matrimonio, pero sin dejar de originar derechos importantes, tanto para la barragana como para los hijos. Así, si bien la barragana fue considerada siempre una mujer inferior en categoría a la esposa, sus derechos podían llegar a ser parecidos y aun casi iguales a los concedidos a las consortes legítimas; tal ocurría en los Fueros de Zamora y Plasencia, que otorgaban a la concubina la mitad de los gananciales si probaban haber sido fieles y buenas a sus señores. Los Fueros de Cuenca y Baeza autorizaban a la barragana que se quedaba encinta a pedir alimentos a la muerte de su conviviente.

El Fuero Viejo estudió la barraganía tan sólo relacionada con los hijosdalgos, y el Fuero Real se limitó a reproducir la prohibición que hemos visto establecía el Fuero Juzgo.

Las Partidas sí regularon la barraganía con cierta amplitud en su partida cuarta, título XIV (40), que se titula *De las otras mugeres que tienen los homes que non son de bendiciones*, y empieza con una curiosa contradicción, prohibitiva en principio y permisiva a seguido. Dice así: *Barraganas defiende Santa Iglesia que non tenga ningunt cristiano, porque viven con ellas en pecado mortal. Pero los antiguos que fecieron las leyes consintieron que algunos las podieren haber sin pena temporal, porque tovieron que era menos mal de haber una que muchas, et porque los fijos que nasciesen déllas fuesen más ciertos.*

Aparte este casi pintoresco quiebro, el Rey Sabio dijo que podrían ser recibidas por barraganas tanto la mujer liberta como la sierva, siempre que ella no fuera virgen menor de doce años, ni viuda honesta y de buena reputación; se prohibía tener por barragana a mujer pariente o cuñada, y el tener muchas barraganas, *porque según las leyes es llamada barragana la que es una sola, y tal que si quisiere el que la tiene, podría casarse con ella.*

A continuación de las Partidas, las leyes promulgadas en España no mencionan ni la barraganía ni ninguna otra forma de unión de hecho, y su desarrollo fue reduciéndose a medida que el sentimiento religioso mostró su influencia en este campo. Las doctrinas del Concilio de Trento, en el siglo xvi, que se concretaron en el Decreto *Tametsi*, acabaron incluso en el matrimonio *a iuras* o escondido, y establecieron una forma de celebración del matrimonio, con lo que toda unión extrasacramental era pecaminosa y prohibida.

(40) Tenemos a la vista «Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio», cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia, *De orden y a expensas de S.M.*, Madrid, en la Imprenta Real, año de 1807.

Al llegar la codificación, y siguiendo el dicho que se atribuye a Napoleón, la ley no presta atención a los concubinos, ya que ellos se apartan de toda norma. Y así, lo mismo el *Code* francés que todos los que le han seguido, han ignorado las uniones de hecho y sólo aparece su regulación más o menos tímidamente mediante leyes dispersas en varios países que vamos a reseñar.

VI. DERECHO COMPARADO

A) SISTEMAS POSIBLES

Al lado de la postura napoleónica, de pura ignorancia, podemos encontrar, para superarla, dos tendencias contrapuestas: por una parte, los que entienden que no se debe legislar sobre un fenómeno puramente fáctico, y además inmoral; otros autores entienden que, dejando aparte esos inconvenientes morales y jurídicos, es una realidad que no se puede desconocer. Así lo resume el jurista argentino LUIS MOISSET DE ESPANÉS (41), al decir: *Lejos está de mi ánimo defender el concubinato, pero no puedo dejar de señalar que es un error pretender ignorar su existencia; se trata de una realidad latente en nuestra sociedad, que genera numerosos conflictos, y la misión de las leyes es solucionar esos conflictos.*

Las tres tendencias aducen las razones que justifican sus posturas respectivas, y que vamos a resumir siguiendo en esto a GALLEGO DOMÍNGUEZ (42):

- a) Postura contraria a su regulación legal. Basada en la protección del matrimonio, se considera que la unión de hecho es un atentado a la familia matrimonial, y por esto debe ser combatida. Tras una primera época en la que se daba una cierta tolerancia del fenómeno, es la postura mantenida por el Derecho canónico, sobre todo a partir del Concilio de Trento y del ya citado Decreto *Tametsi*. La unión extra-matrimonial es una situación de continuo pecado.
- b) Ignorancia o tolerancia del fenómeno. Es el sistema de los Códigos Civiles del siglo XIX derivados del napoleónico y se ha seguido en la mayoría de los países occidentales hasta que últimamente han girado en otro sentido. La sociedad se desentiende de estas uniones, aunque respete la situación cuando se trata de proteger los derechos de los

(41) En su libro *El cazador casado*, Editorial Miguel Angel, Córdoba, Argentina, 1991, pág. 41. También lo cita el profesor CASTÁN VÁZQUEZ en su discurso dicho, pág. 144.

(42) Página 72 de su libro citado.

descendientes. En el fondo, este sistema de ignorancia es también, en cierto modo, una manera de proteger la familia matrimonial; conforme a esta postura, los problemas y cuestiones jurídicas que puedan nacer de la convivencia de hecho habrán de resolverse, no por normas propias, sino por los principios generales del Derecho.

- c) Reconocimiento y regulación. Es el sistema que rige en la mayoría de los países. Tal como acabamos de decir, aun cuando no se comparta la aceptación de este fenómeno por ser evidentemente inmoral, se admite que las uniones de hecho son una realidad social que no se puede ignorar. Cifrándonos a España, y salvando las normas especiales de Cataluña, Aragón y Navarra, de las que hablaremos, no hay una regulación que contemple la unión de hecho como institución, sino que sólo hay normas aisladas aplicables a supuestos concretos aplicables a puntuales consecuencias o hechos derivados de este fenómeno social.

Expuestas estas tres posiciones o teorías, ¿cuáles son las adoptadas en los diversos países?

B) PAÍSES QUE REGULAN LAS UNIONES DE HECHO DE MODO ESPECÍFICO

a) *Países hispanoamericanos*

Dentro de nuestro ámbito cultural e histórico, curiosamente, es en los Derechos hispanoamericanos donde existe una mayor regulación de las uniones de hecho, sea ésta extensa o puntual. GALLEGO DOMÍNGUEZ (43) cita a Bolivia, según su Código de Familia de 1972, de acuerdo con su Constitución de 1945; Cuba, cuya Constitución de 1943 (art. 40), y cuyo Código de Familia de 1975 dejan en manos de los Tribunales el que las uniones de hecho singulares y estables puedan llegar a surtir todos los efectos del matrimonio; Ecuador, donde se regula por Ley de 19 de diciembre de 1982; Guatemala, con el Estatuto de Uniones de Hecho, de 29 de octubre de 1947, y su Código Civil de 1963; Honduras, en la Constitución de 1982; México, en diversos Estados: el Código de Familia de Zacatecas, el Código Civil del Distrito Federal de México de 1928 y el Código de Familia del Estado de Hidalgo, que es el que regula la materia con más amplitud dentro de los Estados mejicanos; Panamá, con la Ley 1000, de 30 de diciembre de 1974, y Paraguay, en el Código Civil de 1987.

(43) Libro dicho, pág. 85.

b) *Países nórdicos* (44)

1. Suecia. Se rige por la Ley 232 de 1987, que empezó a regir el 1 de enero de 1988, y se aplica a los casos de cohabitación extramatrimonial, donde una mujer no casada y un hombre no casado conviven en condiciones similares al matrimonio y tiene por objeto ofrecer soluciones legales a los conflictos que pueden surgir, pretendiéndose proteger a la parte económicamente más débil en caso de que se disuelva la relación. Regula exclusivamente el destino de la vivienda y de los bienes del ajuar doméstico que sean comunes y deja al margen de la regulación tanto el resto de relaciones patrimoniales, como el bloque de relaciones personales entre los convivientes. Sobre el hogar común, la ley sigue de cerca el régimen económico-matrimonial de participación que rige en Suecia; pero la regulación no tiene carácter imperativo, pues pueden excluir su aplicación mediante convenio. Se establece la posibilidad de que uno de los convivientes pueda continuar en la vivienda común tras el cese de la convivencia.

También ha regulado Suecia las uniones homosexuales en la Ley de Cohabitación 813 de 1987. Es una ley muy corta y concede a estas parejas la misma protección que a las heterosexuales en relación a la vivienda y los enseres comunes, pero no se les permite la adopción de niños, vivir con ellos en comunidad, ni realizarse inseminaciones para formar una familia (45).

2. Dinamarca. La Ley de 7 de junio de 1989 regula la relación de pareja entre personas del mismo sexo, que ha de ser registrada para que produzca los efectos jurídicos iguales a los que se desprenderían de la celebración de un matrimonio, que son derechos sociales (seguridad social y pensiones) y civiles, incluidas los sucesorios. La ley aclara que esta unión sólo tiene efecto ante las autoridades danesas y dentro de su ámbito, y es únicamente aplicable a personas que tengan nacionalidad danesa, al menos una de ellas, y con domicilio en Dinamarca. Contiene la ley tres importantes prohibiciones, que son la de adoptar, celebración *civil* del enlace e imposibilidad de que en el procedimiento de disolución se pueda solicitar la mediación de un clérigo.

3. Noruega. La ley que regula las uniones de hecho es la de 1 de agosto de 1993, sobre *Registro de parejas*, y establece que la inscripción de dos personas del mismo sexo produce los mismos efectos legales que el matrimonio, salvo las disposiciones relativas a la adopción. No pueden registrarse los casados o los que tengan registrada otra relación de la misma índole. También

(44) Seguimos el trabajo *Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho*, de MIGUEL MARTÍN CASALS, Catedrático de la Universidad de Girona. Anuario de Derecho Civil, 1995, pág. 1709 y sigs.

(45) Este último apartado, relativo a parejas homosexuales, procede del trabajo de MARTÍNEZ PIÑERO, obra citada, pág. 32, del que también tomamos los datos referentes a Dinamarca y Noruega que siguen.

se exige el domicilio en Noruega y la nacionalidad de este país en cuanto a una de las partes al menos.

4. Holanda. También dice el autor que venimos siguiendo, el notario MARTÍNEZ PIÑEIRO, que tiene conocimiento de la existencia de una ley que entró en vigor el 1 de enero de 1998, similar a las anteriores, pero cuyo texto no ha podido conseguir.

c) *Países de la Commonwealth*

Existe regulación de las uniones de hecho en Australia y Canadá (46).

1. Australia. En realidad no se extiende a toda Australia la regulación uniforme de las uniones de hecho, pues existe en algunos Estados o territorios, mientras que en otros se siguen aplicando los principios clásicos del *Common Law*. Hay normas especiales en Nueva Gales del Sur, Victoria y Territorio del Norte.

En Nueva Gales del Sur rige la *De Facto Relationships Act* de 1984, que establece las bases legales de la compensación que debe producirse entre los convivientes de hecho, una vez cesada la convivencia, y se ocupa principalmente de tres aspectos: el derecho de alimentos del conviviente, la compensación por haber contribuido al incremento del patrimonio y la pensión compensatoria por las expectativas en el patrimonio de otro conviviente. Esta ley también establece el derecho de alimentos si éstos proceden y se concede el derecho a suceder a favor del conviviente de hecho supérstite en diverso grado, según concurran o no cónyuge e hijos matrimoniales del causante.

Esta ley de Nueva Gales del Sur ha sido seguida muy de cerca por la *Property Law Amendment* de 1987, en Victoria, y por la *De Facto Relationships Act* de 1991 del Territorio del Norte.

2. Canadá. En los últimos años se ha producido en las diversas jurisdicciones canadienses un progresivo reconocimiento de la pareja de hecho, aunque sin llegar a su equiparación con el matrimonio. Algunas provincias y territorios han abordado legislativamente algunos aspectos de la convivencia de hecho, acudiendo a la técnica analógica, estableciendo que cuando en determinadas leyes se habla de *cónyuge*, debe hacerse extensivo el término al conviviente de hecho si se cumplen determinados requisitos.

La jurisprudencia de Quebec acude al recurso de utilizar las figuras generales del *Civil Law*, adoptando soluciones muy parecidas a las que se usan en Francia. Así, se utilizan los conceptos del enriquecimiento sin causa, la obligación natural y la sociedad de hecho limitada a los bienes de la unión. Sin

(46) MARTÍN CASALS, informe citado en la nota 44, pág. 1772 y sigs.

embargo, al promulgarse el nuevo Código Civil de Quebec en 1991, no se ha procedido a regular esta figura de hecho.

Sí se ha hecho en la *Ontario Family Act* de 1986, que emplea el sistema dicho de aplicar las normas de los cónyuges a los convivientes que cumplan determinados requisitos. Al regular las *obligaciones de sostenimiento* define lo que a estos efectos se entiende por *spouse*. Se establecen cuatro categorías de cónyuges: las dos primeras se refieren a aquéllos que han contraído matrimonio, según sea válido o inválido; las dos últimas se estipulan para incluir a aquellas parejas que no han contraído matrimonio pero reúnen los requisitos de haber convivido de modo continuado por un período no inferior a los tres años o en una relación de cierta permanencia si son padres naturales o adoptivos de un menor.

d) En *Francia*, hasta tiempos muy recientes, se consideraban ilícitas, pero ante la extensión de su práctica y los conflictos que provocan, se han ido dando soluciones legislativas y jurisprudenciales a puntos concretos. La ruptura conlleva una obligación natural de reparar a la otra parte; se ha llegado a reconocer una sociedad *de facto*; se ha aplicado la doctrina del enriquecimiento injusto; se admite la subrogación en el arrendamiento y se reconoce el subsidio familiar y la pensión de viudedad.

La antigua denominación del concubinato o *concubinage* ha sido sustituida por la de *unión libre*, que parece contemplar más bien el elemento intencional de una unión sin formalidades y sin vínculo, lo que permite su libre ruptura.

En Francia la unión de hecho se entiende referida únicamente a la pareja heterosexual, y así lo ha declarado el Tribunal de Casación, el cual ha declarado que, a los efectos que le puede atribuir el ordenamiento jurídico, por *concubinage* se entiende tan sólo la situación de las personas que hayan decidido vivir como esposos, pero sin unirse en matrimonio, lo cual únicamente puede referirse a la pareja constituida por un hombre y una mujer.

En la esfera social hay una clara tendencia a otorgar a los convivientes unos derechos de pensión idénticos a los de los cónyuges. En el Derecho privado se ha reformado en 1993 el artículo 372 del *Code civil*, permitiendo el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre los hijos con tal que los hayan reconocido voluntariamente dentro del primer año de su nacimiento si en ese momento los padres conviven.

Respecto a las relaciones de Derecho privado entre los convivientes, no existen obligaciones personales ni patrimoniales que puedan asemejarse a un régimen económico-matrimonial; no obstante, la jurisprudencia considera que entre ellos, como en toda relación que se da entre personas, existe un cierto deber de lealtad y de actuación de acuerdo con la buena fe.

En cuanto a la aplicación de la figura de la sociedad de hecho, no es suficiente la simple convivencia, sino que se requiere que concurran los elementos esenciales de toda sociedad, o sea, lo que se conoce como *affectio societatis*, que entraña la intención de asociarse, la aportación de bienes por ambos convivientes y la participación en pérdidas y ganancias.

En 1991 se proyectó un plan de reconocimiento jurídico de parejas, que dio lugar, en 1998, a la aparición de un *Pacto de Interés Común (PIC)*, hecho público en abril de 1998, en el que se contemplaba todo tipo de sociedades entre amigos, hermanos, matrimonios, parejas no casadas, homosexuales, etc., pretendiéndose así la no equiparación de las parejas de hecho al matrimonio. Rechazado dicho proyecto, se propuso un *Contrato de Unión Social (CUS)*, que pretendía la concesión a las parejas de homosexuales de casi todos los derechos del matrimonio, dando lugar así a una fuerte contestación. En octubre de 1998 se presentó el nuevo *Pacto Civil de Solidaridad (PACS)*, que iguala a las parejas de hecho con el matrimonio, el cual fue aprobado por la Asamblea General francesa por 316 votos contra 244.

C) PAÍSES SIN REGULACIÓN ESPECÍFICA

Es el sistema normal en el ámbito de la Unión Europea y así lo muestran, como países típicos, Italia, Inglaterra y Alemania, cuyas legislaciones mostraremos brevemente:

a) En Italia, el artículo 29 de la Constitución de 1947 reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio. Como dice MARTÍNEZ PIÑEIRO (47), este texto imposibilita cualquier reconocimiento de la unión de hecho como familia; sin embargo, en los últimos tiempos avanza una interpretación permisiva en virtud de la cual la protección constitucional a la familia matrimonial no supone la exclusión al reconocimiento de la familia de hecho, que se intenta basar en otros preceptos constitucionales. Así, se han presentado algunos proyectos legislativos regulando las parejas de hecho, que no han llegado a fructificar en norma positiva específica.

Hay preceptos en el ámbito social que equiparan las parejas de hecho a las matrimoniales en las prestaciones sanitarias y económicas. El Derecho fiscal ignora a los convivientes de hecho y les hace tributar como extraños. En el Derecho privado, desde la reforma del Derecho de familia, se atribuye la patria potestad a los convivientes sobre los hijos que hayan reconocido; el Tribunal de Casación ha declarado que, en caso de ruptura, el conviviente *more uxorio* que permanece en la vivienda tiene derecho a suceder en el

(47) Obra dicha, pág. 32.

contrato de arrendamiento. Para intentar la resolución de los conflictos que plantean las relaciones entre los convivientes de hecho, la doctrina y la jurisprudencia italianas, como en otros países de nuestro continente, recurren a las figuras generales del Derecho civil. En relación a las indemnizaciones por causa de muerte, la jurisprudencia italiana excluye su posibilidad respecto al conviviente supérstite; tampoco se reconocen a éste los derechos sucesorios que corresponden al cónyuge viudo.

b) En Ingllaterra (48), el término *cohabitation* denota la relación de la pareja heterosexual que, sin estar casada, convive como marido y mujer. Se considera que deben tener la intención de convivir juntos, poniendo en común recursos económicos y compartir una vida social; también constituye un elemento importante que los convivientes tengan hijos comunes o tengan la intención de contraer matrimonio.

El Derecho inglés, ante la unión de hecho, adopta una posición de compromiso y sólo la equipara al matrimonio en algunos aspectos aislados.

En el Derecho social trata a los convivientes de hecho de modo independiente e individual en las pensiones contributivas, mientras que en las asistenciales aplica la llamada *cohabitation rule*, que tiene por objeto evitar que la pareja de hecho reciba un trato más favorable que la pareja casada. En el ámbito de los tratos familiares vejatorios, la *Domestic Violence and Matrimonial Proceedings Act* de 1976 extiende a las parejas de hecho la protección que en estos casos otorga a las matrimoniales.

En el ámbito del Derecho privado y en relación con la patria potestad, la regla tradicional del *Common Law* no la concedía a los padres no casados; la nueva *Children Act* de 1989 dispone que, a petición del padre, el tribunal puede otorgarle la patria potestad. Los convivientes sólo pueden adoptar cada uno de ellos por separado: sólo pueden adoptar conjuntamente los matrimonios.

En el arrendamiento, la convivencia de hecho no da derecho a subrogarse en la vivienda locada por el otro conviviente cuando se trata de vivienda pública; en la privada, la *Housing Act* de 1988 considera como cónyuge con posibilidad de subrogarse a la persona que estaba conviviendo con el arrendatario como marido o mujer.

Los conflictos patrimoniales que se plantean a la ruptura de la unión de hecho, especialmente en relación con la atribución de la vivienda familiar y los bienes del ajuar doméstico, se intentan resolver de acuerdo con los principios de la *equity*. Para aplicar estos principios, los tribunales analizan caso por caso la conducta y las intenciones de los convivientes, se recurre a figuras de carácter general como el *trust* o el *estoppel*. Estas consideraciones pueden

(48) En este país y Alemania, seguimos a MARTÍN CASALS, obra citada, pág. 1739 y sigs.

extenderse a todos los bienes adquiridos durante la convivencia de hecho, aunque la mayoría de los litigios se centran en la vivienda familiar.

El conviviente supérstite no es legitimario en la sucesión testada del premuerto. En la sucesión intestada, el conviviente de hecho no ocupa lugar alguno, a diferencia del cónyuge, que tiene una posición preeminente.

c) En Alemania, la pareja de hecho no puede pretender la protección que al matrimonio concede el artículo 6 de la Ley Fundamental o *Grundgesetz*, y por ello la doctrina alemana excluye de manera prácticamente unánime todo intento de establecer una regulación específica de la pareja de hecho.

En el ámbito del Derecho social no hay trato especial alguno a favor de los convivientes, y el Derecho fiscal favorece claramente a la pareja matrimonial y trata a las parejas de hecho con los mismos criterios que aplica a los extraños.

En el Derecho privado, la patria potestad de los convivientes de hecho sobre el hijo nacido de la unión es atribuida por el parágrafo 1705 del BGB, únicamente a la madre, con total postergación del padre, el cual tampoco puede adquirirla por disposición judicial ni por acuerdo con la madre.

En el caso de vivienda arrendada, se distingue si los dos convivientes de hecho son titulares del contrato o si es uno solo de ellos. Si lo son los dos, ambos son acreedores solidarios del uso de la vivienda y deudores solidarios del pago de la renta. Si la titularidad es exclusiva de uno de los convivientes, por analogía con lo que se dispone para el subarriendo, el arrendatario necesitará autorización del arrendador, en cuanto que se considera extraño al otro conviviente; el Tribunal Supremo Federal ha declarado que no hay subrogación en caso de muerte, porque el conviviente no es un familiar, aunque en algún caso ha admitido la aplicación analógica.

Los problemas matrimoniales que surgen tras la ruptura reciben un tratamiento por la doctrina encaminado a resolverlos echando mano de la normativa general aplicable a las donaciones, la sociedad, el mandato o el enriquecimiento injustificado. La propiedad de la vivienda, si es de ambos, se trata con las reglas de la división de cosa común; si es propiedad de uno de ellos, a él corresponderá, salvo que el otro tenga alguna participación.

En Derecho alemán, y según las normas del BGB, los convivientes de hecho carecen de todo derecho sucesorio, a no ser que ocurra por vía de la sucesión testada, si el testador carece de herederos forzosos.

VIII. REGULACION DE LAS UNIONES DE HECHO EN ESPAÑA

Al igual que los tres países europeos que acabamos de contemplar en el último apartado, España tampoco tiene una regulación especial de las parejas de hecho.

En el ámbito nacional sólo hay alusiones más o menos directas, casi siempre muy breves y de carácter puntual en otras leyes de contenido distinto.

Ha habido intentos legislativos que hasta el momento no han llegado a ser tramitados hasta convertirse en ley.

Y, por último, se han promulgado leyes en las Comunidades Autónomas de Cataluña, Aragón y Navarra, de ámbito naturalmente limitado a sus territorios respectivos.

A) NORMAS NACIONALES

a) *Referencias en la Constitución*

No faltan autores que pretenden traer a colación algunos preceptos de la Constitución que, según ellos, pueden basar el fenómeno de las parejas de hecho. El argumento podría valer si estas uniones fuesen análogas al matrimonio y como tales constituyesen una familia, lo cual es precisamente lo discutible.

El artículo 39 ordena a los poderes públicos la protección de la familia. Pero la Constitución no da un concepto de la familia, a pesar de que la menciona en varios artículos.

Son fundamentales a este respecto el propio artículo 39, en cuyo número 1 se establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia: en el artículo 32 se reconoce al hombre y a la mujer el derecho a contraer matrimonio. Enlazando ambos preceptos parece que la familia constitucional es precisamente la matrimonial y no otra. Sin embargo, también es cierto que en los puntos 2 y 3 del artículo 39 se amplía la protección a los hijos aunque no sean matrimoniales, y ése es el resquicio al que acuden los que opinan que también la unión de hecho puede ser núcleo inicial en la formación de la familia. Con GALLEGO DOMÍNGUEZ (49) entendemos que la Constitución no considera realmente familia en sentido jurídico a una unión de hecho, pues entre los unidos extramatrimonialmente no existe vínculo jurídico alguno, sino tan sólo una relación fáctica. Quizá cuando de esa unión de hecho nacen hijos, hay ya una relación de parentesco en sentido vertical que implica una cierta naturaleza familiar que puede a la vez relacionar a los dos padres y que nos llevaría a considerar la convivencia *more uxorio* como familia en sentido amplio. Así lo han aceptado algunas sentencias, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, en casos concretos.

(49) Tesis Doctoral citada, pág. 88.

b) *Alusiones en otras leyes*

Aparte este discutido reconocimiento constitucional, hay varias leyes nacionales que aluden a las uniones de hecho, atribuyéndoles concretas posiciones o reconociéndoles algunos derechos o ventajas, pero sin regularlas.

Veamos algunas de éstas:

- La Disposición Adicional 10.2 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que reguló las causas de nulidad, separación y divorcio, atribuye derecho a prestaciones de la Seguridad Social y a la pensión correspondiente a *quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedirlo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieren vivido como tal*.
- La misma Ley, al dar nueva redacción al artículo 101 del Código Civil, contempla como causa de extinción de las pensiones dimanantes de separación o divorcio la convivencia marital del perceptor de la pensión.
- La Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley 29/1994, de 24 de noviembre, dando fin a una polémica doctrinal y jurisprudencial, ha adoptado soluciones favorables para los componentes de estas parejas de hecho en varias situaciones. Así, en el artículo 12, que regula el derecho del cónyuge a continuar en el arrendamiento cuando el arrendatario desiste, se dice en su apartado 4 que lo dispuesto anteriormente será también de aplicación a favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante los dos años anteriores, salvo que hubieren tenido descendencia en común, en cuyo caso bastaría la mera convivencia. En el artículo 16, letra b), se concede a estas mismas personas y en iguales circunstancias el derecho de subrogarse en el contrato a la muerte del arrendatario. En el artículo 24 se autoriza al mandatario a realizar obras necesarias para adecuar la vivienda a la condición de minusvalía de su cónyuge o de su conviviente. Y por último, la facultad de subrogarse en el lugar del arrendatario fallecido se concede al conviviente de hecho para los contratos anteriores a 1985, en los mismos términos vistos en el artículo 16 de la Ley.
- La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, señala en su Disposición Adicional tercera que *las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal*. O sea, que se les permite adoptar conjuntamente

te, aunque parecen justificarse los redactores del aparente atrevimiento acudiendo al concepto de la analogía con el matrimonio.

- La Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó varios artículos del Código Civil en materia de filiación y patria potestad, entre ellos el 320, en el cual se establece que el Juez podrá conceder la emancipación a los hijos mayores de dieciséis años cuando el que ejerciere la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor.
- La Ley sobre técnicas de reproducción asistida, Ley 35/1988, de 22 de noviembre, se refiere a la pareja no casada en los artículos 4, 6, 8 y 9. La mujer que forma parte de una pareja estable puede ser receptora de las técnicas de reproducción asistida, y la paternidad se atribuirá a su compañero, siempre que éste haya dado su consentimiento.
- Los hijos nacidos de una unión de hecho se equiparan a los hijos matrimoniales a todos los efectos; así resulta de los artículos 108, 110, 154, 156 y 160 del Código Civil. Para la determinación de la paternidad, el 135 establece que podrá declararse la filiación que resulte de la convivencia con la madre en la época de la concepción.
- El Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, extiende la cobertura a la Seguridad Social a las personas sin recursos que convivan de forma marital con el titular del derecho a dicha prestación.
- Hay, además, otras alusiones en el Código Penal, en la Ley de Habeas Corpus, la de Enjuiciamiento Criminal, la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por ser materias ajenas al Derecho privado, que es el que interesa a nuestro estudio, no las consideramos de cita necesaria (50).

c) Intentos legislativos específicos

Aunque no es una verdadera iniciativa legislativa, porque se trata de una *Proposición no de ley*, el primer intento que aparece en este sentido fue la presentada por los socialistas en la Asamblea de Madrid en 1993, que instaba sobre la necesidad de redactar una *Ley de convivencia*, independientemente del sexo de sus componentes, y que utilizó como argumento fundamental el nuevo modelo de familia que, según los proponentes, *ya no está exclusivamente fundada en el vínculo matrimonial, sino más bien en el consentimiento y la solidaridad libremente aceptados, con la finalidad de llevar a efecto una plena comunidad de vida matrimonial y espiritual*. Y se

(50) Pueden verse estos casos mencionados en el estudio de la profesora CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Problemática jurídica en torno a las uniones de hecho*, Folleto de la Asociación de Profesores Jubilados de Escuelas Universitarias, Madrid, 1995, págs. 7 y 8.

finaliza reconociendo que *es claro que no es posible tratar de igual manera situaciones jurídicas diferentes, como lo son la familia tradicional asentada sobre el vínculo matrimonial y la unión de hecho*. Pero se insiste en que, aun admitiendo esa clara diferencia, *el legislador no puede desamparar a las uniones de hecho precisamente por aplicación del principio de igualdad que consagra nuestra Constitución*. No sabemos a qué igualdades constitucionales se refiere el texto, pues ¿no se ha empezado reconociendo que tal igualdad no existe? Y se termina acudiendo a que se debe evitar la discriminación, lo cual es otra cuestión; así, se dice que *el reconocimiento de la familia tradicional nunca podrá provocar la discriminación de otros grupos «familiares»* (las comillas son nuestras), *como las uniones de hecho, tanto homosexuales como heterosexuales, en las que se desarrolla la libertad y dignidad de la persona*.

Esta Proposición no de ley fue aprobada por la Asamblea de Madrid, tras rechazar una enmienda del grupo de Izquierda Unida, que pretendía el reconocimiento a las parejas de lesbianas y homosexuales de los *plenos derechos y beneficios del matrimonio*. La profesora CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ critica fuertemente este intento de considerar verdaderas familias a las parejas de hecho (51).

En las Cortes Generales también se han presentado varias proposiciones en el mismo sentido:

- En el Senado, el Grupo Mixto presentó una propuesta el 8 de marzo de 1994, según la cual se pretendía la declaración de que *el Senado insta al Gobierno para que remita a las Cortes Generales un proyecto de Ley de Protección Social, Económica y Jurídica de la pareja, que elimine las discriminaciones que por razón de su condición o circunstancia personal puedan existir, incluyéndose en esta reforma la protección a las parejas que conviven de forma estable, independientemente de su orientación sexual*.
- Con fecha 19 de julio de 1994, el Grupo Socialista del Congreso presentó una Proposición no de Ley por la que instaba al Gobierno a *remidir a la Cámara un proyecto de Ley sobre la regulación de las uniones de hecho con independencia de su sexo*.
- El mismo grupo insiste en una Proposición de Ley publicada en el Boletín Oficial de las Cortes el 12 de septiembre de 1994, sobre protección social, económica y jurídica de la pareja. En su artículo 1.º se establecía que *todas las familias tienen la misma protección social, económica y jurídica, así tengan su origen en la filiación, en el ma-*

(51) Verlo en el trabajo citado en la nota anterior donde expone los avatares de esta proposición en la Asamblea de Madrid.

trrimonio o en la unión de dos personas que convivan por análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual.

- En otra proposición de Ley del mismo Grupo Socialista, publicada en el Boletín de las Cortes el 8 de noviembre de 1996, se dice que lo previsto en la Ley que se propone *será de aplicación a quienes convivan en pareja de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad similar a la conyugal, independientemente de su orientación sexual, mayores de edad o menores emancipados, ligados de forma estable al menos durante dos años.* Esta convivencia se acreditará a través de los registros específicos existentes en la Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia, o mediante documento público (art. 2.º).

Habiendo sido rechazada esta proposición en sesión de 18 de marzo de 1997, se reitera el 1 de abril siguiente, y es nuevamente rechazada en la sesión de 27 de mayo del mismo año.

- Por su parte, el Grupo de Izquierda Unida presenta una proposición, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes el 15 de noviembre de 1996, cuyo artículo 1.º reproducía el mismo texto de la proposición socialista, insistida según aparece en el Boletín Oficial de las Cortes de 10 de abril de 1997. Ambas fueron rechazadas en las citadas sesiones de 18 de marzo y 27 de mayo de 1997.
- Hay una proposición de Ley de Coalición Canaria sobre *Reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho estable*, y de modificación del Código Civil y otras leyes que resultarían afectadas. La proposición fue admitida a trámite según aparece en el Boletín de las Cortes de 14 de abril de 1997. Se definen las uniones de hecho como *las uniones de mayores de edad o menores emancipados, sin vínculo de parentesco en primer o segundo grado de consanguinidad, que conviven en pareja con independencia de su sexualidad, al menos durante un año, libre, pública y notoriamente.* Las enmiendas se publicaron en el Boletín de las Cortes de 21 de noviembre de 1997.
- Por último, el mismo Boletín Oficial del Congreso publicó el 9 de septiembre de 1997, una proposición de *Ley Orgánica de contrato de unión civil*, presentada por el Grupo Popular. En su artículo 1.º se establece que *por el contrato de unión civil, dos personas físicas, mayores de edad, acuerdan convivir y prestarse ayuda mutua.* Según dice el notario GARCÍA MAS (52), puede apreciarse que el texto del Partido Popular pone el énfasis en el aspecto contractual de la unión

(52) En su trabajo «Las uniones de hecho: Su problemática jurídica», publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648, septiembre-octubre de 1998, pág. 1513.

y en una simple lectura de su articulado aparece mencionada varias veces la palabra *contrato*. Se establece en esta proposición de Ley Orgánica que no podrá ser parte de este contrato de unión civil quien lo fuere de otra vigente o estuviese casado, no pudiendo otorgarse bajo término o condición; su objeto será la convivencia y la prestación de ayuda mutua entre los convivientes, no produciendo efecto el contrato antes de transcurrido un año de su formalización. A estos efectos se establecía en el artículo 1.º-3 que el contrato de unión civil se habrá de otorgar ante notario y deberá inscribirse en el Registro Civil correspondiente a cada uno de los contratantes. Como efectos patrimoniales, se prescribe en el artículo 1.º-4 que *el régimen económico de estas uniones será dispuesto expresamente en el contrato de entre las modalidades establecidas en el Código Civil*. No se contemplan derechos sucesorios legitimarios, ni por vía intestada; en cambio, en el artículo 1.º-5 dice que las partes podrán establecer en el contrato de unión civil efectos sucesorios.

En el Congreso de los Diputados se acordó tomar en consideración esta proposición de Ley Orgánica, se abrió el período de enmiendas, ampliado cuatro veces, hasta el 11 de marzo de 1998. En la sesión del Pleno de 26 del mismo mes fueron rechazadas las enmiendas a la totalidad.

El Parlamento Foral de Navarra ha presentado a las Cortes Generales una Proposición de Ley para reformar varios artículos del Código Civil. Puede verse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 19 de julio del 2000. Se pretende introducir una extraña igualdad entre matrimonio y unión de hecho por el simple procedimiento de añadir en cada artículo del Código donde aparecen las palabras *matrimonio* o *cónyuge*, las coletillas de *pareja* o *conviviente*.

Y en la actualidad, clausurada la VI Legislatura de las Cortes, por sesión plenaria de 19 de septiembre del 2000, se rechazaron las proposiciones que estaban pendientes de Coalición Canaria y otras, y queda en pie la duda de si en la VII Legislatura, que empieza ahora, se llegará a legislar sobre las uniones de hecho con una norma extensiva a todo el ámbito nacional, para evitar la anomalía de leyes autonómicas parciales y dudosamente constitucionales, de las que ya hay tres, y pudieran proliferar, dañando con su variedad la seguridad jurídica en tema tan importante y crucial como la familia.

B) NORMATIVA AUTONÓMICA

a) *El problema competencial*

El artículo 149.1.8 de la Constitución dispone que *el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los Registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para remediar los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial.*

El precepto es tan conocido como discutido. La literatura sobre el mismo es abundante y variada (53) y las posturas que han tratado de interpretar el contenido y extensión de esta norma pueden resumirse en las siguientes:

- Para algunos foralistas, señaladamente catalanes, el término *Derecho foral* debe ser abandonado tras la Constitución (cosa extraña, pues la Ley Fundamental lo utiliza expresamente). Dicen que las Comunidades Autónomas pueden desarrollar indefinidamente el Derecho Civil que se aplique en su territorio, por lo que podrán legislar dichas autonomías sobre cualquier materia de Derecho Civil, sin limitación alguna. Nos parece exagerada tal postura, por demasiado desproporcionada y no concorde con las propias limitaciones de la Constitución.
- Otros civilistas entienden que los límites a la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales vendrían representados por el contenido normativo de las respectivas Compilaciones en el momento de aprobarse la Constitución. Esta posición, en cambio, es muy restrictiva, pues si sólo se puede legislar sobre lo que ya está legislado, el ámbito de su desarrollo será prácticamente inexistente.
- Algunos foralistas propugnan que el carácter particular de los Derechos forales sólo puede identificarse a través de los principios inspiradores que le son propios y que, por tanto, tales principios son el rasero por el que se debe medir la puesta al día de los Derechos forales. Postura más amplia, pero un tanto elástica e insegura, ya que no siempre será fácil fijar cuáles sean esos principios inspiradores.

(53) Podemos citar como fuentes bibliográficas sobre este punto las citadas por el profesor LASARTE ALVAREZ en *Principios de Derecho Civil*, Madrid, 1998, tomo I, págs. 41 y 42, y en el libro *La diversidad de legislaciones civiles en España*, del profesor ENRIQUE LALAGUNA, Valencia, 1998, pág. 173.

- Hay otra postura que defiende el profesor LASARTE y que nos parece la más correcta técnicamente. Según ella, el límite constitucional de desarrollo del Derecho civil foral ha de identificarse con las instituciones características y propias de los territorios forales que, tradicionalmente, han sido reguladas de forma distinta por el Derecho común y los Derechos forales.

No faltan argumentos favorables a la interpretación más amplia del artículo 149.1.8 de la Constitución, entendiendo que sólo hay un límite negativo a la competencia de las Comunidades Autónomas, que es el conjunto de materias que, como se dice en su texto, se reservan al Estado *en todo caso*.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este punto de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho foral, y son especialmente interesantes las sentencias 881/1993, de 12 de marzo, sobre Aragón, y la 156/1993, de 6 de mayo, sobre Baleares. Sus fundamentos jurídicos son bastantes análogos y su doctrina puede aplicarse a otros casos.

En el primer fundamento jurídico se rechaza el argumento aducido por la Comunidad Autónoma, según el cual, la reserva *en todo caso* por el Estado de las materias señaladas en el artículo 149.1.8 vendría a suponer, *a contrario*, la permisión para las Comunidades Autónomas de desplegar sus competencias estatutarias para el desarrollo del Derecho civil foral o especial en todo el campo no cubierto por aquellas específicas reservas, por ajena que fuera la legislación a introducir al ámbito regulado cuando entró en vigor la Constitución. Esta amplia interpretación es expresamente rechazada por el Tribunal Constitucional.

En el fallo se analizan los términos *conservación, modificación y desarrollo* que emplea el artículo 149 para delimitar la esfera legislativa autonómica.

En el fundamento jurídico segundo se refiere al concepto *conservación*, diciendo que es el que permite la asunción o integración en el ordenamiento autonómico y sus normas de las fuentes derivadas de su ordenamiento y puede hacer viable la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial. Lo que la Constitución permite, se declara, es la conservación o mantenimiento del Derecho Civil propio, de modo que la mera invocación a los precedentes históricos, por expresivos que sean, de viejas tradiciones, no puede resultar decisiva por sí sola a efectos de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 de la Constitución Española.

Tampoco es admisible una ley modificadora cuando en el Derecho especial preexistente no se contiene regla alguna, directa y expresa, sobre el punto ahora regulado.

Y en el fundamento jurídico tercero se declara que el concepto constitucional de *desarrollo* del propio Derecho Civil, especial o foral, debe ser

identificado a partir de la garantía autonómica de la foralidad civil que establece el citado precepto de la Norma fundamental. Se permite la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales; pero ese crecimiento, dice la sentencia, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no debe olvidarse que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido en la Constitución solamente a fin de garantizar determinados Derechos civiles forales vigentes en ciertos territorios, y no en atención a una valoración abstracta y general demandada por las Comunidades Autónomas.

Concluye el Tribunal Constitucional en esta sentencia que el desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales enuncia una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de las Compilaciones u otras normas de su ordenamiento; cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho Civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de éste, según los principios informadores peculiares del Derecho foral. Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa ilimitada de *ratione materiae* dirigida a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, pues, dice el Tribunal Constitucional, pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 de la Constitución Española, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido garantizar por vía competencial.

El ansia competencial de los entes autonómicos puede suponer que se incremente exacerbadamente la falta de una orientación deseable en orden a la apetecible uniformidad legislativa en materia civil y más en el ámbito concreto de las figuras familiares. Si no fuese así, como dice el profesor LASARTE (54), sería, como poco, llamativo, pues realmente las diferencias estructurales entre la sociedad civil de las distintas regiones españolas son cada vez menores y la interpretación paneuropea es cada vez mayor.

A la vista del precepto constitucional, con la interpretación doctrinal y jurisprudencial, la pregunta es inevitable: ¿las leyes de Cataluña, Aragón y Navarra sobre uniones de hecho, están dentro de las competencias que la Constitución confiere a las Comunidades Autónomas?

Resulta sintomático que si en la generalidad de las disposiciones autonómicas se trae a colación, en sus respectivos preámbulos o exposiciones de motivos, los preceptos concretos de la Constitución o del Estatuto de Autonomía correspondiente, en cuya virtud se apoya la facultad de promulgarlas, en cambio, en estas dos leyes autonómicas de uniones de hecho falta por comple-

(54) Obra citada en la nota anterior.

to esa básica justificación. En el preámbulo de la Ley de Cataluña se hace una etérea alusión al artículo 32 de la Constitución, que tiene poco que ver con las uniones de hecho, ya que en él se proclama el derecho a contraer matrimonio, pero nada más; añade dicho preámbulo que también hay otras formas de unión, pero no cita, porque no existe, disposición alguna, ni constitucional ni estatutaria, a la que acogerse. Es curioso el hecho de que a la vez que esta Ley especial se promulgó el llamado Código de Familia, y sin embargo, no se fundieron ambas disposiciones; en el Código de Familia se hace expresa relación de las disposiciones refundidas, todas ellas procedentes de la Compilación e integrantes del Derecho de Familia vigente hasta el momento en Cataluña. En cambio, en la Ley de uniones de hecho, eso no se dice, sencillamente por que no se puede decir: aquí no hay ni conservación, ni modificación, ni desarrollo de ninguna costumbre o norma foral o especial preexistente, o sea, que no cabe en el número 1.8 del artículo 149 de la Constitución.

A nuestro entender, por tanto, carece de base la afirmación que se hace en el penúltimo párrafo del preámbulo, donde se dice que *como es obligado, el trato legislativo de estas uniones en convivencia se ha ajustado al marco de las competencias autonómicas en la materia, razón por la cual ha sido preciso excluir las cuestiones propias del Derecho Penal, las de carácter laboral y las relativas a la seguridad social*. La verdad es que las dudas de sus redactores sobre la falta de competencia de la norma se extienden, no sólo a esos puntos, sino también a su texto completo (55).

Un dato sintomático de la no plena constitucionalidad de esta Ley es que el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 3 de diciembre de 1999 (según consta en su Boletín Oficial núm. 276-2 de la misma fecha), ha rechazado la toma en consideración de una proposición de ley que se había presentado, sobre aspectos procesales de la Ley de Cataluña de uniones estables de pareja. ¿Hubiera sido otra la decisión si no hubiese duda alguna sobre la constitucionalidad de tal norma autonómica?

Así pues, a diferencia del Código de Familia donde se recoge toda la legalidad anterior vigente en Cataluña, tal como se expresa en su preámbulo, en esta Ley de Uniones estables de pareja no hay ni conservación, ni sustitución ni desarrollo alguno, porque no había norma alguna anterior de Derecho especial catalán. ¿En qué se apoya, por tanto, esa supuesta competencia que quiere atribuirse el Parlamento de Cataluña?

Pero hay más. No sólo falta la competencia en sentido positivo, sino que además se incurre en varias invasiones de ámbitos que *en todo caso* corresponden al Estado, según el básico artículo 149.1.8 de la Constitución.

(55) Ver, entre otros, la profesora ROCA TRÍAS en su trabajo «El nou dret català sobre la família», en la *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1 de 1999, pág. 27, y CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, en *Actualidad Civil*, núm. 22, 1999, pág. 586.

Veamos cuáles son esas invasiones:

1.º En primer lugar, la norma estatal para regular las formas del matrimonio. Se dirá que la unión de hecho no es una forma de matrimonio, y hasta ahí estamos de acuerdo. En el último párrafo del preámbulo de la Ley se dice respetar esa competencia exclusiva, pero se entra después en un juego de *quiero y no puedo* de ampulosas frases justificadoras, diciendo que *son situaciones no necesariamente equiparables*. Pero lo cierto es que en el texto de la Ley se reconocen a los convivientes de hecho unas situaciones típicamente matrimoniales, estableciéndose algunas normas de carácter imperativo, creadoras de derechos y deberes entre los unidos que en poco o nada se diferencian de las existentes entre los esposos. Resulta un tanto paradójica la afirmación de que son cosas distintas, porque así interesa externamente para justificar la intromisión, cuando en la realidad se concede a los unidos de hecho un régimen jurídico que en nada se diferencia del matrimonial.

2.º Se ha invadido la competencia exclusiva del Estado para resolver los conflictos de leyes, mantenida en el artículo 149.1.8 de la Constitución. En el último inciso del artículo 1.º y en el artículo 20 se dice que para aplicar la Ley catalana *como mínimo uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña*. Pero la vecindad civil se rige por el artículo 14 del Código Civil, aplicable a toda España, y puede ocurrir que personas que viven en Cataluña no tengan vecindad civil catalana, y, por el contrario, habrá quienes residen fuera de Cataluña y sin embargo mantienen la vecindad civil catalana. ¿Se puede aplicar esta Ley según el criterio que en ella misma se fija? Con razón ironiza MARTÍNEZ PIÑEIRO (56) sobre las consecuencias de acceder a una convivencia marital con personas de vecindad civil catalana: dice que más de uno, y sin darse cuenta, se podrá encontrar con la sorpresa de que se le exijan, una vez extinguida la unión, las compensaciones económicas, pensiones y demás consecuencias que en esta Ley se establecen; el peligro, dice, se habría evitado exigiendo que la pareja residiera, además, en Cataluña. Opinión distinta tiene CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ (57), que considera que, aunque la redacción de la Ley puede conducir a equívocos, la solución más lógica es que sea necesario que al menos uno de los miembros ostente este tipo de vecindad, con independencia de que viva dentro o fuera de esta Comunidad.

La misma cuestión se presenta en el punto 3 del artículo 2.º de la Ley Foral de Navarra, que declara aplicable sus disposiciones cuando al menos uno de los miembros de la pareja tenga vecindad civil navarra.

(56) En su trabajo «Uniones estables de pareja en Cataluña», en la Revista *Lunes* 4,30, de los Registradores de Valencia, núm. 260, pág. 30.

(57) En el trabajo citado en la nota 55.

Pero lo importante a nuestros efectos es determinar si esta extraterritorialidad que se atribuyen estas Leyes es o no constitucional. SERGIO LLEBARIA SAMPER (58) dice que estos artículos 1 *in fine* y 20.2 de la Ley catalana, que regulan este punto, vulneran el artículo 149.1.8 de la Constitución, por cuanto legislan sobre el contenido que en exclusiva pertenecen a los artículos 9.1, 2 y 8, 14 y 16 del Código Civil, que son también de ámbito estatal y extensivos a toda la nación.

En el mismo sentido, MARTÍNEZ PIÑEIRO (59), citando a GARRIDO MELERO, considera que, dado que el Estado se ha reservado de modo exclusivo la competencia sobre las normas para resolver los conflictos de ley en el espacio, la adopción unilateral de esta competencia entra en claro conflicto en el caso de que cualquiera de los ordenamientos civiles del propio Estado quieran regular las uniones de hecho y utilicen como punto de conexión también el de la vecindad civil de otro de los miembros de la unión legal que tenga una vecindad distinta, por lo que tendría más sentido acudir al lugar de residencia, especialmente en aquellas uniones de hecho que se consoliden por el transcurso del tiempo.

3.º La ordenación de los registros públicos es también una de las competencias que la Constitución reserva al estado de modo exclusivo y en todo caso. Por eso, conscientes de su extralimitación, los redactores de la Ley catalana sólo se atreven a esbozar, en su Disposición Final segunda, que *si la legislación del Estado prevé la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas por la presente Ley, los efectos que ésta les otorgue han de entenderse referidos a las parejas que se inscriban*.

Algo más avanza la Ley aragonesa, que en su artículo 2 señala que *toda pareja estable no casada deberá ser inscrita en un Registro de la Diputación General de Aragón para que le sean aplicables las medidas administrativas reguladas en la presente Ley, así como anotada o mencionada en el Registro Civil competente si la legislación estatal lo previera*. Como se ve, hasta se atreve a crear un Registro de ámbito regional, pero lo limita a efectos administrativos y no civiles, pues éstos sólo pueden corresponder al auténtico Registro Civil depositario de los actos del estado civil de la persona.

Lo mismo dice, calcándolo literalmente, la Disposición Adicional de la Ley Foral Navarra.

En cualquier caso, estos registros carecen de virtualidad, pues si se les quisiera atribuir alguna, sería contra la Constitución.

En resumen, entendemos que estos tres ensayos normativos autonómicos se han precipitado en el intento de reglar un hecho que deberá asumir el Estado por ser de la competencia de éste, ya que se trata de situaciones que,

(58) *Hacia la familia no matrimonial*, Barcelona, 1997, pág. 25.

(59) Mismo lugar de la nota 56.

aun siendo fácticas, afectan más o menos al estado civil de las personas y a las relaciones dimanantes de esa unión. La concepción sociológica, moral y jurídica de las familias es prácticamente igual en todos los ámbitos españoles, sin apenas diferencias, que no existen, en los diversos territorios. Al cúmulo de problemas que tienen los convivientes, sobre todo a la hora de romper la relación, no puede sumarse la confusión que proporcionaría una injustificada variedad de normas que sería vivero seguro de más pleitos.

Por esta razón y por los argumentos que anteceden, entendemos que es más que dudosa la constitucionalidad de las leyes autonómicas existentes, y que los jueces y tribunales tienen abierto el camino para plantear las oportunas cuestiones de inconstitucionalidad si llegase el caso.

b) *La Ley de Cataluña*

Se titula oficialmente *Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja*, y se publicó en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña el 23 de julio de 1998, con entrada en vigor a los tres meses de esta publicación (60).

Consta esta Ley de un preámbulo y dos capítulos; en el primero, que comprende los artículos 1 al 18, se trata de la unión estable heterosexual, y el segundo capítulo (arts. 19 a 35) se refiere a las uniones de homosexuales, concluyendo con una Disposición Adicional, otra Transitoria y tres Disposiciones Finales.

En el preámbulo trata de explicar por qué se ha dejado fuera del Código de Familia esta regulación de las parejas de hecho, alude al inaplicable artículo 32 de la Constitución, que se refiere al matrimonio y no a estas unio-

(60) Su texto se publicó en el Boletín del Colegio de Registradores, número 40, del mes de julio de 1998, págs. 2253 a 2259. Puede verse también en el libro *Normativa autonómica*, editado por el mismo Colegio, tomo 1997/1998, págs. 1817 a 1832.

Han comentado esta Ley los siguientes estudios:

— «Uniones estables de pareja en Cataluña», por EDUARDO MARTÍNEZ PIÑEIRO, en *Lunes* 4,30, núm. 260, págs. 27 y sigs.

— «La unión de hecho», de ESTEBAN BOSCH CAPDEVILA, en el *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 81, noviembre-diciembre de 1998, pág. 319.

— «El nou Dret català sobre la família», de ENCARNA ROCA, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1 de 1999, pág. 27.

— «Consideraciones en torno a la Ley de uniones estables de pareja de Cataluña», por JOSÉ LUIS LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, en la *Revista Española de Derecho Canónico*, núm. 56, 1999, pág. 261.

— «Una aproximación a la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja en Cataluña», por CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, en *Actualidad Civil*, núm. 76, 1999, pág. 1095.

— «La Ley catalana de uniones de pareja», de JUAN JOSÉ LÓPEZ BURNIEL, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3 de 1999, pág. 9 y sigs.

nes, quiere justificar la oportunidad de la regulación y bordea el problema de la competencia. Hubiera sido más deseable frenar estas ansias competenciales y aguardar a una mejor coordinación en la legislación estatal en atención a lo delicado del tema, para evitar posibles fraudes y abusos por originarse conflictos de leyes.

Al abordar el articulado, resalta en primer lugar la importancia que se le da a la figura de la homosexualidad (61), dedicándole preceptos especiales que en muchos casos suponen una simple repetición, y por ello son extravagantes.

En el artículo 1.º se define la unión heterosexual como la que se da entre un hombre y una mujer, mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan vivido maritalmente por un período ininterrumpido de dos años como mínimo o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que se establece; no es preciso acreditar la convivencia por dos años cuando haya habido hijos comunes. En el mismo artículo se exige que al menos uno de los convivientes tenga vecindad civil en Cataluña, lo que, como ya hemos explicado, puede dar lugar a problemas de extraterritorialidad y roza abiertamente la competencia estatal en este punto.

En el artículo 2 se admite con amplitud cualquier medio de prueba para acreditar la convivencia, pero lo que no se aclara es qué clase de convivencia es la adecuada para conformar lo que la Ley llama *unión estable*. Debería explicarse, al menos, en qué consiste la convivencia *more uxorio* a que alude la Ley; como dice LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS (62), las preguntas en este punto pueden prolongarse y el denominador común de todas ellas es la carga de la prueba; más que centrar el concepto *marital* en el componente sexual (cuya existencia se presupone, pero no siempre existirá, como, por ejemplo, por motivos laborales, por la avanzada edad de los convivientes, etc.), parece más acertado reconducirlo a la voluntad de ambos para construir un proyecto de vida conjunta. Si la prueba de esa plena convivencia *more uxorio* puede no ser tan fácil en los momentos de armonía, tal prueba será más que difícil y hasta imposible en el caso de ruptura, que es cuando *los* convivientes discuten sus *derechos*.

En el artículo 3 se concede autonomía a las partes para regular sus derechos y deberes, aunque estableciendo un mínimo que se considera irrenunciable. Siguiendo el sistema matrimonial catalán, se establece el régimen de separación de bienes. En el mismo artículo 3, a título supletorio, se señala la contribución de ambos al mantenimiento de la casa y a los gastos comunes,

(61) Según el Censo de Cataluña de 1991, de 64.965 uniones de hecho censadas, sólo 10.863 parejas son de homosexuales. ¿Es tan importante ese número, sobre todo si se compara con el millón y medio de matrimonios, como para dedicarle una ley?

(62) En su trabajo citado en la nota 60, pág. 268.

señalándose en el artículo 4 lo que ha de entenderse por tales gastos, de los cuales ambos responden solidariamente (art. 5); de los demás casos sólo responde quien haya contraído la obligación; es obligación preferente la prestación de alimentos al otro conviviente (art. 8).

Un efecto patrimonial importante resulta de lo que se ordena en los artículos 11 y 28, en cuyo número 1 se dice que *el conviviente titular de la vivienda común o de los muebles de uso ordinario no puede llevar a cabo ningún acto de enajenación, de gravamen o, en general, de disposición de su derecho que compromete su uso sin el consentimiento del otro o, en su defecto, de autorización judicial*. Y según el artículo 2, el acto efectuado sin consentimiento es anulable a instancia del otro conviviente en el plazo de cuatro años desde que tenga su conocimiento o desde la inscripción en el Registro de la Propiedad. La norma está tomada del artículo 1.320 del Código Civil y del artículo 9 del Código de Familia de Cataluña, y la pregunta ahora es si también será aplicable a este supuesto el artículo 91 del Reglamento Hipotecario, ya que todos estos artículos tienen solamente como base el matrimonio. En efecto, este precepto reglamentario ordena a los Registradores que cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene tal carácter.

Ya se ha presentado el caso con motivo de unas escrituras de hipoteca cuya inscripción fue suspendida por el *defecto* de que los otorgantes, solteros, viudos y divorciados *eran susceptibles de integrar una unión estable de pareja*. Nos parece exagerado y fuera de contexto obligar a un otorgante a manifestar si forma o piensa formar una unión de hecho. El casado ha de manifestar que el piso no es vivienda familiar, pero que el soltero tenga que decirlo es apurar demasiado la letra de la Ley.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ante el que se interpuso recurso gubernativo, confirma la nota del Registrador. Pero mejor será que reproduzcamos la letra del Auto Presidencial, que en este caso no es susceptible de alzada ante la Dirección General de los Registros y el Notariado, por tratarse de Derecho propio catalán.

AUTO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, NUMERO 14, DE 2 DE JUNIO DE 1999: El artículo 91 RH es de aplicación a los actos dispositivos sobre vivienda perteneciente a persona susceptible de integrar la unión estable de pareja (63).

(63) Texto tomado del Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña, núm. 84, mayo-julio de 1999, pág. 77.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS. Primero.—Presentadas a inscripción ante el Registro de la Propiedad de Granollers, número 3, tres escrituras de otros préstamos hipotecarios, otorgados a favor de personas sobre las que únicamente constan sus condiciones de soltera, divorciada o viuda (más en concreto, soltero y viuda, en un caso, divorciados ambos en otro y viuda y soltero en el último), el Registrador suspende las inscripciones demandadas con notas análogas en las que sólo varía la consignación de las respectivas condiciones personales.

El cuerpo sustancial de las notas es el siguiente:

Toda vez que la Ley del Parlamento de Cataluña 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, exige en sus artículos 11 y 28 el consentimiento de los convivientes para disponer de derechos sobre su vivienda común, resulta necesario —ex art. 91.1 del Reglamento Hipotecario— para la inscripción de una hipoteca sobre la vivienda perteneciente a una persona susceptible de integrar una unión estable de pareja (cfr. don Manuel Frutos Vega, de estado civil soltero; don Francisco Javier Carrascosa Miñana, de estado civil divorciado; doña Aurora Mómpart Tutusaus, de estado civil viuda), que en el título conste: bien, la declaración expresa de que el titular de la citada vivienda no se encuentra incluido en alguno de los supuestos que previene la Ley 10/1998, bien la manifestación de que dicha vivienda no ostenta el carácter de común a que aluden los preceptos mencionados, o bien, en su caso, al preceptivo consentimiento del/de la conviviente del titular de la vivienda o la autorización judicial subsidiaria. La presente nota de calificación responde a la necesidad de adecuar la interpretación de los preceptos a la realidad social del tiempo en que éstos se aplican (ex art. 3.1.º del Código Civil). En el plano legislativo, como realza el Preámbulo de la nueva ley, «se considera que ha llegado la hora de emprender esta labor (...) y de que nuestro ordenamiento jurídico se alinee, en este sentido, con las incipientes corrientes prelegislativas y legislativas que afloran en el seno del Estado y en los Estados de nuestro entorno geográfico y cultural» y, evidentemente, esta labor debe continuar en todos aquellos que operan en su distinta aplicación. Aplicación que debe guiarse por criterios sistemáticos, o sea, atendiendo a la unicidad del ordenamiento en el que se inserta y sobre supuestos que la ley desea. E indudablemente la reforma global del derecho de familia (Ley 9/1998, de 15 de julio), conjuntamente con la plasmación legal de la realidad de las uniones en convivencia de carácter estable (Ley 10/1998, de 15 de julio), muestran que los actos de enajenación y de gravamen sobre viviendas de naturaleza habitual (séalo de la familia o de una unión estable, cfr. la dicción del art. 9 de la Ley 9/1998, con la de los arts. 11 y 28 de la Ley 10/1998) se hallan restringidos y penden en su eficacia del consentimiento del otro cónyuge/conviviente bajo amenaza de anulabilidad. De tal modo

que, en base a lo expuesto, los requisitos de acceso registral de los negocios dispositivos sobre la vivienda habitual de la familia perteneciente a un solo cónyuge (art. 91.1.º del Reglamento Hipotecario) deben trasladarse a los actos dispositivos sobre viviendas cuya titularidad corresponden a personas integradas o susceptibles de integrarse en uniones de convivencia estable. ESTIMANDOSE SUBSANABLE EL DEFECTO INDICADO, EL INTERESADO O EL PRESENTANTE PODRAN SOLICITAR LA EXTENSION DE LA ANOTACION PREVENTIVA QUE REFIEREN LOS ARTICULOS 42.9.º DE LA LEY HIPOTECARIA Y 111 Y 430 DEL REGLAMENTO PARA SU EJECUCION».

Segundo.—La cuestión presentada en los recursos se resume, pues, a la aplicación del artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario (redactado conforme al Real Decreto de 10 de octubre de 1984) a los actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a persona *susceptible de integrar una unión estable de pareja*.

Como se sabe, el artículo 91.1 del citado Reglamento establece taxativamente que *cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene tal carácter*. La disposición reglamentaria coincide con la previsión contenida en el artículo 1.320 del Código Civil y hoy coincide, asimismo, con lo establecido en el artículo 9 del Codi de Família aprobado por la Llei 9/1998, de 15 de julio, del Parlament de Catalunya, según el cual, *amb independència de quin sigui el règim econòmic matrimonial aplicable, el cónyuge titular, sense el consentiment de l'altre, no pot dur a terme cap acte d'alienació, gravamen o, en general, de disposició del seu dret en l'habitatge familiar o en el mobles d'ús ordinari que en comprometí l'ús, encara que es refereixi a quotes indivises*, declarando en el apartado segundo del propio artículo la anulabilidad del acto efectuado sin atender a las condiciones mencionadas.

Pues bien, los artículos 11 y 28 de la Llei 10/1998, de 15 de julio, del Parlament de Catalunya, d'uniones estables de parella, referido el primero a las uniones heterosexuales y aplicable el segundo a las uniones homosexuales, establecen idénticamente que *el convivent titular de l'habitatge comú o dels mobles d'ús ordinari no pot portar a terme cap acte d'alienació, de gravamen o, en general, de disposició del seu dret que en comprometí l'ús sense el consentiment de l'altre o, si hi manca, de l'autorització judicial*, refiriendo los segundos párrafos de los artículos la anulabilidad de tales actos.

La integración de los preceptos indicados en una visión unitaria y global de nuestro Ordenamiento Jurídico imponen la solución dada al conflicto por el Registrador de la Propiedad de Granollers, en la medida que todos aquellos

preceptos orientan una proyección común: la protección de la vivienda que es sede de una familia o de una pareja a ella asimilada. No existe, en consecuencia, razón o base para una regulación discriminatoria y, en el ámbito estrictamente registral en el que ahora nos movemos, es predicable la inscribibilidad de los actos anulables, como lo son, según lo visto, los dispositivos de la vivienda sin el consentimiento del conviviente, precisamente en defensa de la presunción de validez de los actos ingresados en el Registro y en defensa del tercero de buena fe como sería, en su caso, el adquirente de la finca por ejecución hipotecaria.

Finalmente, cabe señalar que las disposiciones contenidas en los citados artículos 11 y 28 de la Llei catalana no violan el derecho a la intimidad personal que consagra el artículo 18.1 de la Constitución, como aduce el recurrente, sino que son consecuencia de las disposiciones generales contenidas en toda la regulación legal, que no ha sido tachada de inconstitucionalidad.

Tercero.—Por todo lo anterior procede desestimar los recursos presentados por el notario de Granollers contra las notas de calificación, manteniéndose el íntegro contenido de las mismas, sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

Hasta aquí la solución que se da al recurso interpuesto, que, a nuestro entender, no se ajusta ni a los preceptos legales ni al reglamentario, pues éstos se refieren a esposos y todo enajenante casado debe manifestar que no se trata de vivienda familiar. Para los solteros o viudos no existe esa obligación, que aquí se quiere imponer y que implica la declaración de si están en situación irregular. No en balde el notario recurrente alegaba que con esto se viola el principio de intimidad personal, que es un derecho reconocido por el artículo 18 de la Constitución. No hay por qué declarar si hay situación de convivencia de hecho; creemos que el artículo 91 del Reglamento Hipotecario aquí se cumpliría con afirmar que la vivienda que se enajena o grava no es domicilio *familiar*, sin referencia alguna a la situación convivencial de hecho que sólo al enajenante interesa, y no hay por qué publicarla.

Siguiendo con la exposición resumida de esta Ley catalana, dijimos que en el artículo 12 se contempla la crisis de la pareja que puede efectuarse de mutuo acuerdo o por voluntad unilateral comunicada fehacientemente al otro, que serán las causas más comunes en la práctica; además, por defunción, lo que es natural, y por una separación de hecho superior a un año, supuesto inseguro en contemplar su realidad, y, por último, por matrimonio de uno de los miembros, se supone que con persona distinta. Los efectos son la compensación económica y la pensión, si proceden, y la prohibición de iniciar otra convivencia en el plazo de seis meses, prohibición que suena a algo parecido a querer poner puertas al campo.

En el capítulo II de la Ley, que comprende los artículos 19 a 36, se regulan las uniones estables homosexuales, en una regulación paralela a las

heterosexuales, con una práctica repetición de reglas, lo que compone un conjunto tan poco útil como llamativamente analógico.

Mas hay una diferencia que nos parece totalmente injustificada por paradójica, y es el tema de la sucesión, que se soluciona de modo bien distinto y extraño, ya que no se concede sucesión abintestato al supérstite de una pareja heterosexual, que sería lo natural (art. 18), y en cambio sí se concede al homosexual (art. 34). La simple comparación de ambos preceptos produce no poca perplejidad, y nos ha parecido tan extraña que hemos tenido que constatarlo con otros dos autores que han reparado en el mismo error (64). Dice el notario MARTÍNEZ PIÑEIRO que ningún derecho se reconoce al supérstite en la herencia del premuerto en la unión heterosexual; y toda vez que sí se reconocen derechos en la sucesión intestada cuando se trata de uniones homosexuales, en principio dudamos de si se trata de un error que sería subsanado *a posteriori*; pero no es así, pues en la unión heterosexual no hay reconocido ningún derecho en la sucesión intestada de los convivientes. Se remite a la durísima crítica de LLEBARIA SAMPER, y dice que también constata el contrasentido que supone que el legislador catalán trate de resaltar la aceptación social de esta figura y no les reconozca derechos abintestato.

Y la profesora HERNÁNDEZ IBÁÑEZ también expresa su extrañeza de que en la pareja heterosexual no haya precepto alguno en concreto que haga referencia a la sucesión testada ni a la intestada, a diferencia del capítulo II de la ley, que se ocupa de la unión estable homosexual, donde hay dos preceptos que regulan estas instituciones. Por lo tanto, dice, *aquí la Ley ha omitido el que un conviviente de sexo distinto puede ser heredero en la herencia de su pareja, ya que guarda silencio sobre ello, en contraposición a lo que regula para el mismo tipo de uniones estables la misma Ley, y es una omisión de la que no se entiende el por qué, al mismo tiempo que lleva a un trato desigual. Considera que esto es una incongruencia al originar este distinto trato entre las dos clases de uniones.*

c) *La Ley de Aragón*

Se titula oficialmente *Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas*, y se publicó en el Boletín Oficial de Aragón el 6 de abril de 1999 (65).

(64) MARTÍNEZ PIÑEIRO, en *Uniones estables*, pág. 38, y CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, en *Una aproximación*, pág. 604.

(65) Puede verse su texto completo en el Boletín de Información del Colegio de Registradores, núm. 48, abril de 1999, págs. 145 y sigs.

Al igual que lo hacíamos notar en la Ley de Cataluña, en el preámbulo de esta norma aragonesa brilla por su ausencia toda referencia a la posible competencia de las Cortes autonómicas para regular una materia que, según creemos, queda bastante fuera de sus atribuciones. Son aplicables aquí los mismos argumentos antes expuestos. Quizá temiendo la clara intromisión en los conflictos de las diferentes legislaciones, aquí no se dice si la Ley es aplicable a los que tengan vecindad civil aragonesa o será la residencia la decisiva, ni si se trata de uno o de los dos convivientes los que han de tener alguna conexión con Aragón; en este punto, se rehuye la inconstitucionalidad, pero se cae en una indefinición deplorable. De lo que no se libra la Ley es de la inconstitucionalidad, al crear y definir un registro, materia exclusivamente estatal. Y lo mismo cabe decir del intento de construir algo que se quiere parecer a un matrimonio, materia igualmente estatal.

Hay un preámbulo breve en el que se pretende justificar esta regulación, diciendo que, no sólo la sociedad aragonesa, sino también la española, demandaba desde hace tiempo una normativa para las parejas de hecho, aludiendo incluso a los demás habitantes del continente, al referirse al congreso de 1982, auspiciado por el Consejo de Europa.

Y se termina el preámbulo reconociendo que ésta es materia que corresponde al Estado, al decir que *aun cuando el legislador español trata de regular el fenómeno desde un punto de vista general*, parece que acuden a remediar una supuesta urgencia de los aragoneses, y por eso *no pueden orillar* (las Cortes de Aragón) *en estos momentos el especial tratamiento que estos tipos de convivencia ha de tener en nuestra Comunidad*. Y concluye: *Ello es lo que de forma especial justifica esta Ley*.

¿De verdad era tan urgente regular una situación de hecho que se viene produciendo desde siglos atrás? Aunque lo fuera, ¿sólo así se justifica una ley?

Lo que sí era necesario es señalar en qué preceptos de la Constitución y del Estatuto de Autonomía se basa la competencia para legislar en esta materia. Si en otras leyes es lo primero que se dice, ¿por qué no se dice aquí? Sencillamente, porque estos preceptos básicos en los que habría de apoyarse no existen. Al igual que en Cataluña, creemos que en cualquier pleito que esta Ley suscitara, habría base para intentar que los Tribunales plantearan una cuestión de inconstitucionalidad.

La Ley aragonesa tiene 18 artículos y dos Disposiciones Adicionales, en la primera de las cuales se da valor de futuras capitulaciones matrimoniales a la escritura convivencial si la pareja llegara a casarse, y en la segunda se da un plazo para crear el registro de parejas, que, por cierto, ha transcurrido sin producirse tal regulación. En la Disposición Final se fija la entrada en vigor de la Ley a los seis meses de su publicación.

En el artículo 1.º se señala que la Ley será de aplicación a las personas mayores de edad que, cumpliendo los requisitos y formalidades que en la

misma se establecen, formen parte de una pareja estable no casada en la que existe relación alguna de afectividad análoga a la conyugal. No hace alusión al vínculo, de vecindad o residencia, con la región aragonesa para acogerse a esta normativa. Como formalidades sólo se marcan las expresadas en el número 1 del artículo 3, según el cual se considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un período ininterrumpido de dos años, como mínimo, o se haya manifestado la voluntad de constituirla mediante escritura pública. Los requisitos de capacidad se fijan de modo negativo en el artículo 4, donde se señala que no pueden constituir pareja los ligados con vínculo matrimonial, los parientes en línea recta y los colaterales hasta el segundo grado, y los emparejados con otra persona.

En el artículo 5 se fija el régimen de convivencia, y en el artículo 6, las causas de extinción, con sus efectos patrimoniales en el artículo 7.

Aunque se declara expresamente (art. 14) que la unión de hecho no genera relación alguna de parentesco, en el artículo 13 se establece que los convenientes están obligados a prestarse alimentos con preferencia a otras personas legalmente obligadas.

En el artículo 15 se concede a los miembros de la pareja estable no casada la posibilidad de testar de mancomún de conformidad con lo dispuesto en la legislación sucesoria aragonesa. La verdad es que esta disposición no deja de ser extraña, pues el testamento mancomunado se explica en una situación de estabilidad normal en el matrimonio, pero no en la inestable figura de la unión de hecho. Si entre esposos la sentencia de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación hacen ineficaz las liberalidades que los cónyuges se hubieran concedido en el testamento mancomunado y todas las disposiciones correspectivas, ¿cuál será el valor de un testamento entre quienes, de entrada, no quieren comprometerse a un vínculo permanente? ¿Queda ineficaz el testamento cuando hay una ruptura tan fáctica como fue la unión? ¿Cuál será el procedimiento para declarar la nulidad del testamento?

Lo mismo cabe decir de los pactos sucesorios que se autorizan en el artículo 16. No son lo mismo, aunque se quiera, los pactos en el ámbito familiar estable que en una unión que, por principio, adolece de esa firmeza que caracteriza la institución matrimonial.

Claro que estas dos normas de la posibilidad del testamento mancomunado y los pactos sucesorios entre convivientes no casados no suponen una excepción, sino más bien una confirmación o consecuencia de las normas generales sucesorias vigentes en Aragón. En efecto, la Ley de Sucesiones aragonesa de 1998, anterior a la de parejas de hecho, permite que el testamento mancomunado pueda ser otorgado por dos y hasta por más personas con tal que sean aragoneses, cualquiera que sea la relación personal o familiar que exista entre ellos, aunque no haya ninguna. En cuanto a los pactos sucesorios, la Compilación exigía que los otorgantes fueran mayores de dieciocho años

y que entre ellos existiera relación conyugal o de parentesco de consanguinidad, afinidad o adopción; en la nueva Ley de Sucesiones pueden pactar su sucesión cualesquiera aragoneses, aunque no tengan relación entre sí.

Tengan o no, que no la tienen, relación entre sí como no sea la de hecho, los convivientes no casados pueden hacer testamento mancomunado o pactar su sucesión de acuerdo con la Ley general de sucesiones aragonesa, sin que la ley de parejas añada nada nuevo.

A diferencia de la Ley de Cataluña, que ha sido objeto de varios comentarios ya citados, no conocemos trabajos doctrinales que se hayan ocupado de la Ley aragonesa. En la Revista de Derecho Aragonés sólo hemos visto la escueta relación de las enmiendas que se presentaron al proyecto legislativo en las Cortes regionales.

Únicamente hemos visto que el notario de Zaragoza, JOSÉ LUIS MERINO, ha publicado un folleto de 182 páginas, bajo el título de *Manual de parejas estables no casadas*, de carácter más bien divulgativo, en el que narra los antecedentes y el *iter* de la discusión de la Ley. Resulta que se ha copiado a la ley catalana, diciéndonos que el Parlamento aragonés ha hecho una *absurda e innecesaria imitación* de la misma, lo que la obliga a hacer constantes referencias en su texto. Aunque aclara que no ha tratado de hacer un libro científico, al menos ofrece una primera y sucinta visión de este texto legal para facilitar su labor interpretativa. En efecto, hace una exposición sencilla, pero no deja de mostrar las razonables dudas que sobre la constitucionalidad de esta Ley tuvieron los propios parlamentarios: se pidió informe a los Servicios Jurídicos de la Cámara y aún se pensó en pedirlos al Justicia de Aragón, aunque esto último no llegó a verificarse. Estos Servicios Jurídicos estimaron de dudosa constitucionalidad en su informe la propuesta inicial de que esta ley se aplicará cuando *al menos uno de sus miembros tenga vecindad aragonesa*, pues con ellos se invadía un campo, el de las relaciones interterritoriales de los Derechos civiles españoles, que conforme a la Constitución (art. 149.1.8), pertenecen a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil. El notario MERINO recuerda que la ley catalana sí ha incluido el requisito de la vecindad civil, y se extraña de que no haya sufrido tacha de inconstitucionalidad, y añade en nota al texto, *yo creo que sólo razones políticas, sobradamente conocidas, son las que han hecho que el Gobierno español, como en otras ocasiones, no recurriera este precepto de la Ley catalana por inconstitucional. Los problemas que el mismo va a generar no serán pocos*. La confesión no puede ser más paladina.

Algo parecido deja entrever al recordar que la Ley catalana debería haberse incluido en el Código de Familia, promulgado en la misma fecha. Cita al autor SERGIO LLEBARIA, quien ha opinado que la Ley de Parejas aislada puede dar lugar a una serie de problemas que con el Código no se producirían, pues en el dicho Código *se orilla la regulación de la pareja no casada*. Y lo

mismo, dice MERINO, está sucediendo en Aragón. O sea, que se reconoce que esta regulación entra dentro de la organización de la familia. Y si esto es así, ¿no se han invadido competencias del Estado?

En la materia del registro de parejas que se instituye, empieza diciendo en primer lugar que estos registros están llamados a no tener valor ni efecto alguno. Por otra parte, dice el mismo autor, aunque la referencia que hace la Ley al Registro Civil no sobra, tampoco era imprescindible, y reconoce que *la legislación sobre este Registro es materia de competencia exclusiva del Estado*.

Tras este breve resumen del folleto citado, no nos queda más que reiterar nuestra idea de que las dos leyes autonómicas que preceden tienen graves problemas de constitucionalidad. Si esto no ha sido instado por el Gobierno, no obsta a que ante los Tribunales se pueda pedir por el cauce de las cuestiones de inconstitucionalidad, las cuales tendrían amplia base para prosperar.

d) *La Ley Foral de Navarra*

Con fecha 3 de julio del 2000, la Comunidad de Navarra ha promulgado la *Ley Foral para la igualdad jurídica de las parejas estables*, cuyo texto puede verse en el Boletín Oficial del Estado de 6 de septiembre, y en el Boletín de Información del Colegio de Registradores de la Propiedad del mismo mes de septiembre.

Según su exposición de motivos, parece que se quiere dar a las uniones de hecho una situación de paridad con el matrimonio, acudiendo a un inaplicable artículo 14 de la Constitución en un intento no justificado de alegar una discriminación que no existe, pues en realidad se trata de dos figuras completamente distintas. El matrimonio está regulado por el Derecho, y la unión es puramente fáctica, por lo que no cabe aplicar las mismas normas a situaciones dispares, ni cabe hablar en modo alguno de discriminaciones, tal como la doctrina reconoce o unánimemente.

Tampoco es acertado el párrafo de dicha exposición de motivos que acude al artículo 48 del Amejoramiento del Fuero, donde se atribuye a Navarra competencia exclusiva, según se dice, en materia de Derecho Civil Foral. Y es que, antes que el fuero están las disposiciones competenciales de la Constitución ya vistas, y que no es preciso repetir, por lo que las normas de la Comunidad Foral no pueden excluir a las normas de la Constitución, que son superiores.

Pero, además, esta situación de las parejas de hecho, muy poco o nada tienen que ver con las particularidades que pueden configurarse como Derecho Foral navarro; este Derecho es, por naturaleza, de carácter especial de cada región, y las parejas de hecho, ni son privativas de Navarra ni se relacionan para nada con sus normas específicas.

Por todo ello, damos aquí por repetido lo que dijimos al presentar las leyes autonómicas de Cataluña y Aragón. Tampoco tiene Navarra competencia para regular las uniones de hecho por cuanto se sale de las concesiones tasadas en el artículo 149 de la Constitución por razón de la materia, y además, porque se excede al regular el conflicto de leyes del régimen personal, queriendo aplicar sus normas cuando uno de los miembros de la pareja tiene vecindad civil navarra; por último, también se excede en competencias en cuanto la Disposición Adicional de la Ley intenta regular la inscripción de las parejas en el Registro Civil, materia ésta de clara competencia estatal.

La Ley Foral es breve y adolece de un claro mimetismo, en cuanto que sigue, casi literalmente en bastantes preceptos, a las leyes regionales de Cataluña y Aragón. Se diferencia de la primera en que no regula claramente la unión homosexual, aunque parece admitirla implícitamente en el último inciso de su artículo 1.º, al comprender la convivencia de dos personas *con independencia de su orientación sexual*. Otra diferencia, y ésta es notable, propiciada por el régimen fiscal especial de que gozan los navarros, es la amplia regulación que la Ley Foral contiene en su artículo 12, donde se conceden a los convivientes de hecho las mismas bonificaciones y privilegios de que gozan los esposos.

Por lo demás, la Ley Foral no es muy extensa, pues sólo contiene 13 artículos, divididos en tres capítulos. El primero de éstos comprende las Disposiciones Generales, empezando por un artículo 1.º que incide en repetir lo que llama *principio de no discriminación*, que ya hemos rebatido. En el artículo 2.º se da un concepto de pareja estable, calcado de las leyes catalana y aragonesa, aunque añadiendo el dato excluyente de que las personas unidas de hecho no tengan vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción, como hemos visto. En el artículo 4.º se trata de la disolución, siguiendo el mismo patrón de las normas autonómicas citadas.

El capítulo II, referido al contenido de la relación de pareja, comprende los artículos 5 al 10, donde se dan reglas de convivencia a base de pacto; sin embargo, en defecto de pacto, no se acude al régimen legal navarro de conquistas, y esto sí que es una discriminación, sino que sólo se establece como regla general la contribución de ambos convivientes a los gastos comunes; se regula una pensión y la posibilidad de una compensación económica para el caso de disolverse la unión, y en el artículo 7.º se señala que los convivientes responden solidariamente frente a terceros de las obligaciones comunes.

El capítulo III es el que contiene más especialidades en el aspecto fiscal. En el artículo 11 se regula el régimen sucesorio introduciendo tres modificaciones a la Compilación de Derecho Civil Foral navarra, que consisten en la equiparación sucesoria del conviviente de hecho con el cónyuge viudo, la inclusión del compañero fáctico en el artículo 254 y la declaración de su incapacidad para ser contador-partidor en la herencia del concubino premuer-

to. El artículo 12 es muy amplio y parte del principio de que los miembros de una pareja estable serán considerados como cónyuges a los efectos previstos en la legislación fiscal navarra en lo referente a computar rendimientos y para aplicar deducciones o exenciones.

A continuación se relacionan las modificaciones referentes a los impuestos sobre Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

El artículo 13 regula el régimen de la Función Pública, pero únicamente referido, como es natural, al personal al servicio de las Administraciones Públicas de la Comunidad Foral.

Según su Disposición Final 2.^a, la Ley Foral ha entrado en vigor en el plazo de un mes a partir en el Boletín Oficial de Navarra, que tuvo lugar en el número del día 7 de julio del 2000.

El BOE del 15 de noviembre de 2000 publica que el Tribunal Constitucional por providencia del 31 de octubre ha admitido a trámite el recurso inconstitucional número 5297/2000 promovido por don Alvaro de Lapuerta Quintero, comisionado por 83 diputados del Grupo Parlamentario Popular en relación con la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, del Parlamento de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

C) REGISTROS DE UNIONES DE HECHO (66)

Este es un tema en el que todos los autores están de acuerdo: tales registros carecen de efectos civiles, y, por tanto, no inciden en la legislación civil: sólo pueden servir a efectos administrativos o quizá, todo lo más, como medio de prueba de un hecho. Porque la unión extramatrimonial es eso, sólo un hecho, y no constituye en ningún caso un supuesto de modificación del estado civil de la persona susceptible de inscribirse en el auténtico y único Registro Civil.

Es conocida la definición que del estado civil da el profesor FEDERICO DE CASTRO (67) como, *aquella cualidad de la persona que resulta del puesto que tenga en cada una de las situaciones tipificadas como fundamentales en la*

(66) Sobre esta materia pueden verse los siguientes estudios:

— «Algunas reflexiones sobre los registros municipales de uniones civiles no matrimoniales», de JAIME MORENO VERDEJO, en *Revista General del Derecho*, 1994, pág. 12543 y sigs.

— «Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho», en *Anuario de Derecho Civil*, 1995, pág. 1709, de MIGUEL MARTÍN CASALS.

— «Las uniones de hecho: Derecho aplicable», de CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en *Actualidad Civil*, núm. 36, 1999, pág. 1108.

— «Concepto y calificación jurídica de las uniones de hecho», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, por XAVIER O'CALLAGHAN, pág. 31.

(67) En su libro *Derecho Civil de España*, 1946.

organización civil de la comunidad y que afecta a la capacidad de obrar, es decir, al ámbito propio de poder y responsabilidad.

De acuerdo con la importancia que tienen los actos concernientes al estado civil, el artículo 325 del Código Civil establece que han de hacerse constar en el Registro destinado a este efecto, el cual constituye la prueba central de dicho estado civil.

Y la Ley reguladora del Registro Civil establece en su artículo 1.º los actos susceptibles de inscripción, entre ellos, en el número 9, el matrimonio, pero no figura la unión de hecho, porque no constituye acto que afecte legalmente a la situación de poder y responsabilidad de la persona.

Las disposiciones autonómicas o los decretos municipales que crean estos registros son nulos de raíz. En primer lugar, porque de acuerdo con el artículo 149.1.8.º de la Constitución, la potestad legislativa en materia de ordenación de los registros públicos está reservada en exclusiva al Estado. Y además, porque la coexistencia de una pluralidad de registros relativos a las uniones de hecho con el Registro Civil no puede permitir que varios registros oficiales diferentes publiquen realidades contradictorias. Una situación de ese tipo, dice MARTÍN CASALS, minaría gravemente la seguridad del tráfico jurídico y la función de protección de terceros que ejerce el Registro, y añade que le parece claro que esos pretendidos registros municipales tienen un valor puramente testimonial y simbólico, y no resisten el más mínimo análisis jurídico. No es posible establecer relación alguna entre estos registros y el Registro Civil, ni tampoco entre ellos mismos, puesto que pueden no sólo publicar algo que sea contrario a lo que consta en aquél, sino permitir que quien hoy se inscribe en un registro como pareja de hecho con su vecina, pueda ir mañana a otro municipio a inscribirse con su sobrina y, pasado mañana, a un tercero para hacerlo con su propia mujer, sin necesidad de estar empadronado en ninguno de los tres municipios.

En el tiempo, parece que la primera manifestación ha sido un decreto del Ayuntamiento de Vitoria de 28 de febrero de 1994, que apareció en el Boletín Oficial de Alava el 11 de marzo siguiente. En su artículo 5 se establece que *todas las uniones no matrimoniales de convivencia inscritas en el registro municipal de uniones civiles tendrán la misma consideración jurídica y administrativa que las uniones matrimoniales*. En otros varios registros municipales o autonómicos se ha reproducido literalmente este precepto, pues lo normal es que estas regulaciones se suelen caracterizar por un mimetismo exagerado.

Como se ve, en la mayoría de los casos se ha ido más allá de la estricta creación de un organismo registral con finalidades administrativas o para facilitar la prueba de estas uniones; llegan a adentrarse en la atribución de efectos a esas uniones de hecho mediante una declaración de principios que las equipara a las verdaderas parejas matrimoniales; se conceden a las parejas unos derechos que obviamente no tienen.

La intromisión municipal en materias de la exclusiva competencia del Estado es evidente. Pero además, estas regulaciones implican que se concede la equiparación al matrimonio sólo para las parejas que se inscriben, negándola para las no inscritas, lo que concede a la inscripción una eficacia constitutiva. Resulta paradójico que se quiera aplicar un régimen formalista a quienes, por principio o por imposibilidad, han huido de las formalidades del matrimonio. Se genera una discriminación igual a la que se pretende evitar frente al matrimonio, al abrir una desigualdad entre las uniones inscritas y las no inscritas.

Otras regulaciones no llegan tan lejos, conscientes del terreno que pisan. Así, el Decreto de 20 de abril de 1995, que crea este registro para la Comunidad de Madrid, dispone que las inscripciones tienen meros efectos declarativos, y la validez jurídica y los efectos de los contratos reguladores de las relaciones personales y patrimoniales que se inscriban se producen al margen de su inscripción (art. 5); asimismo, prevé que la publicidad del registro queda limitada exclusivamente a la expedición de certificaciones de sus asientos; por tanto, carece de la eficacia jurídica civil y la fuerza protectora de que goza el Registro Civil. Por eso, opina el profesor O'CALLAGHAN que tan sólo tiene el simple efecto de publicidad, no ya del hecho mismo de la unión, sino de la declaración hecha por la pareja que ha manifestado su unión, pero nada más; se publica una declaración de ciencia, pero no hace prueba sobre la verdad de esa declaración, o sea, que exista o no realmente esa unión.

La Ley de Cataluña trata el tema sólo de modo tangencial, estableciendo en la Disposición Final segunda que si la legislación del Estado prevé la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas en dicha Ley, los efectos que ésta les otorgue han de entenderse referidos a las parejas que se inscriben.

Pero lo cierto es que bastantes municipios de Cataluña han adoptado acuerdos creando esos registros municipales. El profesor MARTÍN CASALS (68) dice que de marzo a septiembre de 1994, en veintidós municipios catalanes que relaciona, se instauraron tales registros, y es de suponer que hasta la fecha se hayan multiplicado, por el efecto contagioso que producen estas decisiones pseudoprogresistas.

La Ley de Aragón es más expeditiva, pues orillando por completo el respeto al Registro Civil, tal como se hace en la Ley catalana, se plantea en la Disposición Adicional 2.ª la creación y regulación de un registro de parejas no casadas. Menos mal que le añade el calificativo de *administrativo*, pero queda por ver, cuando salga el decreto, el carácter del régimen que establezca y la efectividad que se trata de conceder a sus asientos, pues no será difícil que se quiera equiparar a los convivientes con los cónyuges, dados los derechos que se les atribuyen a aquellos en el propio texto de la Ley.

(68) En el trabajo citado en la nota 66, pág. 1711.

La Ley Foral de Navarra dedica a esta materia, como hemos dicho, su Disposición Adicional, en la que, siguiendo a la Ley catalana, se limita a expresar que el Gobierno de Navarra y los Ayuntamientos podrán crear registros de parejas estables para facilitar a través de su inscripción voluntaria la prueba de su constitución. Y sigue diciendo que si la legislación del Estado previera la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas por la Ley Foral, los efectos que ésta les otorgara han de entenderse referidos a las parejas que se inscriban en el mismo.

Como se ve, la Disposición adolece de una total imprecisión, quizá porque sus redactores han sido conscientes de que entraban en una parcela de exclusiva competencia estatal.

M.^a DEL CARMEN CORRAL GILJÓN
Ciclo de Doctorado, 2.º curso. Investigación
Universidad San Pablo CEU. Madrid
Curso 1999-2000

El régimen económico matrimonial y el Registro de la Propiedad

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA PUBLICIDAD DEL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL: GENERALIDADES.—III. LA PUBLICIDAD DEL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL A TRAVES DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: A) IDEA GENERAL. B) ASIENTOS REGISTRALES. C) EFECTOS.—IV. LA INSCRIPCION DE ADJUDICACIONES DE INMUEBLES GANANCIALES AL CONYUGE REALIZADA AL LIQUIDAR LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: A) REQUISITOS PARA LA PRÁCTICA DEL ASIENTO. B) EFECTOS.—ESPECIAL REFERENCIA A LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO DE ESTOS BIENES EN GARANTIA DE DEUDAS CONTRAIDAS POR EL CONYUGE DEL ADJUDICATARIO.

I. INTRODUCCION

El Registro de la Propiedad no es, en nuestro sistema jurídico, el instrumento adecuado para dar publicidad del régimen económico del matrimonio, pero puede proporcionar, en algunos casos, una publicidad indirecta y fragmentaria del mismo a través de la publicidad que otorga a los actos traslativos, modificativos o declarativos del dominio de bienes inmuebles o de derechos reales impuestos sobre los mismos contenidos en capitulaciones matrimoniales, pactos, resoluciones judiciales o demás hechos que modifiquen el régimen económico matrimonial (art. 1.333 del Código Civil, 2 LH y 75 RH). Voy a centrar mi exposición en la publicidad del cambio convencional de régimen de sociedad de gananciales por el de separación de bienes, a través de la inscripción en el Registro de la Propiedad de las adjudicaciones de bienes gananciales inmuebles, a cada uno de los esposos, en pago de su cuota en el patrimonio ganancial, realizada de mutuo acuerdo en su liquidación, pero antes quiero justificar mi primera afirmación y hacer una pequeña exposición sobre el sistema de publicidad del régimen económico matrimonial en el Derecho patrio.

II. LA PUBLICIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: GENERALIDADES

El legislador español establece un *triple sistema* de publicidad del régimen económico matrimonial convencional: la mención en el Registro Civil, la toma de razón en el Registro de la Propiedad en relación a los bienes inmuebles (1), y la inscripción en el Registro Mercantil y la correspondiente publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil si alguno de los cónyuges fuera empresario (art. 22 del Código de Comercio, y 92 del RRM) (2).

Me refiero a la publicidad del régimen económico matrimonial convencional. Prescindo, por ahora, del régimen legal, que carece de la publicidad adecuada en el sistema español, pese a la coexistencia dentro de nuestro Ordenamiento de diversos Derechos territoriales que establecen diversos regímenes supletorios. La publicidad de la Ley es insuficiente si no viene completada por la de los supuestos de hecho que determinan su aplicación (art. 9.2 y 16 del Código Civil), en concreto la nacionalidad y vecindad civil de los esposos (art. 68 LRC), y otros determinantes de la aplicación, en su caso, del Derecho español, y del Código Civil u otro Derecho territorial español concreto.

La importancia del sistema de publicidad del régimen económico matrimonial se ha puesto de relieve con ocasión de la reforma llevada a cabo por la Ley de 2 de mayo de 1975, al permitir otorgar capitulaciones matrimoniales después de celebrado el matrimonio y establecer un sistema de libre mutabilidad convencional del régimen económico. El propio legislador, en el preámbulo de la ley, señala que la protección de los intereses generales,

(1) Artículo 1.333 del Código Civil: «En toda inscripción del matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquéllas o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria».

(2) Artículo 22.1 del Código de Comercio: «En la hoja abierta a cada empresario individual se inscribirán los datos identificativos del mismo, así como su nombre comercial y, en su caso, el rólulo de su establecimiento, la sede de éste y de las sucursales, si las tuviere, el objeto de su empresa, la fecha del comienzo de las operaciones, los poderes generales que otorgue, el consentimiento, la oposición y la revocación a que se refieren los artículos 6 a 10; las capitulaciones matrimoniales, así como las sentencias firmes en materia de nulidad, de separación y de divorcio; la emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones y los demás extremos que establezcan las Leyes o el Reglamento».

Artículo 92 del RRM: «Cuando se trate de personas casadas, la inscripción primera expresará, además de las circunstancias del artículo 90, las siguientes: 1.ª) la identidad del cónyuge; 2.ª) la fecha y lugar de celebración del matrimonio y los datos de su inscripción en el Registro Civil; 3.ª) el régimen económico del matrimonio, legalmente aplicable, o el que resulte de capitulaciones otorgadas e inscritas en el Registro Civil».

especialmente de los terceros, hace preciso dotar de la adecuada publicidad al cambio de régimen matrimonial, pero no llega a establecer un Registro especial de publicidad de regímenes económicos del matrimonio —sistema alemán—, sino que se limita a seguir con el sistema ya existente: indicación sobre hechos modificativos del régimen de la sociedad conyugal al margen de la inscripción de matrimonio, en el Registro Civil, establecido en la LRC y recogida ahora en el Código Civil, acompañado por la toma de razón en el Registro de la Propiedad si afecta a inmuebles, y la inscripción en el Registro Mercantil si se trata de comerciantes.

Se pone de manifiesto la importancia y la doble proyección del régimen económico del matrimonio: no sólo en las relaciones entre los cónyuges sino también en las relaciones con terceros. El régimen económico matrimonial, en cuanto estatuto económico del matrimonio, goza de eficacia general y existe un interés de la colectividad en su conocimiento que justifica la existencia de un sistema adecuado de publicidad del mismo, y la exigencia de la misma para la oponibilidad del régimen económico convencional frente a terceros.

¿Cómo se coordina el triple sistema de publicidad establecido? Debemos sentar **las líneas básicas:**

1.º) El sistema general y básico de publicidad del régimen económico matrimonial es el establecido a través de la indicación al margen de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil. Su valor es simplemente negativo, inoponibilidad frente al tercero de buena fe de lo no inscrito (art. 77 LRC) (3); dicho en otros términos, el nuevo régimen no será oponible frente a terceros de buena fe sino a partir de la fecha de la indicación en el Registro Civil. Carece de efectos positivos, ya que no permite confiar en la existencia y validez del contenido del Registro. Es criticable la competencia territorial —lugar de celebración del matrimonio— de difícil localización para los terceros, y el contenido del asiento —hecho de haberse otorgado capitulaciones y datos para su localización, pero no su contenido—, al dificultar el conocimiento del nuevo régimen económico. Se ha dicho que la publicidad del Registro Civil es insuficiente.

2.º) En caso de existir inmuebles en el patrimonio de los cónyuges, el sistema general de publicidad se completa con la publicidad a través del Registro de la Propiedad en lo que afecte a los inmuebles. Coexiste el sistema general de publicidad con este sistema especial en lo referente a derechos reales inmobiliarios.

(3) Artículo 77 LRC: «Al margen también de la inscripción de matrimonio podrá hacerse indicación de la existencia de pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.322 del Código Civil, en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado, sino desde la fecha de dicha indicación».

3.º) **En caso de ser empresario alguno de los cónyuges**, deben inscribirse las capitulaciones en el Registro Mercantil de su domicilio y publicarse en el *BORM* para ser oponibles frente al tercero de buena fe (art. 9 RRM) (4). En este caso coexisten también dos sistemas de publicidad: el general y otro especial. El Registro Mercantil al ser un registro de personas, organizado sobre el folio personal, aparece como registro idóneo para dar publicidad al régimen económico de los empresarios, dato de interés para el tráfico mercantil. Pero su coexistencia con otro sistema de publicidad puede plantear algunos problemas de coordinación, en concreto, si el hecho modificativo del régimen económico de un empresario aparece indicado en el Registro Civil, pero no está inscrito en el Registro Mercantil, surge la siguiente duda: ¿será oponible frente al tercero de buena fe? Conforme al principio de especialidad de la publicidad mercantil, la contestación debe ser negativa, ya que habrá que dar preferencia al sistema de publicidad mercantil en todo lo referente al tráfico mercantil, pero el legislador no lo aclara.

III. LA PUBLICIDAD DEL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL A TRAVES DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

A) IDEA GENERAL

El Registro de la Propiedad completa el sistema general de publicidad del régimen económico matrimonial cuando el régimen económico afecte a inmuebles. El artículo 1.333 del Código Civil añade, «si aquéllas (las capitulaciones) o éstos (pactos o resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio) afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria». Por tanto, si en el patrimonio conyugal existen bienes inmuebles o derechos reales inmobiliarios, la publicidad del régimen económico no será completa si no se ha producido el correspondiente asiento en el Registro de la Propiedad.

(4) Artículo 9 RRM: «1. Los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción.

2. Cuando se trate de operaciones realizadas dentro de los quince días siguientes a la publicación, los actos inscritos y publicados no serán oponibles a terceros que prueben que no pudieron conocerlos.

3. En caso de discordancia entre el contenido de la publicación y el contenido de la inscripción, los terceros de buena fe podrán invocar la publicación si les fuere favorable. Quienes hayan ocasionado la discordancia estarán obligados a resarcir al perjudicado.

4. La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción.»

Sin embargo y, para evitar malentendidos, debemos partir de una idea fundamental: el Registro de la Propiedad, en sí, es inepto e inidóneo para publicar el régimen económico matrimonial. El sistema de folio real y especialidad en que se basa es perfecto para lo que se pretendió con este Registro, pero no para dar publicidad al régimen económico del matrimonio. La pregunta, ¿dónde y cómo se inscribirán las capitulaciones de la pareja que acuerda una contribución a las cargas del matrimonio diferente de la señalada en el artículo 1.438 o en el régimen de participación una diferente de la mitad (art. 1.429)?, es de difícil contestación. Se puede afirmar que los regímenes económicos matrimoniales no son inscribibles en el Registro de la Propiedad, aunque deben ser tenidos en cuenta para practicar ciertas inscripciones en el Registro, ocurre como con los poderes con que a veces actúan los que pretenden la inscripción, sin que pueda hablarse de inscripción de las facultades representativas.

Pese a ello, el Registro puede proporcionar una publicidad indirecta y fragmentaria del mismo a través de la publicidad que otorga a los actos declarativos, traslativos y modificativos de dominio de bienes inmuebles o de otros derechos reales constituidos sobre los mismos, contenidos en las capitulaciones matrimoniales o en los demás hechos relativos a la modificación del régimen.

El **artículo 75 del RH**, según redacción de 1982, aclara el sentido del artículo 1.333 del Código Civil al disponer:

«De conformidad con el artículo 1.333 del Código Civil, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad las capitulaciones matrimoniales en cuanto contengan respecto a bienes inmuebles o derechos reales determinados, alguno de los actos a que se refieren los artículos 2.º de la LH y 7 de este Reglamento».

Recojo las expresivas palabras del profesor LACRUZ BERDEJO (5), «El Registro de la Propiedad es, en sí, inepto para publicar los regímenes económico matrimoniales, pues se halla referido a los derechos concretos sobre inmuebles y no a las normas hipotéticas que rigen la asociación de unos cónyuges. Sólo cuando la consecuencia del régimen matrimonial adoptado sea un cambio en la titularidad de tales bienes, podrán los capítulos anotarse o inscribirse en el folio correspondiente a cada uno de los inmuebles afectados por ellos. *Pero lo que realmente se hace constar en el Registro, entonces, no es el régimen económico del matrimonio sino el cambio de condición de*

(5) LACRUZ BERDEJO, J. L., «Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral», en *RCDI*, núms. 424-425, septiembre-octubre 1983, págs. 593 a 608. *Elementos de Derecho Civil. IV Derecho de Familia*. Librería Bosch, Barcelona, 1982, pág. 308.

los bienes o la posibilidad de él; no la norma capitular, sino la influencia concreta que ha desarrollado en un cierto momento sobre determinado inmueble. Por ejemplo, el pacto de comunidad universal anotable en el folio de cada una de las fincas de los cónyuges. Por eso, sólo se tomará razón de las capitulaciones en el Registro cuando producen un cambio en la pertenencia de los bienes inmuebles de los otorgantes». Los demás autores (6) que se han ocupado de este tema se han manifestado en el mismo sentido.

No obstante, el régimen económico debe ser tenido en cuenta en las inscripciones que se practiquen en el Registro, ya que influye en las inscripciones de los actos o contratos inscribibles y en la calificación de las facultades dispositivas de los otorgantes. Pero en estos casos se presentan como complemento de otro negocio dispositivo inscribible (7).

(6) DE LOS MOZOS, J. L., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XVIII, Vol. 1.º, 2.ª ed, EDERSA, Madrid, 1982, pág. 246: «Incidentalmente, en cambio, la publicidad del Registro de la Propiedad respecto de las aportaciones de bienes o de las atribuciones que tengan lugar mediante capitulaciones matrimoniales (arts. 1 y 2.1 y 2 LH) es perfectamente factible, pero esta publicidad no se extiende a las llamadas normas estatutarias del matrimonio, aunque dicho régimen pudiera afectar en lo sucesivo, pues en ese caso las capitulaciones tienen acceso como complemento de otro negocio dispositivo inscribible, y en orden a determinar la naturaleza de los bienes transmitidos (comunes, privativos) y las facultades del cónyuge para realizar la enajenación». ROCA SASTRE, R. M., *Derecho hipotecario*, T. IV, Vol. 1.º, 6.ª ed. Ed. Bosch, Barcelona, 1968, pág. 7, afirma: «En el aspecto inmobiliario registral puede afirmarse que las capitulaciones matrimoniales, inclusive las del Código Civil, globalmente consideradas, no constituyen acto propiamente inscribible en el Registro de la Propiedad, más sí pueden interesar a estos efectos registrales algunos de los actos, negocios jurídicos, pactos, estipulaciones o capitulaciones singulares que integran normalmente su contenido global»; y señala como contenido cumulativo normal de las capitulaciones: los actos relativos al régimen económico matrimonial, actos consistentes en donaciones de bienes a favor de los futuros esposos o de estos entre sí y actos que impliquen aportaciones dotales o parafernales de bienes así como de aseguramiento real de la devolución de las mismas». AVILA ALVAREZ, P., «Régimen económico matrimonial y Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1987, núm. 578, pág. 27 y sigs.: El artículo 1.333 del Código Civil hay que completarlo con el 75 del RH y artículos 1 y 2 de la LH y, en consecuencia, «solamente se inscriben los actos o contratos contenidos en esas capitulaciones, relativos a bienes inmuebles o derechos reales, concretos y determinados».

(7) El artículo 161 del Reglamento Notarial exige al Notario hacer constar en la comparecencia de toda escritura pública la nacionalidad y vecindad civil cuando puedan influir en la determinación de la capacidad y se otorgue fuera del territorio de la región. El artículo 159 establece que si el otorgante fuere casado, viudo o divorciado, y el acto o contrato afectare a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, se haga constar el nombre y apellidos del cónyuge, salvo que por ley o por pacto no exista entre los cónyuges sociedad de gananciales. La reforma del RH llevada a cabo por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, añadió a las circunstancias de la inscripción la del régimen económico matrimonial del adquirente, pero la posterior reforma de 10 de octubre de 1984, lo ha suprimido. No obstante, se puede mantener su conveniencia cuando el régimen económico del adquirente no sea el régimen legal aplicable en el lugar donde se practica la inscripción.

B) ASIENTOS

Para concretar los diversos asientos a que pueden dar lugar los hechos relativos al régimen económico matrimonial que suponen un cambio de la titularidad de bienes inmuebles, vamos a distinguir los supuestos siguientes:

1. La adopción de un **régimen de comunidad matrimonial**. Puede dar lugar a una **inscripción**, si accede al Registro la adquisición de un bien como común de los cónyuges y expresando el nombre de la comunidad, o a una simple **nota marginal** para hacer constar la incorporación o integración en la comunidad del bien, si el bien ya constara inscrito en favor de uno de los cónyuges, según el artículo 90 del RH.

En el caso de la sociedad de gananciales, los artículos 93, 94 y 95 del RH detallan la forma de inscribir las adquisiciones de inmuebles (gananciales, presuntivamente gananciales o privativos).

Si se trata de adquirentes sometidos a un régimen económico regulado por una ley extranjera se hará constar que la inscripción se verifica con sujeción a su régimen matrimonial con indicación de éste si constara (art. 92 RH).

2. En el caso de adoptarse un **régimen de separación de bienes**, una vez celebrado el matrimonio, se produce, normalmente, el cambio del régimen de gananciales al de separación, con la extinción del patrimonio ganancial y su automática transformación en un patrimonio que podemos llamar exganancial, pero sólo a través de su liquidación se pone fin al mismo. Si se **procede a la liquidación** por los propios cónyuges, a menudo en el mismo instrumento capitular, y se adjudican bienes concretos en pago de su cuota, dará lugar a la correspondiente **inscripción** conforme al artículo 2.3 de la LH:

«Actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a algunos bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado».

Si no se procede a la liquidación nos encontramos con que el patrimonio antes ganancial, permanece ahora como patrimonio común de los cónyuges, en concreto patrimonio colectivo en liquidación, pero ya no está sometido al régimen de la sociedad de gananciales, se mantiene como comunidad postganancial similar a la comunidad hereditaria, donde pertenece a cada cónyuge una cuota abstracta y global sobre el todo, y que responde, al igual que antes de su extinción, de las deudas de la sociedad de gananciales. La legislación hipotecaria no se ocupa de la forma de hacer constar en el Registro esta transformación. Surge la duda sobre tal posibilidad y cuál sea el asiento adecuado, en caso afirmativo, para dar publicidad esta nueva situación de los inmuebles existentes en el patrimonio conyugal. La inscripción no es posible,

por no referirse el derecho de cada cónyuge, todavía, a bienes concretos e individualizados, pero se puede defender **la anotación preventiva** como asiento adecuado para dar publicidad a esta nueva situación de los bienes pertenecientes a esta comunidad, y advertir de la transformación sufrida por la comunidad matrimonial. Me baso en la aplicación analógica de lo dispuesto respecto de la anotación preventiva del derecho hereditario *in abstracto* en el artículo 42.6 y 46 de la LH y 166 RH apoyada, además, en la remisión hecha por el artículo 1.410 del Código Civil a las normas sobre partición y liquidación de la herencia. No olvido como argumento en contra, el carácter taxativo de las anotaciones preventivas (8). Pero, a favor de la anotación preventiva ya se había mostrado, hace años, el profesor LACRUZ BERDEJO (9), para supuestos similares (disolución de la sociedad de gananciales por sentencia judicial), actualmente CAMY SÁNCHEZ-CANETE admite la anotación preventiva para este caso (10) y la reciente doctrina de la DGRN parece más permisiva (11).

A través de la anotación preventiva propugnada de simple disolución de la sociedad de gananciales, se despejarían las dudas y problemas suscitados para la práctica de la anotación preventiva de embargo sobre bienes de la comunidad postganancial, estableciendo una vía adecuada para poder aplicar el artículo 144.4.1 del RH, excluyendo el supuesto del párrafo 1, y se daría publicidad a la situación, quedando el tercero enterado de la transformación de la masa ganancial y le serían oponibles las consecuencias legales previstas en el Código Civil referentes a la afección de bienes comunes en garantía de

(8) Resolución de la DGRN de 11-X-1973 deniega la anotación preventiva en un caso de sociedad civil disuelta y todavía sin liquidar ordenada en mandamiento judicial.

(9) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, IV, op. cit., pág. 309.

(10) CAMY SÁNCHEZ CANETE, B., *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993, pág. 251. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, 3.^a ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 592. La nota 16 se inclina por el asiento de inscripción.

(11) Resolución de la DGRN de 28-II-1992 (RJ 1992/2881) deniega la inscripción de la venta por uno de los cónyuges de los derechos que le corresponden en una finca consorcial por razón de su mitad en la disuelta sociedad de gananciales pendiente de liquidación, y añade «no se duda de que hoy la legislación registral permite la constancia del derecho de cada uno de los cónyuges sobre el patrimonio ganancial en liquidación, así como la de los actos dispositivos que tengan por objeto claramente la cuota global, en tanto que representativa de un valor económico incluido en el patrimonio privativo de cada esposo. Pero esto no supone en modo alguno que quepa también el reflejo tabular de las disposiciones unilaterales sólo sobre bienes gananciales concretos, ni menos aún puede acudir al artículo 1.373 del Código Civil para intentar justificar esta solución, pues precisamente este precepto presupone la solución contraria, toda vez que la oposición del cónyuge del embargo no sólo implica la disolución de la sociedad conyugal sino también la sustitución en la traba del bien concreto por la cuota abstracta sobre el todo.»

La Resolución de la DGRN de 9-X-1998 (RJ 1998/7221) admite, incluso, la anotación de embargo sobre la cuota global que corresponde al cónyuge en la masa patrimonial.

los acreedores de los cónyuges, evitando la posible colisión entre normas hipotecarias y el artículo 1.317 del Código Civil.

C) EFECTOS

Los efectos de estas inscripciones, según la remisión hecha por el artículo 1.333 del Código Civil, son los establecidos por la Ley Hipotecaria. Por tanto, estas inscripciones gozan de toda la eficacia de la publicidad registral, tanto en el **aspecto positivo** como en el negativo. Disfrutan de la **presunción de exactitud** en sus dos manifestaciones de presunción *iuris tantum* y *iuris et de iure*, según sea a favor del simple titular registral conforme al artículo 38 de la LH o a favor del titular registral que reúne la condición de tercero hipotecario conforme a lo dispuesto en los artículos 34 y 40 de la LH. El **efecto negativo** también se da, en cuanto se establece la inoponibilidad frente al tercero de lo no inscrito en el artículo 32 de la LH.

Conviene precisar que el **tercero protegido** por la publicidad hipotecaria, cuando se dan los presupuestos específicos para la aplicación del sistema de publicidad inmobiliaria registral, es el **tercero hipotecario, no el simple tercero**. El profesor LACRUZ BERDEJO (12) así lo defendió: «se trata del tercero hipotecario, y por tanto del adquirente de buena fe a título oneroso de los bienes, el que entra en relación con los cónyuges mediante negocio jurídico puramente obligacional, u otra de las causas de las obligaciones, no puede, en principio, oponer la falta de inscripción de los capitulos que le perjudiquen». No obstante, la polémica sobre la identidad o autonomía del tercero a que se refieren los artículos 34 y 32 de la LH parece que todos los autores coinciden en exigir al tercero del artículo 32 ser titular registral de un derecho real sobre un inmueble, con lo cual *el simple acreedor*, aunque hubiera obtenido *anotación preventiva de embargo sobre el bien embargado no está protegido por la fe pública registral*, aunque goce de otros beneficios como la preferencia de cobro en relación a los créditos posteriores establecida en el artículo 1.923-4.º del Código Civil y 44 de la LH. Según la doctrina tradicional, este acreedor que ha obtenido anotación de embargo sobre el bien embargado no está protegido por el principio de la fe pública y tendrá que soportar los actos dispositivos realizados por el titular registral con anterioridad a la anotación de embargo, pese a no constar inscritos en el momento de practicarse la anotación (13). Actualmente, se considera que la colisión entre

(12) Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Los regímenes económicos...*, loc. cit., pág. 595.

(13) Sentencias del Tribunal Supremo de 26-II-1980, 9-X-1981, 6-XII-1982, y Resoluciones de la DGRN de 12-I-1983, 12-9-1983, 3-10-1985. La anotación de embargo sólo concede preferencia frente a las deudas contraídas o actos traslativos otorgados con posterioridad a la constitución del embargo, pero no frente a las deudas contraídas o

embargo y los actos dispositivos sobre el bien embargado se decidirá según el principio *prior tempore potior iure*, a salvo el derecho del tercero protegido por la legislación hipotecaria (14). Su preferencia deriva del artículo 71 de la LH y 175-2.º del RH, tanto frente a transmisiones anteriores a la anotación de embargo, inscritas después de la anotación en el Registro, como frente a transmisiones posteriores a la anotación de embargo que quedan subordinadas al embargo.

En caso de no estar inscritas en el Registro de la Propiedad las capitulaciones que constan indicadas en el Registro Civil competente, si existen bienes inmuebles en el patrimonio conyugal, el efecto negativo —inoponibilidad— de la publicidad hipotecaria, artículo 32 LH, se aplica en lo que afecta a derechos reales sobre la finca en favor del tercero protegido por el derecho hipotecario. Ello es consecuencia del principio de especialidad de la publicidad inmobiliaria registral. El Registro de la Propiedad se rige por el principio de especialidad que afecta a la unidad registral —la finca—, y al objeto de la publicidad —los derechos reales sobre inmuebles—. Conforme a la finalidad y organización del Registro de la Propiedad en nuestro Ordenamiento jurídico, hay que llegar a la conclusión de que siempre que se den los presupuestos específicos para la aplicación del sistema de publicidad inmobiliario registral se deben aplicar sus soluciones. Así, si se plantea algún conflicto derivado del régimen económico matrimonial y con relación a algún derecho real inmobiliario y alguna de las partes en el conflicto tiene la condición de tercero hipotecario, este tercero tendrá la protección que le otorga este sistema de publicidad inmobiliaria registral; sin perjuicio de que para los conflictos que se presenten en relación a otros bienes y derechos y en relación a simples terceros civiles sea de aplicación la solución que ofrece el sistema general de publicidad del régimen económico matrimonial.

actos traslativos otorgados con anterioridad. Por esa razón un acto traslativo del bien anterior al embargo, aunque se inscriba después de la anotación de embargo, impide la cancelación ordenada por el juez a consecuencia de la ejecución en que desemboque el embargo.

(14) En contra de la doctrina tradicional, la Resolución de 25-IV-1986, reconoce la prioridad del acreedor anotante del embargo frente al cónyuge adjudicatario, en el caso de haberse inscrito las capitulaciones anteriores a la anotación después de la misma. Pero, con posterioridad, esta doctrina se ha generalizado en favor de cualquier tipo de acreedor que obtiene anotación de embargo: Resoluciones de 6-IX-1988, 12-VI-1989, 23-III-1993, 5-V-1993, y ha alcanzado respaldo legislativo en la Reforma del RH de 13-XI-1992 al dar la siguiente redacción al artículo 175-2.º del Reglamento: «Cuando en virtud del procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones posteriores a las correspondientes anotaciones de embargo, aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores y siempre que no estén basadas en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación del embargo y no afectados por ésta.»

IV. LA INSCRIPCION DE LA ADJUDICACION DE BIENES GANANCIALES A CADA CONYUGE REALIZADA AL LIQUIDAR LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Estas inscripciones, motivadas, en muchas ocasiones, por el cambio convencional del régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales por el de separación de bienes, son los asientos a que da lugar el régimen económico matrimonial en el Registro de la Propiedad con mayor frecuencia. Este dato, junto a la problemática que han suscitado, son el motivo de dedicarles este apartado.

Examinaremos, en primer lugar, las cuestiones suscitadas por la práctica de la inscripción y, después, sus efectos.

A) REQUISITOS PARA LA PRÁCTICA DEL ASIENTO

La inscripción tiene carácter voluntario. Pese a los términos a primera vista imperativos del artículo 1.333 del Código Civil, no hay que olvidar que el artículo se remite a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, y en nuestro sistema la inscripción es voluntaria. Por tanto, deberá ser solicitada la inscripción por cualquiera de los cónyuges, según lo dispuesto en los artículos 6 de la LH y correlativos, y deberá presentarse el título correspondiente, que será la escritura pública de capitulaciones, o complementaria a la misma, en que se adjudiquen los bienes a los cónyuges.

Antes de extender el asiento, el Registrador procederá a su calificación. Conforme al artículo 18 de la LH, el Registrador deberá examinar la legalidad de la forma —escritura pública: art. 1.327 del Código Civil—, capacidad de los otorgantes —art. 1.329 y 1.330 del Código Civil—, y validez del contenido de las capitulaciones —art. 1.328, 1.331, 1.334 y 1.335 del Código Civil—, según lo que resulte de las mismas y de los demás asientos del Registro.

Después de la reforma de 29 de agosto de 1986 del Reglamento del Registro Civil, el Registrador, antes de extender el asiento correspondiente, deberá comprobar que las capitulaciones han tenido acceso al Registro Civil competente a través de la indicación sobre régimen de bienes, y expresará el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho. Estos datos se acreditarán, normalmente, por la nota extendida en el título presentado donde se consigna el Registro, tomo y folio donde consta la indicación. También pueden acreditarse por la certificación o libro de familia que acompañe al título. En caso de no acreditarse, el Registrador suspenderá la inscripción por defecto subsanable y se podrá tomar anotación preventiva si lo solicita el presentante (art. 266 del RRC, y 42.9 de la LH). El requisito de la previa celebración del matrimonio ha quedado subsumido en el anterior, ya

que no puede extenderse en el Registro Civil la indicación sobre régimen de bienes si no existe la inscripción principal de matrimonio (el art. 75.2 del RH hay que entenderlo superado por el art. 266 del RRC).

Conviene resaltar que el Registrador de la Propiedad no se encuentra vinculado por la calificación hecha por el encargado del Registro Civil, ya que sus facultades vienen establecidas por la legislación hipotecaria, mientras que las del encargado del Registro Civil por la legislación del Registro Civil, y son mucho más limitadas.

B) EFECTOS

La publicidad registral presenta en estas inscripciones algunas peculiaridades debido a su particular contenido. La adjudicación del inmueble ganancial al cónyuge supone la modificación de una titularidad que ya ostentaba sobre el bien, en cuanto integrante del patrimonio ganancial común de los dos cónyuges, y no una adquisición de un bien ajeno hasta ese momento al nuevo titular. Es decir, no se trata de un acto verdaderamente traslativo del bien, sino de una modificación de la forma de titularidad. Además esta publicidad se extiende a la causa de tal modificación: la adjudicación en la liquidación del patrimonio ganancial. El principio de la legitimación registral, presunción de exactitud y veracidad *iuris tantum* de los asientos registrales (arts. 38.1.º, 97 y 1.3.º LH) se extiende, no sólo a la modalidad de la titularidad, sino también a la causa jurídica de la mutación, en este caso la adjudicación hecha en la partición y liquidación del patrimonio ganancial tras la disolución de la sociedad de gananciales. Consecuentemente la publicidad alcanza al régimen jurídico de estos bienes establecido en el Código Civil y, particularmente, a su responsabilidad *ex lege* por las deudas de carácter ganancial contraídas durante la vigencia de la sociedad de gananciales, establecida en los artículos 1.401, 1.402 y 1.410 del Código Civil (15), sin perjuicio de la responsabilidad *ultra vires* en el caso de no haberse formulado debidamente inventario.

El cónyuge adjudicatario no puede tener la consideración de tercer adquirente de los bienes adjudicados, porque ya los ostentaba con anterioridad, si bien de otra manera: aunque apareciera como titular registral su consorte, el Registro publicaba el carácter ganancial del bien. **No es tercero hipotecario** (16), salvo en relación a aquellos supuestos en que hubiera sido considerado como tal su anterior titular registral —su cónyuge—.

(15) Sentencias del Tribunal Supremo de 13-VI-1986 (RJ 1986/3547), 19-II-1992 (RJ 1992/1320) y 17-VII-1997 (RJ 1997/6018).

(16) Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 21-VII-1987 (RJ 1987/5806) desestimando una tercería de dominio interpuesta por la esposa adjudicataria del bien embargado: «...no entran en juego los principios hipotecarios que se mencionan, en cuanto ni la esposa

ESPECIAL REFERENCIA A LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO DE ESTOS BIENES EN GARANTIA DE DEUDAS CONTRAIDAS POR EL CONYUGE DEL ADJUDICATARIO

Si, como hemos visto, los artículos 1.401 y correlativos del Código Civil establecen que los bienes adjudicados responden de las deudas gananciales, su consecuencia será que pueden ser embargados en garantía de tales deudas (17).

Sin embargo, la anotación preventiva de estos embargos en el Registro de la Propiedad, en caso de ser bienes inmuebles, ha planteado muchos problemas ante la falta de coordinación entre la legislación sustantiva, la registral y la procesal.

La dificultad surge en el caso de ser el deudor el consorte del cónyuge adjudicatario de los bienes, cuando se trate de una deuda de la que responden los bienes gananciales. En tal supuesto, la demanda se dirige, según las normas procesales, contra el cónyuge deudor y no contra el titular registral del bien embargado. Pero, al presentar el mandamiento ordenando la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad, las normas registrales impiden la práctica de la anotación por haberse seguido el procedimiento frente a persona distinta de la que aparece como titular registral, por aplicación del principio de tracto sucesivo [art. 20 LH (18) y 140 RH (19)].

actora es tercero hipotecario al no concurrir los requisitos del artículo 34 de la LH, ni el principio de legitimación registral proclamado en el artículo 38 de dicha Ley es obstáculo a lo ya expuesto, ya que, precisamente, en garantía de los derechos de los acreedores de la sociedad de gananciales, la Ley faculta para perseguir los bienes que ostentaron tal naturaleza aunque estén legalmente en poder y posesión de uno de los cónyuges como bienes privativos en virtud del cambio de régimen económico matrimonial, es decir, aunque registralmente estén a nombre de la esposa y el deudor que los obligó fuera el esposo, posibilitando la anotación preventiva de embargo el artículo 144 del RH, siempre que, como ocurre en este caso, se haya dirigido la demanda contra ambos cónyuges.»

(17) En consecuencia, el cónyuge adjudicatario tampoco está legitimado para interponer tercerías de dominio sobre los bienes adjudicados, frente al embargo decretado en garantía de deudas de carácter consorcial contraídas por su cónyuge durante la vigencia de la sociedad de gananciales. El Tribunal Supremo desestima esas tercerías de dominio, en base a que el cónyuge adjudicatario no es tercero, en el sentido de que, pese a no ser deudor, sí es responsable, en cuanto titular de bienes que responden, y no está legitimado para ejercitar la tercería de dominio. Sentencias del Tribunal Supremo de 26-1-1985, 21-7-1987 (RJ 1987/5806) transcrita en nota anterior, 20-3-1989 (RJ 1989/2186), 4-2-1999 (AC 474/1999) y 25-9-1998. Tampoco procede en estos casos la tercería registral (art. 38-3.º LH).

(18) Artículo 20 de la LH: «Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos.

En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los registradores denegarán la inscripción solicitada.»

(19) Artículo 140 del RH: «Se hará anotación preventiva de todo embargo de bienes inmuebles o derechos reales que se decreta en juicio civil o criminal, aunque el embargo sea preventivo o en procedimiento administrativo de apremio, debiendo observarse las

Los problemas procesales derivan de la falta de legitimación pasiva del cónyuge no deudor: no puede ser parte en el proceso de ejecución —no puede ser ejecutado— porque no es deudor; pero no cabe olvidar que como titular de bienes que responden habría que darle alguna intervención en estos procesos. La cuestión se plantea, fundamentalmente, en el juicio ejecutivo basado en un título mudo respecto al carácter de la deuda, aunque se han señalado diversos cauces procesales (incidente de previo pronunciamiento, tercería de dominio, etc.) para poder conocer en ese procedimiento sobre el carácter de la deuda, dando intervención del cónyuge no deudor.

Se habla, en ocasiones, de permeabilidad de estas inscripciones en relación al principio de tracto sucesivo formal, o de modalización del tracto (20), para permitir la práctica de la anotación de embargo sobre bienes ex-gananciales en los supuestos en que, conforme al derecho sustantivo, estos bienes responden de la deuda que ha motivado el embargo. No obstante, se exigen unos requisitos especiales, en garantía del cónyuge no deudor, para poder practicar esas anotaciones. Requisitos que han ido perfilando la DGRN y el legislador a través de las resoluciones del Centro y las sucesivas reformas del artículo 144 del RH.

Debo advertir que el artículo 144 del RH se refiere a los distintos supuestos de disolución de la sociedad de gananciales, pero me voy a centrar en el de capitulaciones matrimoniales modificativas del régimen económico, por ser el supuesto que ha originado la mayoría de conflictos resueltos por el Centro Directivo y el Tribunal Supremo, y donde aparece con claridad la contraposición de intereses entre el cónyuge adjudicatario y el acreedor consozial.

La DGRN se plantea esta cuestión hacia el año 1981 (21), momento en que el artículo 144 RH, según la redacción dada por *Decreto 393/1959*, exige

reglas siguientes: 1.^a Si la propiedad de la finca embargada apareciese inscrita a nombre de una persona que no sea aquélla contra quien se hubiese decretado el embargo, se denegará o suspenderá la anotación, según los casos. Los Registradores conservarán uno de los duplicados del mandamiento judicial y devolverán el otro con arreglo a lo prevenido en el artículo 133.»

(20) Vid. BENDITO CAÑIZARES, M.^a T., *Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales*. Ed. Trivium, Madrid, 1994, pág. 204 y sigs.

(21) Resolución de la DGRN de 6-XI-1981 (RJ 1981/4745) deniega la anotación de embargo por no haber sido demandada la actual titular registral. «CDO.: Que el principio de tracto sucesivo, uno de los fundamentales en que aparece basado el sistema inmobiliario español, y que aparece recogido en el artículo 20 de la Ley, ordena a los registradores, con carácter general, denegar la inscripción de aquellos títulos en que resulte inscrito el derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, y en el mismo sentido se muestra el artículo 38 de la misma Ley al recoger uno de los aspectos del principio de legitimación en sus dos primeros apartados y establecer en el tercero el sobreseimiento de todo procedimiento de apremio sobre aquellos bienes inmuebles que consten inscritos a favor de persona distinta de la que se decretó el em-

para poder practicar la anotación, que la demanda se hubiere dirigido frente al respectivo adjudicatario (22). El Centro Directivo deniega la anotación solicitada al no haber sido demandado el actual titular registral. En un primer momento no se plantea la cuestión sobre el carácter de la deuda, pero hacia el año 1987 aparece la doctrina de que no se presume el carácter ganancial de la deuda y que, a efectos del Registro, ha de estimarse que la deuda en cuya garantía se produce el embargo es privativa del cónyuge demandado en tanto no conste debidamente en el mandamiento que el embargo ha recaído en actuaciones que tienen como objeto la reclamación de una deuda que es, además, deuda de la sociedad.

En la nueva redacción del artículo 144 RH, debida al *Real Decreto de 12 noviembre de 1982*, desaparece el contenido de este apartado. Se plantea, entonces, la posibilidad de practicar la anotación de embargo, pese a no ser

bargo, salvo que se hubiera dirigido la acción contra ella en concepto de heredera del que aparece como dueño en el Registro». «CDO.: Que el artículo 144 del RH desarrolla los anteriores principios en el caso concreto de anotación de embargo por deudas y obligaciones contraídas por los cónyuges a cargo de la sociedad de gananciales, y distingue en su primer párrafo el supuesto de que la sociedad no esté todavía disuelta, mientras que en el segundo se refiere al caso de que la disolución de la sociedad hubiera tenido ya lugar, y exige para que el embargo pueda anotarse que si se ha inscrito la partición de bienes la demanda se haya dirigido contra los respectivos adjudicatarios, y si no se hubiese inscrito la partición de bienes la demanda se haya dirigido al supérstite y los herederos del premuerto, exigencia similar a la establecida en el artículo 166.1.º para el caso de procedimientos seguidos contra los herederos del deudor por responsabilidades contraídas por el mismo». «CDO.: Que al haber tenido acceso a los libros registrales en 31 de mayo de 1979, la escritura de modificación de capitulaciones matrimoniales y disolución y liquidación de sociedad ganancial y aparecer desde esa fecha como única titular del dominio del bien la esposa del demandado, la aplicación de los artículos 20 y 38 de la LH, 144-1.º del Reglamento para su ejecución, así como el 144-2.º, que responde a situación similar a la aquí planteada —sociedad de gananciales disuelta—, impiden la anotación del mandamiento calificado en tanto no sea demandada la actual titular».

En igual sentido las Resoluciones de la DGRN 10-XI-1981 (RJ 1981/4746) y 19-XI-1981.

(22) Artículo 144 RH, según redacción otorgada por el Decreto 393/1959: «Cuando por deudas y obligaciones contraídas por el marido o la mujer, en su caso, a cargo de la sociedad de gananciales, y antes de su disolución se decreta el embargo sobre bienes pertenecientes a esta sociedad, se extenderá la anotación sobre los bienes inscritos a nombre de la mujer o del marido, o de ambos indistintamente que hubieren sido embargados, siempre que la adquisición hubiera tenido lugar a título oneroso durante el matrimonio, no conste la pertenencia exclusiva del dinero de uno de los cónyuges y haya sido dirigida la demanda contra ambos. Llegado el caso de enajenación de estos bienes, se cumplirá lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código Civil, en relación con el artículo 96 de este Reglamento. Si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiere inscrito la partición de bienes, podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiere dirigido contra los respectivos adjudicatarios. Si disuelta la sociedad conyugal no se hubiere inscrito la partición podrá, respecto de los bienes a que se refiere el párrafo anterior, ser anotado el embargo, si la demanda se hubiera dirigido conjuntamente contra el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto.»

demandado el cónyuge que aparece como titular registral en virtud de la adjudicación hecha al liquidar la sociedad de gananciales. Concretamente, el problema es si se estima suficiente la notificación del embargo al cónyuge adjudicatario, por aplicación del párrafo 1.º del citado artículo (23). Alguna Resolución de la DGRN lo admite (24). Hay que advertir que la mayoría de las resoluciones resuelven supuestos de embargos por deudas privativas decretados al amparo del artículo 1.373 del Código Civil, vigente la sociedad

(23) En contra de tal solución, las Resoluciones de la DGRN 16-2-1987 (RJ 1987/1067), 29-5-1987 (RJ 1987/3932), 6-11-1987 (RJ 1987/8732), 12-11-1987 (RJ 1987/8735), 5-1-1988 (RJ 1988/207), 4-6-1991 (RJ 1991/4518), 6-11-1991 (RJ 1991/8627), 8-2-1996 (RJ 1996/1027), 3-7-1998 (RJ 1998/5959) y 28-12-1998 (RJ 1998/10488): «Estando inscrito a nombre de la esposa el bien cuestionado, y sin prejuzgar su responsabilidad por deudas gananciales contraídas antes de la disolución y liquidación del régimen (arts. 1.317 y 1.401 al 1.410 del Código Civil), es lo cierto que el principio de tracto sucesivo, en paralelo con el artículo 24 de la Constitución española, impone la necesidad de que el procedimiento en que se pretenda hacer efectiva esa responsabilidad se dirija contra el cónyuge hoy titular, sin que resulte suficiente la notificación del embargo, por ser éste un instrumento previsto para el caso de embargo de bienes gananciales por deudas privativas de un cónyuge durante la vigencia de la sociedad conyugal, lo que no ocurre en el presente caso.»

(24) Resolución de la DGRN de 24-IX-1987 (RJ 1987/6572) frente a la negativa del Registrador a practicar la anotación preventiva de embargo, confirma el auto que revoca el defecto invocado por el Registrador: «3.º En el presente supuesto, cuando se decreta judicialmente el embargo de un bien ganancial concreto por deuda del marido, el embargo era posible conforme al artículo 1.373 del Código Civil... Pero el modo de liberar del embargo a los bienes gananciales concretos no consiste en ponerse de acuerdo los cónyuges para precipitar la disolución de la sociedad, sino en dirigirse al juez que ordenó el embargo pidiendo que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad, y mientras el juez no ordene la sustitución seguirán, para los cónyuges, trabados aquellos bienes concretos. 4.º Tampoco ha podido poner fin al embargo la adjudicación del bien embargado al cónyuge no deudor otorgada en la escritura de disolución de la sociedad de gananciales, puesto que conforme al artículo 405 del Código Civil, aplicable a todo tipo de comunidades (art. 392-II del Código Civil), el embargo, como en general los derechos reales o personales de un tercero sobre las cosas comunes, conservarán su fuerza no obstante la división; sin que el cónyuge del demandado pueda invocar ignorancia, puesto que consta que tenía conocimiento de que estaba entablado juicio ejecutivo contra su marido. 5.º Resuelto el problema sustantivo queda por resolver el problema registral, es decir, si la inscripción del bien en favor de la mujer del deudor es obstáculo formal, conforme a los artículos 20 y 3-III de la LH y 140-1.º del RH, que impide, en este caso, la anotación del embargo. Como se desprende de la misma inscripción, la mujer es propietaria del bien en virtud de adjudicación de la participación de los gananciales. Así, pues, el registro proclama un derecho y una titularidad perfectamente compatibles, en cuanto al tracto, con el embargo acordado por la autoridad judicial en un momento en que la mujer, en cuanto cotitular o condueña, había de soportarlo, si bien para que la anotación pueda practicarse es necesario que respecto de ella se cumpla con la garantía procedimental que la legislación establece: que la esposa haya sido notificada no genéricamente de que existe un juicio ejecutivo contra su marido, sino de que por la autoridad judicial se ha acordado trabar por el embargo precisamente el bien ganancial respecto del que se ordena la anotación. Pero el cumplimiento de esta garantía no ha sido todavía objeto de calificación».

de gananciales, posteriormente se han otorgado capitulaciones y se han inscrito en el Registro, apareciendo en el Registro el bien embargado a nombre del cónyuge del deudor en el momento en que se presenta el mandamiento para obtener la anotación del embargo.

La DGRN en los supuestos en que no se justifica el carácter ganancial de la deuda, toma en cuenta la fecha del embargo a efectos de considerarlo posible, al amparo del artículo 1.373 del Código Civil. Así, en caso de ser el embargo posterior a la fecha de la inscripción de las capitulaciones matrimoniales en el Registro de la Propiedad deniega la anotación (25); en el caso de ser anterior a las capitulaciones lo admite (26); e igualmente si siendo el embargo posterior a las capitulaciones es anterior a su inscripción en el Registro (27).

CURIEL LLORENTE (28), resumiendo la doctrina de la DGRN, señala las dos posibles vías para permitir la anotación de embargos sobre bienes exgananciales

(25) Resolución de DGRN 18-IX-1987 (RJ 1987/6568). «Por deudas privativas de un cónyuge sólo es posible el embargo de bienes gananciales concretos, en cuanto comunes de los cónyuges, si cuando el embargo fue acordado estaba todavía en vigor la sociedad de gananciales. Y por el contrario, es obligado conforme a doctrina reiterada de este Centro Directivo —Resoluciones de 16-II-1987 y 29-V-1987— denegar la anotación si al acordar el embargo la sociedad de gananciales estaba disuelta y el bien estaba inscrito como privativo de la mujer (a salvo las posibles acciones de impugnación de la partición que en su día podrán provocar anotación preventiva de demanda).

(26) Resolución de la DGRN de 24-IX-1987 (RJ 987/6572). Vid. nota 25.

(27) Resolución de la DGRN de 25-III-1988 (RJ 1988/2567). En el caso no consta el carácter ganancial de la deuda de la documentación presentada, y se trata de un embargo posterior a las capitulaciones, pero anterior a su inscripción en el Registro de la Propiedad. «...el momento relevante para el ejercicio de la facultad conferida por el artículo 1.373 del Código Civil será pues, el del cambio de régimen. Pero como se trata de una facultad de terceros, habrá de estarse no al momento en que el acuerdo modificativo produce efectos entre los cónyuges sino a aquél en que dicho acuerdo produce efectos respecto de terceros... en definitiva el momento decisivo a tomar en consideración será la fecha de la indicación (en el Registro Civil)». «Sexto. Resuelto el problema sustantivo, queda por resolver el problema registral, es decir, si la inscripción del bien en favor de la mujer del deudor es obstáculo formal que, conforme a los artículos 20 y 38.3 de la LH y 140.1 RH, impide, en este caso, la anotación de embargo. Como se desprende de la misma inscripción, la mujer es propietaria del bien en virtud de adjudicación en la partición de gananciales a consecuencia de una disolución de la misma que, por falta de la adecuada publicidad, no puede menoscabar las facultades de los acreedores ejercitadas en tiempo anterior. Así pues, el Registro proclama un derecho y una titularidad que por recaer sobre bienes gananciales son perfectamente compatibles, en cuanto al tracto, con el embargo acordado por la autoridad judicial en un momento en que la mujer, en cuanto miembro de la sociedad de gananciales vigente respecto de terceros, habría de soportarlo, siempre que, por lo demás, se cumplan los requisitos previstos en el artículo 1.373 del Código Civil y 144 del RH.»

(28) CURIEL LLORENTE, F., «El Registro de la Propiedad y las pretensiones de los acreedores sobre bienes inmuebles exgananciales», en *Cuadernos de Derecho Judicial VI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs. 277 a 340, en especial 299 y sigs.

ciales: acreditar la ganancialidad de la deuda (29) o, en el caso de deuda privativa, acreditar la anterioridad del embargo a la inscripción de la liquidación en el Registro de la Propiedad (30) (o inoponibilidad de las capitulaciones al acreedor por razón de la situación registral al tiempo de la traba).

Sin embargo, si la deuda es privativa del cónyuge del adjudicatario y el embargo es posterior a la fecha en que alcanza eficacia respecto de terceros la extinción del régimen de gananciales, ya no responden los bienes adjudicados al otro esposo, ya que no es aplicable el artículo 1.373 del Código Civil por la vía del artículo 1.317 del mismo, pues los acreedores privativos no tienen derecho a embargar bienes gananciales y sólo responden los bienes privativos del deudor y los que se le adjudiquen en la partición (31).

(29) Resolución de la DGRN de 29-V-1987 (RJ 1987/3932) se refiere a la eventualidad de ser la deuda ganancial, 24-IX-1987, 28-X-1987 (RJ 1987/7664) suspende la anotación hasta que no se acredite debidamente el carácter ganancial de la deuda. Sentencia del Tribunal Supremo de 15-II-1986 (RJ 1986/681) no procede la rescisión de capitulaciones matrimoniales. «...es visto que, en el presente caso, no puede afirmarse que el Banco actor no tuviera otro recurso legal para hacer efectivo su crédito que el ejercicio de la acción rescisoria; sin que la normativa hipotecaria constituya obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la referida liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los dos esposos, pues el artículo 144-2.º del RH, previendo expresamente la hipótesis aquí contemplada, dispone que si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiere inscrito la partición de bienes, podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiese dirigido contra los respectivos adjudicatarios», y añade: «El motivo segundo, en el que se acusa la violación de ciertos artículos de la LH, como el 18, relativo al principio de legalidad, actuando a través de la calificación del registrador; el 20, referente al principio de tracto sucesivo, y el artículo 38-3.º en el que se dispone el sobreseimiento del procedimiento de apremio sobre bienes inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, no puede prosperar, ya que el obstáculo registral que los invocados preceptos pudieran significar para perseguir los bienes adjudicados a la esposa queda obviado demandando a ambos cónyuges a tenor de lo dispuesto en el citado artículo 144-2 del RH, en relación con los artículos 1.401 y 1.402 del Código Civil. La sentencia del Tribunal Supremo de 17-XI-1987, CCJC, núm. 15, comentada por CABANILLAS, desestima la rescisión de capitulaciones, declara no oponible al acreedor demandante la modificación del régimen económico matrimonial, confirma el embargo de la finca inscrita a nombre de la esposa y ordena al señor Registrador de la Propiedad que anote dicho embargo: «...sin que la normativa hipotecaria constituya obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la referida liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno los esposos, pues el artículo 144-2 del RH, previendo expresamente la hipótesis aquí contemplada, dispone que si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiere inscrito la partición de bienes, podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiere dirigido contra los respectivos adjudicatarios...» Y sentencia del Tribunal Supremo de 27-10-1989 (RJ 1989/6965).

(30) Resoluciones de la DGRN de 24-9-1987 (RJ 1987/6572), 18-9-1987 (RJ 1987/6568), 18-3-1988 (RJ 1988/2560), 25-3-1988 (RJ 1988/2567), citadas en notas anteriores, y 3 y 4-6-1991 (RJ 1991/4516 y 4518) y 18-7-1991 (RJ 1991/5444).

(31) Resoluciones de la DGRN de 16-2-1987 (RJ 1987/1067), 29-5-1987 (RJ 1987/3932), 28-10-1987 (RJ 1987/7664), 6-11-1987 (RJ 1987/8732) y 28-12-1998 (RJ 1998/10488).

En consecuencia, no cabe el embargo ni su anotación —aunque se hubiere notificado al titular registral— (32) siendo necesaria la demanda contra el mismo.

En tal situación, el **Real Decreto de 4 de septiembre de 1998** modifica entre otros muchos artículos del RH el 144, relativo a la anotación de embargo sobre bienes gananciales, en concreto los párrafos 1, 4 y 5; el párrafo 1.º se refiere a la anotación del embargo decretada vigente la sociedad de gananciales; el párrafo 4 contiene un primer apartado donde se mantiene lo dispuesto en la redacción anterior del artículo para el caso de estar disuelta la sociedad de gananciales, pero sin constar en el Registro su liquidación, y añade un segundo apartado relativo al caso de sociedad de gananciales disuelta constando en el Registro su liquidación; y el párrafo 5 se refiere a la vivienda habitual (33).

El nuevo artículo 144.4 II del RH permite expresamente la anotación de embargo en el caso de no coincidir el cónyuge adjudicatario, titular registral, y el cónyuge deudor contra el que se dirige la demanda o ejecución, pero exige dos requisitos: 1.º Que del mandamiento resulte la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo, y 2.º Que conste la notificación del embargo al cónyuge titular, antes del otorgamiento de «aquella».

Una primera y apresurada lectura precepto puede darnos la impresión de que recoge la doctrina de la DGRN sobre este tema, pero enseguida podemos comprobar que no es así. El nuevo artículo es mucho más restrictivo, y los supuestos en que permite la anotación de embargo son mucho más limitados, porque:

1.º No se recogen los casos de embargos por deudas privativas del cónyuge del titular registral admitidos hasta el momento por la DGRN.

2.º En el caso de deudas gananciales se exige no sólo que conste así expresamente en el mandamiento, sino también la notificación del embargo al cónyuge no deudor con anterioridad a «aquella».

(32) Resoluciones de la DGRN de 18-3-1988 (RJ 1988/2560), 4-10-1993 (RJ 1993/7929) y 28-12-1998 (RJ 1998/10488).

(33) Artículo 144 RH: «1. Para que durante la vigencia de la sociedad conyugal sea anotable en el Registro de la Propiedad, el embargo de bienes inscritos conforme a lo previsto en los apartados 1 6 4 del artículo 93 o en el apartado 1 del artículo 94, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra los dos cónyuges o que estando demandado uno de los cónyuges ha sido notificado al otro el embargo.

4. Disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos.

Cuando constare en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si el bien ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución, o del mandamiento resulta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y consta la notificación del embargo al cónyuge titular, antes del otorgamiento de aquella».

Por tanto, en el caso de deudas privativas, aunque la traba hubiese sido anterior al momento en que las capitulaciones adquieren eficacia frente a terceros, ya sea anterior o posterior a la fecha de su otorgamiento, parece que no cabe su anotación preventiva, aunque se hubiera practicado la notificación del embargo al cónyuge titular. Al menos al amparo de este precepto.

En el caso de deudas gananciales se exigen dos requisitos para poder practicar la anotación:

El *primer requisito* consiste en que del mandamiento resulte la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo. Este requisito recoge la doctrina, ya consolidada, de la DGRN, sobre la no presunción del carácter ganancial de las deudas; aunque parece que las facultades calificadoras del Registrador no se extienden a la adecuación del procedimiento en que se ha llegado a tal declaración (34) (art. 100 RH). Así lo estima RIVAS TORRALBA (35).

En cuanto a los trámites procesales a seguir por el juez para determinar si el bien responde de la deuda, habrá que distinguir el caso de ejecución de una sentencia dictada en un juicio declarativo contra el esposo deudor y su consorte a los efectos de determinar la responsabilidad de los bienes y el carácter de la deuda; y el juicio ejecutivo iniciado en virtud de un título mudo sobre el carácter de la deuda, por ejemplo, letra de cambio, donde las dificultades procesales para tal declaración son múltiples, pese a los esfuerzos doctrinales para aportar soluciones (tercería de dominio, incidente de previo pronunciamiento). La *nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, todavía en período de *vacatio legis*, en su artículo 541 (36) se refiere al caso de ejecución sobre

(34) La Resolución de la DGRN de 28-10-1987 desestima la anotación por no constar en el mandamiento si estaba la responsabilidad en sentencia dictada en procedimiento adecuado al efecto.

(35) RIVAS TORRALBA, R., *Anotaciones de embargo*, Ed. Atelier, Barcelona, 1999, pág. 318.

(36) Artículo 541 de la nueva LEC de 7 de enero de 2000: «1. No se despachará ejecución frente a la comunidad de gananciales. 2. Cuando la ejecución se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges, pero de las que deba responder la sociedad de gananciales, la demanda ejecutiva podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor, pero el embargo de bienes gananciales habrá de notificarse al otro cónyuge, dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución a fin de que, dentro del plazo ordinario, pueda oponerse a la ejecución. La oposición a la ejecución podrá fundarse en las mismas causas que correspondan al ejecutado y, además, en que los bienes gananciales no deben responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución. Cuando la oposición se funde en esta última causa, corresponderá al acreedor probar la responsabilidad de los bienes gananciales. Si no se acreditara esta responsabilidad, el cónyuge del ejecutado podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal conforme a lo dispuesto en el apartado siguiente. 3. Si la ejecución se siguiera a causas de deudas propias de uno de los cónyuges y se persiguiesen bienes comunes a falta o por insuficiencia de los privativos, el embargo de aquéllos habrá de notificarse al cónyuge no deudor.

bienes gananciales, durante la vigencia de la sociedad conyugal, pero podría aplicarse también, analógicamente, al caso estudiado (37), quedando determinada la responsabilidad del bien en el mismo proceso de ejecución. La solución será notificar el embargo del bien ganancial, junto a la demanda ejecutiva y el auto en que se despacha la ejecución al cónyuge del deudor, a fin de que pueda oponerse a la ejecución. De esta manera al cónyuge del deudor, si no ejecutado, se le puede considerar, al menos, parte en el procedimiento de ejecución con posibilidades de defensa —las mismas que el ejecutado—, y puede alegar, además, que los bienes gananciales no deben responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución, en cuyo caso será el acreedor el que tenga que probarlo y, si no se acredita, se estará en el caso de deudas propias de un cónyuge. Se facilita de esta forma que el mandamiento que ordene la anotación del embargo exprese el carácter de la deuda, ya sea por declararlo la sentencia ejecutada o el auto que resuelva el incidente de oposición; en caso de silencio del cónyuge del ejecutado puede ser considerada tal conducta como conformidad con el carácter ganancial de la deuda y, a petición del acreedor, tendrá el juez que declarar esta responsabilidad.

El *segundo requisito* exigido en caso de ser la deuda de carácter ganancial aparece sumamente confuso: debe constar la notificación del embargo al cónyuge titular «antes del otorgamiento de aquélla» (sic) —se supone que de la escritura de liquidación—. El requisito de la notificación al cónyuge titular es un requisito, podríamos decir clásico, al igual que la polémica en torno a su suficiencia para poder practicar la anotación (38). Pero ahora se añade que

En tal caso, si éste optare por pedir la disolución de la sociedad conyugal, el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre la división del patrimonio y, en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, suspendiéndose entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes. 4. En los casos previstos en los apartados anteriores, el cónyuge al que se haya notificado el embargo podrá interponer los recursos y usar de los medios de impugnación de que disponga el ejecutado para la defensa de los intereses de la comunidad de gananciales».

(37) Vid. BENAVENTE MOREDA, P., «La anotación de embargo sobre bienes gananciales. Estudio del artículo 144 del Reglamento Hipotecario», en *RCDI*, núm. 657, año 2000, págs. 777 y sigs., en especial la 849 se manifiesta en este sentido.

(38) Este requisito ha ido desarrollándose, con diversidad de matices, por el Centro Directivo. Aparece con motivo de la reforma del artículo 144 del RH del año 1959 —exigencia de demanda conjunta contra los cónyuges— referido a la notificación de la demanda al cónyuge no deudor para posibilitar la anotación del embargo por deudas gananciales durante la vigencia de la sociedad de gananciales (Resoluciones de los años 1962 y 1964). Con la reforma del precepto en el año 1982, la notificación se refiere al embargo, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1.373 del Código Civil, para el caso de deudas privativas y vigente la sociedad de gananciales; en el caso de deudas gananciales, pese al tenor literal del nuevo precepto, la DGRN mantiene su anterior doctrina de que es suficiente la notificación de la demanda al cónyuge no deudor (Resoluciones de los años 1983, 1986). La reforma de 1998 consagra legislativamente la doctrina de ser suficiente la notificación del embargo, cualquiera que sea la naturaleza de la

tal notificación debe ser anterior a la liquidación, ya que el término «aquella» sólo puede referirse a la escritura de liquidación de la sociedad.

Hasta ahora, el momento determinante para decidir si se puede o no embargar, era, en caso de deuda de carácter ganancial, el momento del nacimiento de la deuda, a efectos de poder considerarla como tal; en caso de deudas privativas era la fecha en que se decreta el embargo, para poder aplicar el artículo 1.373 del Código Civil por la vía del 1.317.

El embargo decretado sobre bienes gananciales en garantía de deudas privativas está basada en lo dispuesto en el artículo 1.373 del Código Civil, y este precepto exige su inmediata notificación al otro cónyuge, a los efectos señalados en ese artículo. El que tal notificación sea anterior a la disolución de la sociedad de gananciales es, conforme a la lógica de lo dispuesto en tal precepto, para permitir ejercitar al cónyuge no deudor la opción que conlleva la disolución de la sociedad de gananciales, pero en el caso de que la notificación fuera posterior y la liquidación se hubiera practicado sin conocimiento del otro cónyuge del citado embargo, surge el interrogante sobre si se podrá ejercitar esta opción, CURIEL LORENTE (39) contesta afirmativamente, con ciertos matices, ya que dice, el Juez ordenaría el embargo del bien concreto adjudicado al deudor. En definitiva, se da un sentido a esta notificación incluso posterior a la liquidación.

Pero, ¿qué explicación puede tener este requisito en el supuesto de deudas de carácter ganancial?, ¿cuál es su finalidad?, ¿significa que no se puede embargar bienes ex-gananciales para asegurar deudas de carácter ganancial después de otorgadas las capitulaciones? Literalmente interpretado el nuevo precepto así parece, pero la doctrina se resiste a aceptar esta conclusión, debido a que el fundamento sustantivo de dicho embargo —el artículo 1.401 del Código Civil— extiende la responsabilidad de tales bienes incluso al período posterior a la liquidación del patrimonio ganancial.

MAS BADÍA (40) parece inclinarse por considerar que los dos requisitos, exigidos por el nuevo artículo 144.4.II, son alternativos. Si recordamos la doctrina de la DGRN, sobre la posibilidad de embargar bienes gananciales por deudas privativas, siempre que el embargo fuera anterior a la fecha en que las capitulaciones son oponibles frente a tercero, esta interpretación parece acorde con la doctrina del Centro Directivo, si bien el nuevo precepto añadiría

deuda, durante la vigencia de la sociedad de gananciales, y extiende la exigencia de la notificación del embargo al caso de estar disuelta y liquidada la sociedad de gananciales, añadiendo el requisito de que sea anterior a la liquidación.

(39) CURIEL LORENTE, F., «El Registro de la Propiedad y las pretensiones de los acreedores sobre bienes inmuebles ex-gananciales», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1995, págs. 277 a 340, en especial la 322.

(40) MAS BADÍA, M.^a D., *La tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 300 y sigs.

la exigencia de la anterioridad de la notificación del embargo al consorte. El momento de la notificación del embargo al cónyuge se tomaría en cuenta en relación a las deudas privativas. Sin embargo, dada la situación existente cuando se plantea la reforma y conociendo el legislador la doctrina de la DGRN, el criterio histórico en la interpretación del nuevo artículo no parece llevarnos a esa conclusión.

En todo caso, el precepto va a necesitar una ardua labor interpretativa. Los autores que se han ocupado del nuevo artículo así lo han apuntado. BENAVENTE MOREDA y MARTÍN MARTÍN (41) se plantean y cuestionan el sentido del precepto, criticando la restricción que supone del ámbito de la responsabilidad señalada en la legislación civil en perjuicio de los acreedores. RIVAS TORRALBA (42), más prudente, defiende al menos que la notificación puede ser anterior al momento en que la liquidación sea oponible frente a tercero.

A la espera de que la DGRN se pronuncie sobre el nuevo precepto, podemos destacar que el nuevo artículo mantiene la discordancia entre el derecho sustantivo y el registral y llegamos a las siguientes conclusiones provisionales:

A) Tratándose de deudas de carácter ganancial, por aplicación del artículo 1.401 del Código Civil y concordantes, estos bienes responden después de la liquidación pero, según el nuevo artículo 144.4 II del RH, no puede anotarse su embargo si la notificación del mismo al adjudicatario es posterior a la fecha de la liquidación. Este requisito no deriva del Código Civil ni de las garantías constitucionales-procesales exigidas en favor del cónyuge no deudor: ser parte el cónyuge no deudor en el procedimiento donde se declare tal responsabilidad (43). Por tanto, debido a la contradicción del nuevo precepto con normas de rango superior y a la aplicación del principio de jerarquía normativa o al criterio de interpretación sistemática, llegamos a la *con-*

(41) En este sentido MARTÍN MARTÍN, A. J., «Artículo 144, núms. 1, 4 y 5», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecarios y del Registro Mercantil*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 199 y sigs., esp. pág. 208. BENAVENTE MOREDA, P., «Anotación de embargo sobre bienes gananciales. Estudio de algunos aspectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario» (1), en *RCDI*, núm. 657, 2000, págs. 777 a 856, en especial la pág. 851, critica la restricción que supone, en perjuicio de los acreedores, del ámbito de la responsabilidad señalada en la legislación civil.

(42) RIVAS TORRALBA, R., *op. cit.*, pág. 319.

(43) Se ha destacado la especial relevancia adquirida por el principio de tracto sucesivo, en su modalidad de que, para inscribir un título derivado de un procedimiento judicial, debe haberse seguido contra el titular registral, al desenvolverse en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (art. 24 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales. Vid. Resoluciones de la DGRN de 28-XII-1995 (RJ 1995/9395), 3-7-1998 (RJ 1998/5959), 28-12-1998 (RJ 1998/10488), 2-2-1999.

clusión de que tratándose de deudas gananciales —de las que responden directamente los bienes gananciales—, esos bienes pueden ser embargados, tanto antes como después de la liquidación de la sociedad de gananciales y, consecuentemente, cabe la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, se requiere, para poder estar en el supuesto estudiado, la constancia del carácter ganancial de la deuda y que el cónyuge no deudor, adjudicatario, haya sido parte en el procedimiento seguido al efecto y se le haya notificado el embargo. Estos requisitos concuerdan con lo establecido en el artículo 541 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, para el caso del embargo de bienes gananciales decretado judicialmente vigente la sociedad conyugal. La solución que definiendo es aplicar analógicamente el precepto procesal cuando el embargo sea posterior a la disolución de la sociedad de gananciales.

B) En cuanto a las deudas privativas, ante el silencio del nuevo precepto, se presenta la incógnita sobre si se mantendrá o no la doctrina jurisprudencial ya consolidada, respecto al embargo de los bienes ex-gananciales por tales deudas y la aplicación del nuevo artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario para permitir la anotación del embargo mediante la notificación del mismo al cónyuge del deudor, antes de la liquidación, en el procedimiento seguido conforme a lo dispuesto en el artículo 541.3 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Con los mismos argumentos señalados en el anterior párrafo se puede adelantar una respuesta afirmativa.

En definitiva, es de lamentar que el legislador no haya aprovechado la ocasión que la última reforma del RH y la aprobación de la nueva LEC le brindaban para dar definitivamente una solución al problema planteado y que, paradójicamente, lo haya agravado.

ANA M.^a SANZ VIOLA

Profesora Titular de Derecho Civil
de la Universidad de Oviedo

BIBLIOGRAFIA

- AVILA ALVAREZ, P., «Régimen económico matrimonial y Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 578, 1987, pág. 27 y sigs.
- BENAVENTE MOREDA, P., «La anotación de embargo sobre bienes gananciales. Estudio del artículo 144 del Reglamento Hipotecario», en *RCDI*, núm. 657, 2000, págs. 777 a 856.
- BENDITO CAÑIZARES, M.^a T., *Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales*. Ed. Trivium, Madrid, 1994.

- CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, B., *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993.
- CURIEL LORENTE, F., «El Registro de la Propiedad y las pretensiones de los acreedores sobre bienes inmuebles ex-gananciales», en *Cuadernos de Derecho Judicial VI*, págs. 277 a 340. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., «Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral», en *RCDI*, núm. 424-425, septiembre-octubre 1983, págs. 593 a 608. — *Elementos de Derecho Civil. IV Derecho de Familia*. Librería Bosch, Barcelona, 1982.
- MARTÍN MARTÍN, A. J., *La reforma de los Reglamentos Hipotecarios y del Registro Mercantil*, pág. 199 y sigs. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998.
- MAS BADÍA, M.^a D., *La tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MOZOS, J. L. DE LOS, en la obra colectiva dirigida por ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, Vol. 1.º, 2.ª ed. EDESA, Madrid, 1982.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, 3.ª ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.
- RIVAS TORRALBA, R., *Anotaciones de embargo*. Ed. Atelier, Barcelona, 1999.
- ROCA SASTRE, R. M., *Derecho hipotecario*. T. IV, Vol. 1.º, 6.ª ed, Ed. Bosch, Barcelona, 1968.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C., «La protección del acreedor en la liquidación de la sociedad de gananciales», en *Actuación del Abogado de Familia en temas patrimoniales de actualidad*, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 168 y sigs.

DICTAMENES Y NOTAS

La falta de amor conyugal, ¿es causa de separación en el Ordenamiento Jurídico-Civil español?

INTRODUCCION AL TEMA

Si bien la familia es un fenómeno social tan ancestral como la misma humanidad, puede afirmarse que su regulación, desde el punto de vista constitucional, comenzó en el siglo XVIII, el denominado «Siglo de las Luces». Fue entonces cuando las Revoluciones americana y francesa centraron su atención, sin embargo, en otros temas o cuestiones que se consideraban más candentes, y el fenómeno familiar se relegó al imperio de la Ley ordinaria.

Es en el siglo XX cuando algunos Textos Constitucionales empezaron a regular los grandes principios que habían de delimitar la estructura jurídica de esta compleja institución.

Cabe entender a la familia desde dos puntos de vista: El estricto y el amplio.

El primero llama familia al grupo restringido formado por los cónyuges y los hijos, en su caso, con exclusión de los demás parientes o, al menos, de los colaterales. En esta acepción integran la familia las personas unidas por vínculo conyugal y por vínculo paterno-filial.

Desde el punto de vista amplio, la familia sería el conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco, ya sea por consanguinidad, afinidad o adopción, y a cuyas relaciones la Ley atribuye algún efecto jurídico.

El Derecho de Familia regula el matrimonio y, en este ámbito, las relaciones personales de los cónyuges —así como las patrimoniales— son objeto de atención específica. En el marco de las relaciones personales de los cónyuges, cobra gran interés jurídico la figura de la **separación**, que no implica la ruptura del vínculo matrimonial, sino la cesación legal de la vida en común de los casados y de algunos efectos en el orden patrimonial y con respecto al ejercicio de la patria potestad.

La actual Ordenación del Código Civil español se caracteriza por admitir dos tipos de separación conyugal: A) La que se produce con base en el simple acuerdo de los esposos, sin necesidad de alegar causas determinadas, y B) La que requiere la alegación y prueba de ciertas causas de separación que implican una conducta culpable del otro cónyuge.

Estos tipos reciben, respectivamente, los nombres de separación convencional y separación causal.

Por lo que respecta a la separación causal, hay que reseñar que puede decretarse a petición de uno de los cónyuges, cuando el otro esté incurso en una de las causas legales de separación, ex artículo 81.2 del Código Civil. Entre estas causas de separación, la primera contempla el supuesto de abandono injustificado del hogar, infidelidad conyugal, conducta injuriosa o vejatoria, y cualquier otra infracción grave o reiterada de los deberes conyugales.

La cuestión que voy a plantear se centra en dilucidar si la desafección, es decir, la falta de amor entre los cónyuges es —y puede configurarse, por tanto—, como causa legal de separación matrimonial. Este tema es el que abordo seguidamente, basándome en el párrafo *in fine* del artículo 82.1 del Código Civil, con su alusión a los deberes conyugales y a la problemática de su coercibilidad.

REFERENCIA A LOS DEBERES CONYUGALES Y A SU VIOLACION COMO CAUSA DE SEPARACION MATRIMONIAL

El matrimonio o, por mejor decir, el hecho de contraerlo, supone e implica una relación compleja en el aspecto personal —único que, en este momento, interesa destacar—, y que determina, sin duda, un conjunto de derechos y deberes en relación con la vida en común de los esposos y, al mismo tiempo, otro conjunto de derechos y deberes de contenido y proyección económica.

Al primer conjunto de derechos y deberes se les llama «efectos personales del matrimonio», ya que tienen por objeto a las personas mismas de los cónyuges.

El artículo 86 del Código Civil está referido a la igualdad de derechos y deberes de marido y mujer. Este precepto, en realidad, se puede enmarcar dentro del ámbito de la concreción que el artículo 32 de nuestra Constitución reclamaba, al proclamar que **«el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica»**. LACRUZ BERDEJO entendía que el principio de igualdad lleva consigo, mientras no se haya convenido eficazmente algo distinto entre los cónyuges, el igual poder de uno y otro en la adopción de decisiones conyugales y familiares, siendo cada cónyuge libre de decidir en lo que atañe a su esfera personal, si bien, según este autor,

determinados comportamientos que parecen *prima facie* puramente personales, pueden devenir relevantes para la vida común, en particular si son radicales y extremos y afectan al otro cónyuge o a la familia, haciendo imposible o difícil la vida conyugal (1).

Muy interesante y complejo es el análisis del artículo 67 del Código Civil, que establece una serie de deberes que pueden enumerarse como el deber de colaboración y auxilio y el deber de respeto recíproco.

Estos deberes provienen, a mi juicio, del amor o *affectio maritalis* que se supone que los cónyuges comparten, el uno por el otro. Si se analizan con un poco más detenimiento, se observa que el deber de colaboración y auxilio es aquél que es preciso para hacer frente a las necesidades de ambos, así como a las individuales de cada uno de ellos. En este punto hay que incidir, ya que el incumplimiento de este deber comporta una serie de efectos. Así, en la esfera civil —que es la única que está siendo objeto de valoración jurídica—, es causa de separación, al concretarse como tal **«cualquier violación grave o reiterada de los deberes conyugales»**.

En cuanto al deber de respeto recíproco, entraña éste el reconocimiento de una esfera de libertad y seguridad en cada uno de los cónyuges, a salvo de las inferencias del otro. El respeto debido se extiende a la esfera física y moral y su incumplimiento acarrea también consecuencias civiles, pues es causa de separación, configurándose como tal la conducta injuriosa o vejatoria o la violación grave o reiterada del deber, así como el atentado contra la vida del otro cónyuge.

En este aspecto es muy interesante señalar que la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, de 20 de enero de 1983, expresaba que **«...la situación matrimonial que esos hechos proclaman pone de manifiesto la existencia de permanentes discrepancias, tirantez y desafección en las relaciones matrimoniales que, ciertamente, hacen extremadamente difícil a la vida en común de los esposos incidiendo sobre los hijos, significando una clara e inequívoca quiebra de la vida conyugal..., es lo cierto que, por cualquiera de dichos motivos, se hace procedente acordar la separación matrimonial que ambas postulan en demanda y reconvención como expresión de su decidida voluntad de poner fin a la convivencia conyugal a medio de este proceso»**.

El concepto de desafección marital aparece ya claramente en esta sentencia que, por su fecha, puede considerarse temprana. Cabe preguntarse dónde resulta oportuno ubicar este concepto. En realidad, el legislador, al enunciar las causas de separación matrimonial en el artículo 82 del Código Civil,

(1) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Derecho de Familia conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Editorial Bosch, Barcelona, 1982.

alude a «**cualquier violación grave o reiterada de los deberes conyugales**». La interpretación de este concepto es, naturalmente, una labor compleja, que hay que llevar a cabo con la mayor delicadeza y tacto posibles, pues se trata de una fórmula general, de una verdadera cláusula generalis, tal como, con acierto, la ha calificado GARCÍA CANTERO (2). Según VÁZQUEZ IRUZUBIETA (3), el Código Civil deja aquí abierta una puerta a lo que podría ser una lista interminable de modalidades mediante las cuales un cónyuge puede, de un modo grave o reiterado, incumplir sus deberes conyugales. Hay que recordar, en este sentido, que los deberes a los que, con anterioridad, he hecho referencia y que aparecen sistematizados en los artículos 66, 67 y 68 del Código Civil, son plenamente coercibles, aunque un sector de la doctrina patria ha puesto en tela de juicio la pertenencia de estos preceptos del corpus legal al mundo jurídico, entendiendo que, tanto la fidelidad como el socorro y el respeto mutuo constituyen virtudes incoercibles, pertenecientes al ámbito de la Moral o de la Etica o, en todo caso, no impuestas por la Ley Positiva. Desde mi punto de vista, esta tesis no es acertada, pues los referidos preceptos que consagran esas supuestas «virtudes» son plenamente coercibles, encontrando una sanción específica en caso de incumplimiento.

MARIANO LÓPEZ ALARCÓN expresa que la violación de los deberes conyugales ha de ser grave o reiterada, poniendo énfasis en la gravedad y en la reiteración, no predicándose de las violaciones específicas, porque el abandono y la infidelidad constituyen por sí mismas violaciones graves, al paso que la conducta injuriosa o vejatoria lleva implícita una reiteración de actividades para afligir al cónyuge con males morales y materiales. Para este autor (4), ni la infracción de deberes morales, ni de los sociales o de otra índole pueden motivar la separación, a no ser que hubieran sido acogidos como deberes jurídicos por las Leyes.

Es evidente que todas las faltas matrimoniales que en la mente pueden concebirse, en relación con la omisión de deberes conyugales, entran plenamente en la causal de separación del último apartado del artículo 82.1 del Código Civil. Estas «faltas» no pueden conceptuarse como omisiones de «virtudes» matrimoniales, sino que entran en el marco del Derecho y, por tanto, su incumplimiento conlleva la posibilidad de invocar la separación por esa vía. Estas consideraciones me llevan de nuevo a la cuestión principal que estoy tratando: La desafección marital en cuanto causa de sepa-

(2) GARCÍA CANTERO, GABRIEL, *El vínculo del matrimonio civil en el Derecho español*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Delegación de Roma, Roma-Madrid, 1959.

(3) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, *Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981.

(4) LÓPEZ ALARCÓN, MARIANO, *El nuevo sistema matrimonial español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1983.

ración matrimonial. Sin duda, algunas sentencias se refieren a esta causal. Ya con anterioridad a la Reforma del Derecho de Familia en 1981, nuestra Jurisprudencia se hizo eco de este concepto. Así, por citar solamente alguna de ellas, la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de febrero de 1963, que fue citada, a su vez, por la más reciente de 13 de octubre de 1983: **«Las peleas, no meras discusiones entre los cónyuges litigantes, hacían la convivencia familiar imposible y el ambiente de tensión y *desafecto* era permanente entre los esposos y entre el recurrente y sus dos hijas, siendo por dos veces reconocida facultativamente la esposa a consecuencia de contusiones costales y en el hemitórax y antebrazo izquierdo; todo lo que demuestra, no una ocasional desavenencia, sino un estado continuado de tirantez y violencias verbales y físicas, que hace se dé la causa legal de separación».**

La Jurisprudencia anterior a la Reforma del Código Civil, por Ley de 7 de julio del 81, se mostraba muy cauta a la hora de apreciar la causal de separación por violación de los deberes conyugales. La rigidez y la severidad, cuando se trataba de decretar la separación matrimonial por este motivo, eran las notas dominantes. Así aparece en algunas sentencias de las que voy a citar la de la Audiencia Provincial de Burgos, de 24 de enero del 81, que expresaba que: **«...cuando se trata de alguna leve agresión o pequeña violencia que responda, no al menosprecio de que un cónyuge haga objeto al otro, sino a momentáneos arrebatos surgidos por incidentes vulgares de la vida matrimonial, o como reacción natural de un cónyuge a las ofensas del otro, sin ánimo ni intención de producir los malos tratamientos que han de revelar la falta de mutuo afecto y respeto que debe presidir las relaciones matrimoniales, e implicar una notoria gravedad que ponga de manifiesto el peligro de convivencia, de que no continúen unidos los que claramente demostraron una irreducible enemiga espiritual para determinar la existencia de esta causa de separación legal, aunque las divergencias conyugales en ciertos medios sociales nunca pueden alcanzar tan considerable importancia si no han rebasado los límites de las disputas, más o menos violentas, que no trascienden del domicilio ni requieran la intervención de la autoridad o la asistencia facultativa».**

Otras sentencias posteriores a la Reforma se mantienen también en esa línea restrictiva en la interpretación de la omisión de los deberes conyugales, como la del Tribunal Supremo de 11 de mayo del 83, en la que se declara que, para que prospere la causa de separación invocada, no es suficiente de suyo que no reine la menor armonía en el hogar conyugal, si se desconocen, en realidad, los resultados graves que de esas desavenencias pueden derivarse.

En otras palabras, la falta de buena armonía entre los esposos no se considera como motivo determinante de separación. Según LACRUZ BERDEJO y

SANCHO REBULLIDA (5), la violación de los deberes conyugales no puede contraerse —si bien él mismo lo pone en duda— a los enunciados en los artículos 67 y 68, y ni siquiera a los que se deriven, en su caso, del régimen de bienes del matrimonio ni a la patria potestad dual, sino también a aquellos deberes no propiamente jurídicos, pero que inequívocamente incluyan las concepciones sociales y, sobre todo, morales, concluyendo en que la gravedad y la reiteración son caracteres alternativos de la violación de los deberes conyugales, con lo que la reiterada violación de deberes conyugales leves podrá ser estimada como causa de separación matrimonial.

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio del 83 no admitió la separación de los esposos por el hecho de que entre ellos surgieran discusiones y discrepancias e incluso leves agresiones e insultos, a los que, eufemísticamente, denominó como **«simples incidentes vulgares de la vida matrimonial al enfrentarse —se refiere a los cónyuges— con los múltiples y variados problemas que la cotidiana lucha por la vida les ha presentado...»**

Estas sentencias examinadas me llevan de nuevo al punto de partida inicial: ¿Puede la falta de amor entre los cónyuges o, en otras palabras, la desafección o desafecto entre ellos, ser considerada una violación de los deberes conyugales y, como tal, admisible en cuanto motivo o causa de separación matrimonial? Este es el problema que abordo seguidamente.

LA FALTA DE AMOR CONYUGAL COMO CAUSA DE SEPARACION

El problema radica en si la desafección puede invocarse como causal y ser perfectamente encuadrable en el concepto de «violación grave o reiterada de los deberes conyugales, ex artículo 82.1 *in fine*. La cuestión no es en absoluto baladí, sino que reviste una espectacular actualidad en el ámbito social. Algunas sentencias son muy expresivas en este punto. Hay que recordar la dictada por la Audiencia Provincial de Jaén, de 22 de enero del 93, que declaró que las causas de separación no pueden interpretarse bajo el criterio cerrado del *numerus clausus*, tal como el propio Tribunal Constitucional puso de relieve en sentencia de 2 de diciembre del 82, seguida más tarde por la de 27 de octubre del 83. Esta sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén estimó que la separación de los cónyuges litigantes se produjo en base a la ruptura de la vida en común y a la situación de discrepancia en la convivencia familiar, causa genérica derivada de la ausencia de mutuo afecto y respeto que debe presidir las relaciones matrimoniales. Hay, como puede observarse, una mayor apertura y generosidad a la hora de tratar el espinoso tema de la separación matrimonial

(5) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, Obra citada en nota 1.

por la vía de la violación de los deberes conyugales, entre los que, sin duda, debe incluirse el mutuo afecto, lo que los romanos denominaban la *affectio maritalis* y que estimo debe seguir vigente en la relación conyugal, siendo la desafección motivo para invocar la separación, pues es obvio que el legislador no puede prever todas las situaciones que en el matrimonio puedan darse, porque las relaciones —y, en mayor medida, las conyugales— pueden ser complejas y variadas. Por ello es, como en tantas otras ocasiones, la Jurisprudencia la que ha de poner su «granito de arena» y aportar una exquisita delicadeza y sensibilidad en el momento de enfocar estos temas.

¿Qué ocurre, sin embargo, cuando, a pesar de existir una continua desafección entre los esposos, éstos, en beneficio de los hijos comunes, mantienen, aparentemente, de cara al exterior, la unión de la familia?

A este respecto, hay que decir que una sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, en su Fundamento de Derecho Primero, declaró que **«...en materia de separación, cuando de las pruebas practicadas se desprende la existencia de un permanente estado de tirantez, desafección y profunda discordia en el matrimonio, con flagrante y persistente vulneración de los deberes de respeto, ayuda mutua y socorro (arts. 67 y 68 del Código Civil), reprochable tanto al marido como a la mujer, con grave menoscabo de los fines de aquél, dejando de ser el uno ayuda del otro cónyuge, constituye base legal bastante para acordar la separación...»**

En este supuesto se aborda una cuestión que he planteado con anterioridad: La violación de los deberes conyugales previstos en el Código Civil, ex artículos 67 y 68, constituye motivo de separación matrimonial. Ello confirma la idea de su coercibilidad, puesta, sin embargo, en duda por parte de la doctrina patria. Por lo que se refiere a esta cuestión, el mutuo respeto entre los esposos, en cuanto a la consideración que se deben como personas y como cónyuges en su dignidad personal y social, así como en su intimidad, cuya violación no debe estar cualificada por el *animus iniurandi*, que ya tiene su sede específica en la conducta injuriosa o vejatoria, es un deber coercible. Y, en el mismo sentido, el deber de socorro mutuo, que se concreta en el artículo 68, hay que entenderlo como el auxilio que cada cónyuge debe prestar al otro como persona que vive y se perfecciona en el matrimonio, comprendiendo aquí las necesidades de orden material (alimentos), como de orden espiritual (religioso, intelectual, afectivo). No cabe duda que en este ámbito se enmarca perfectamente la idea de afección, de amor mutuo entre los esposos, tal como ha sido defendido en páginas atrás.

El deber de ayuda mutua, tal como ha puesto de manifiesto algún autor (6), fue introducido en el Código Civil por la Ley, tantas veces citada, del

(6) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, *El matrimonio y sus crisis jurídicas: Problemática civil y procesal*, Ediciones Serlipost, Barcelona, 1990.

81, y es transgredido por las prácticas egoístas, graves o reiteradas, de aquel cónyuge que aparte al otro de la dirección de los asuntos familiares y domésticos, imponiendo criterios o soluciones que, en ocasiones, van acompañadas de vejaciones manifiestas o, en otras palabras, incidiendo esas actitudes en una clara desafección conyugal, abiertamente contraria a la armonía que debiera presidir las relaciones conyugales e invocable, en todo caso, como causa de separación matrimonial.

Parece oportuna la referencia, en este momento, a las relaciones existentes entre los deberes conyugales y la Constitución Española del 78, que, en algunos de sus preceptos, puede resultar ilustrativa. En efecto, el artículo 10 de nuestra Constitución, en el Título I, «De los derechos y deberes fundamentales», proclama que **«la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».**

Este precepto que, en principio pudiera parecer un tanto enigmático en relación con el tema que se está analizando, supone una sintética exposición de motivos del citado Título del Texto Fundamental. Se proclama a la dignidad de la persona, de todas las personas, incluidas las casadas, naturalmente, como fundamento del orden político y de la paz social.

Es obvio que la transgresión de los deberes conyugales y, concretamente, la desafección marital, pugna con el contenido de este artículo constitucional, al entrar en colisión con la propia dignidad de la persona casada, siendo, además, un obstáculo al libre desarrollo de su personalidad.

Al hilo de estas consideraciones, la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 21 de junio de 1995, declaró, en su Fundamento de Derecho Primero, que **«por la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha configurado como causa de separación la falta de dicho afecto conyugal como medio de proceder a dar una regulación jurídica a situaciones en que no es posible la continuación de la convivencia matrimonial por haberse demostrado que en el matrimonio ha surgido una crisis de convivencia que hace difícil el mantenimiento de la misma, pues ello sería más en perjuicio que en beneficio de los cónyuges, bastando a estos efectos que se haya originado un permanente estado de tirantez, desafección y profunda discordia entre los esposos, con flagrante y persistente vulneración de los deberes de respeto, ayuda mutua y socorro (SSTS de 11-2-1985, manteniendo el mismo criterio las SS de 14-7-1982 y 13-10-1983).**

El Fundamento de Derecho segundo de esta sentencia alude a las pruebas practicadas a lo largo del proceso de separación matrimonial, pruebas que evidenciaron que existió esa falta de *affectio maritalis*, tal como se dedujo de un conjunto de circunstancias que quedaron resumidas en la falta de convi-

vencia de los esposos como consecuencia de una pelea matrimonial que, a su vez, dio origen a una denuncia ante la Guardia Civil, presentada ésta por uno de los cónyuges y, en concreto, por la esposa, lo que, como declara la mencionada sentencia, **«revela el estado de ánimo existente en el matrimonio, manteniéndose la separación física de los miembros del consorcio al abandonar la esposa el domicilio. Además constan acreditadas otras peleas que pueden encuadrarse en maltratos por lo que resulta de la exploración de los hijos menores del matrimonio, ya que uno de ellos llega a afirmar que ha habido insultos en varias ocasiones de un cónyuge a otro, todo lo cual nos lleva a la conclusión de que falta ese repetido afecto conyugal que hace conveniente aplicar la legislación vigente, en particular el artículo 82 del Código Civil, a la luz del artículo 3 del Código Civil, de modo que debemos atenernos a la realidad vigente en donde domina la consideración de la dignidad humana como derecho que sirve de soporte al orden político y a la paz social (art. 10 de la Constitución Española), otorgándosele el carácter de derecho fundamental (art. 15). El mantener la situación matrimonial, como señala la sentencia del TS de 21-10-1994, después de una agresión entre cónyuges, no sólo no previene el riesgo de disolución matrimonial que se pretende evitar, sino que inventa artificialmente otros nuevos nacidos de una forzada convivencia.**

Esta sentencia admitió el recurso interpuesto y acordó la separación matrimonial de los cónyuges en favor de la armonía de la familia y en base a la desafección marital o, en otras palabras, la falta de amor que reinaba, sin duda alguna, entre los esposos.

Otras sentencias, en cambio, no admiten la falta de amor o desafección marital como causa de separación. En este sentido, es interesante reseñar la dictada por la Audiencia Territorial de Pamplona, de fecha 3 de noviembre de 1988, que declaró que no existía prueba de que el marido se encontrase incurso en ninguna de las causas de separación previstas en el artículo 82, párrafos 1 y 2 del Código Civil, que están referidas, en sustancia, a la conducta vejatoria y a la violación grave o reiterada de deberes conyugales y paternos, apostillando que **«...ni cabe admitir que la separación debe fundarse en la pérdida del afecto mutuo, que no es en sí causa de separación, aunque pueda aceptarse como tal en supuestos en los que esa falta de afecto mutuo determine una situación de profunda discordia, con mutua violación de los deberes de respeto y ayuda que a los cónyuges imponen los artículos 67 y 68 del Código Civil...»**

Ya MARIANO LÓPEZ ALARCÓN, hace bastantes años, manifestaba que no era posible anticipar la casuística separatista a que había dar lugar el deber conyugal que se concretaba en los artículos 67 y 68 de nuestro Código Civil —deber de ayuda mutua—, vehículo jurídico de la solidaridad como expresión del amor conyugal. En el cumplimiento de este deber, como este autor

expresaba (7), cada uno de los esposos tiene en cuenta al otro en su condición de cónyuge que, integrado en la comunidad familiar, necesita de la colaboración recíproca para llevar adelante el gobierno de la familia como empresa común en la que ambos están interesados. Serán decisivos, en el cumplimiento de este deber, el diálogo entre los esposos y la puesta en común de sus proyectos familiares.

Más generosa fue, a la hora de delimitar estos conceptos, aunque con otros planteamientos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 24 de abril de 1989, al afirmar que el artículo 82 del Código Civil no permite que la falta de *affectio maritalis* se constituya, en sí misma, como causa legal de separación, porque aunque algunas resoluciones judiciales aisladas así lo han entendido de manera inicial, **«es lo cierto que si la apelación por una sola de las partes de falta de afecto marital fuese declaración suficiente para la declaración judicial de separación, no habría hecho falta que el legislador pormenorizase en el artículo 82 del Código la relación de causas que dicho precepto incluye, razón por la que la única interpretación posible de la norma es que la falta de afecto se encuentra en la base de todos los supuestos que el legislador ha configurado como causas legales de separación, pero no constituye causa por sí misma».**

A la violación de los artículos 67 y 68 del Código Civil se refiere también la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 3 de mayo de 1993, en la que la actora invocó dos causales de separación, una primera causal fundada en el artículo 82.1 del Código Civil, aludiendo a la violación grave y reiterada de los deberes conyugales contemplados en los artículos, tantas veces citados, 67 y 68 del mencionado corpus legal, y que implicaban una falta manifiesta de respeto de un cónyuge a otro, **«...por lo que de nada valen las protestas de amor y los propósitos de reanudar la convivencia en armonía que hace el apelante, tras haber roto el deber que le imponía el artículo 67 del Código Civil, de modo tan brutal y por un pretexto tan fútil como una cuestión doméstica...»**

Por último, considero oportuno citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 7 de abril de 1998, en la que, de manera rotunda, se afirma que la falta de afecto conyugal no es causa suficiente de separación, declarando en su Fundamento de Derecho segundo, que **«...no se acredita la causa legal de separación disensual invocada en la demanda... Y ello porque el desafecto surgido entre los cónyuges no es en sí mismo causa legal de separación ni de divorcio, a tenor de los artículos 82 y 86 del Código Civil, cuando no hay consentimiento expreso a través de la Disposición Adicional sexta de la Ley citada —se refiere a la Ley denominada de Di-**

(7) LÓPEZ ALARCÓN, MARIANO, «La separación judicial por culpa y su conexión con el divorcio», en la revista *La Ley*, año III, núm. 350, 9 de febrero de 1982.

vorcio—, como no exige tampoco el Código Civil el afecto para contraer matrimonio. Nuestro Alto Tribunal ha matizado su concurrencia cuando se manifiesta y prueba a través de alguna de las causas taxativamente enumeradas en los citados preceptos legales y admite que uno o ambos esposos hayan incurrido en culpa a efectos de la concurrencia alegada por el otro o recíprocamente, pero en nuestro Derecho la separación disensual es causal y culposa como prueba el hecho de que sus concretos efectos se muestran con una gran importancia, no sólo en el campo de la patria potestad, sino también en el campo sucesorio. En el presente caso no hay el menor indicio probatorio de que el señor C. P. haya incurrido en la causa 1.^a del artículo 82 que alega en su demanda la actora y debe confirmarse en consecuencia la sentencia absolutoria...»

A la vista de lo expuesto, parece evidente que hay que llegar a la conclusión de que, según la Jurisprudencia de nuestro país, la desafección marital o, en otras palabras, la falta de amor entre los esposos o de uno para con el otro no se configura como causa legal de separación matrimonial, porque este concepto no aparece así expuesto en el elenco de las causales de separación del artículo 82 del Código Civil. Su inclusión, por tanto, a la hora de invocar este motivo en una demanda de separación ha de ser por la vía de **«cualquier otra violación grave y reiterada de los deberes conyugales»**. El argumento esgrimido para llegar a esta conclusión por parte de nuestra Jurisprudencia se ha fundado en el hecho de que, para contraer matrimonio, no se exige, como requisito previo, el afecto o amor entre los que van a contraerlo. En el mismo sentido se razona en que, si la falta de amor hubiera querido configurarse como causa de separación matrimonial, se la hubiera incluido entre las causales que aparecen enumeradas en dicho artículo 82.

A mi juicio, la contundencia que tienen estos argumentos es manifiesta, pero ello no supone ningún obstáculo para entender, tal como a lo largo de este estudio he intentado exponer, que la falta de amor entre los cónyuges constituye una violación o transgresión de los deberes conyugales y que, cuando se configura como un estado permanente —reiterado— o grave puede ser invocada en demanda de separación, si bien no de manera autónoma, sino basándose en la contravención de los deberes conyugales impuestos por los artículos 67 y 68 del Código Civil.

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Estimación de la reclamación extrajudicial como causa de interrupción de la prescripción extintiva de acciones en el ámbito mercantil. La nueva doctrina de la Sala 1.^a del TS (Sentencia de 31 de diciembre de 1998)

SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1998

- OBJETO: Prescripción extintiva: interrupción de la prescripción en el ámbito mercantil mediante reclamación extrajudicial del acreedor.
- PARTES: Gestión de Centros Comerciales, S.A. (demandante-recurrente), *contra* Centros Comerciales PRYCA, S.A.
- PONENTE: Excmo. Sr. Don PEDRO GONZÁLEZ POVEDA.
- FALLO: Estimación del recurso.

DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS

DOCTRINA

La Sala centra el objeto del debate jurídico en el motivo segundo de la sentencia, considerando la prevalencia de aplicación del artículo 1.973 del Código Civil, cuya fuerza expansiva e integradora hace posible que se estime eficaz en el ámbito

mercantil la reclamación extrajudicial como medio adecuado para interrumpir la prescripción de las acciones mercantiles, a pesar del texto del artículo 944 del Código de Comercio, que omite esta causa de interrupción. Argumenta la Sala que no existe causa que justifique la pretendida «especialidad» del artículo 944, frente al Derecho Común de las obligaciones y contratos mercantiles. La jurisprudencia viene determinando que nuestro ordenamiento permite, tanto en el tráfico civil como en el mercantil, la interrupción de la prescripción extintiva por efecto de la reclamación extrajudicial, considerando la tesis unitaria de las causas de interrupción para ambos ámbitos, doctrina jurisprudencial ya expuesta con anterioridad en la sentencia del TS de 4 de diciembre de 1995.

HECHOS

Los litigantes, Gestión de Centros Comerciales, S.A., y Centros Comerciales PRYCA, S.A., celebraron un contrato de agencia o de mediación, mediante el cual la demandante, ahora recurrente en casación, se obligaba a prestar determinados servicios a PRYCA, S.A., en su centro comercial de Oyarzun (Guipúzcoa), trabajos o servicios divididos en cuatro fases: fase preliminar, fase de concepción del modelo comercial, fase de ejecución y fase de desarrollo, seguimiento y gestión, principalmente todo ello se resumía en realizar para PRYCA, S.A., por parte de Gestión de Centros Comerciales, S.A., la remodelación, comercialización y organización de la galería comercial, encargándose también del cobro de la renta de los locales comerciales del centro comercial. El importe por estos servicios vinieron pactados en entregar por parte de PRYCA, S.A. a Gestión de Centros Comerciales, S.A., una cantidad fija inicial de 3.500.000 pesetas, y una cantidad posterior que venía determinada por un porcentaje del importe de las rentas cobradas por PRYCA, S.A.

Con fecha 1 de junio de 1988, PRYCA, S.A. resuelve de forma unilateral el contrato, quedando una cantidad económica pendiente de pago. Gestión de Centros Comerciales, S.A. interpuso contra PRYCA, S.A., demanda reclamando la cantidad adeudada, dictando sentencia el Juzgado de 1.ª Instancia número 5 de los de Madrid, en fecha 9 de julio de 1992, desestimando la demanda. Posteriormente, en sentencia pronunciada por la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 27 de mayo de 1994, se confirma la anterior sentencia, desestimando el recurso de apelación. Interpuesto recurso de casación, es estimado por el Tribunal Supremo, en consecuencia, casa y anula la sentencia de la Audiencia, y revoca la de 1.ª Instancia, estimando

parcialmente la demanda interpuesta por Gestión de Centros Comerciales, S.A., contra Centros Comerciales PRYCA, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Desestimada la demanda formulada por Gestión de Centros Comerciales, S.A., contra Centros Comerciales PRYCA, S.A., se ha interpuesto este recurso de casación, cuyo primer motivo, acogido al artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega infracción del artículo 244 del Código de Comercio en relación con los artículos 2, 3 y 11 del mismo cuerpo legal; disiente la sociedad recurrente de la calificación que la Sala *a quo* hace de las relaciones contractuales que ligaban a las partes como «servicios que son de mediación o agencia, o de simple mediación». Entiende la parte recurrente, que dado el carácter atípico del contrato existente entre las partes, es preciso determinar la figura contractual a la que mejor se acomoda el aspecto directriz de la relación contractual, figura que a su juicio es el contrato de comisión mercantil.

Es doctrina reiterada de esta Sala, SSTs de 5 de febrero (RJ 1997), 21 de mayo (RJ 3871), 26 de julio (RJ 5952), 21 de octubre (RJ 7175) y 1 de diciembre de 1997 (RJ 8695), entre las más modernas), que la determinación de la conceptualización jurídica relativa a un contrato, constituye una cuestión de interpretación del mismo en orden a su calificación, que está atribuida al Juzgador de instancia, y su resultado ha de ser respetado en casación si no es ilógico, inverosímil o contrario a las normas de hermenéutica contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil; en el caso, la calificación dada por la sentencia recurrida no resulta ilógica ni conculcadora de aquellas normas, siendo de advertir que los preceptos invocados en el recurso como infringidos, no son normas interpretativas de los contratos, aptas para impugnar la calificación realizada. En consecuencia, se desestima el motivo.

SEGUNDO. El motivo segundo, por el mismo cauce procesal que el anterior, alega infracción de los artículos 1.967 del Código Civil y 943 del Código de Comercio, por aplicación indebida, y del artículo 1.964 del Código Civil, por inaplicación. El motivo se articula desde un doble punto de vista; si nos encontramos ante un contrato de comisión, el plazo de prescripción de la acción ejercitada sería el de quince años que establece el artículo 1.964 citado; si se mantiene la calificación del contrato como de agencia, en cuyo caso se ha producido una interrupción del plazo prescriptivo de tres años aplicado por la Sala de instancia.

Desestimado el motivo primero, decae el motivo en su argumentación, en cuanto a la aplicación del plazo de quince años que establece el artículo 1.964

del Código Civil para la prescripción de las acciones personales que no tengan señalado plazo especial.

Como se dice, en el segundo aspecto, el motivo plantea la cuestión relativa a la interrupción del plazo prescriptivo en virtud de la reclamación extrajudicial a la demandada; la sentencia de esta Sala, de 4 de diciembre de 1995 (RJ 9157), ha tratado esta cuestión, sentando en su Fundamento de Derecho primero que «el *dubium*», en efecto, que propone el recurso, «propone la elección entre la prevalencia del artículo 944 del Código de Comercio, aplicable según la naturaleza mercantil del contrato de transporte, del que nace el débito, que no contempla específicamente la reclamación extrajudicial como causa de interrupción de la prescripción, sobre el artículo 1.973 del Código Civil, o, por el contrario, la prevalencia de este último precepto, cuya fuerza expansiva o integradora haría posible que se estimara, como declara la sentencia de segunda instancia, frente a la de primera instancia, eficaz, en el ámbito mercantil, la expresada forma interruptiva de la prescripción».

Sigue diciendo esta sentencia de 1995, en su segundo Fundamento Jurídico que, «suele decirse —como señala la parte recurrida— que el artículo 944 del Código de Comercio presenta una “especialidad” mercantil frente al artículo 1.973 del Código Civil, en la medida en que, frente a las causas de interrupción de la prescripción que este último contiene (acción ante los Tribunales, reclamación extrajudicial y reconocimiento), el artículo 944 del Código de Comercio sólo menciona la interpelación judicial, el reconocimiento y la renovación del documento contractual, excluyendo, parece que deliberadamente, y en esto consistiría la “especialidad”, la reclamación extrajudicial como causa de interrupción de la prescripción. Por el contrario, existen poderosas razones para concluir que nuestro ordenamiento permite, en todo caso, en el tráfico civil o en el mercantil, la interrupción de la prescripción por efecto de la reclamación extrajudicial, con lo que se considera ajustada a Derecho la posición de la Sala», y continúa afirmando (Fundamento de Derecho tercero), «las discrepancias doctrinales existentes, al efecto no enturbian, desde luego, la solución ya indicada, favorable a un régimen jurídico unitario de la interrupción de la prescripción de las acciones en materia civil y mercantil, por las siguientes razones: a) La reclamación judicial fue introducida *ex novo* por el Código Civil como medio de extender las posibilidades del acreditamiento del *animus conservandi* frente a una formalización excesiva que permitiera considerar abandonadas las acciones, cuando constaba por otras vías una voluntad contraria a tal derelicto de los derechos; b) Cronológicamente, la posterior fecha de promulgación y publicación del Código Civil, respecto del Código de Comercio, abona la solución de integración que se propone, al considerar incorporado tal medio interpretativo de la prescripción al artículo 944 del Código de Comercio; c) El principio, conforme al cual debe entenderse que la Ley general no deroga a la Ley especial,

no es aplicable a este supuesto, ya que no hay ninguna razón que justifique la pretendida «especialidad», frente al Derecho Común de las obligaciones y contratos mercantiles, sino más bien, argumentos en contra, derivados del criterio antiformalista que para los contratos de comercio reconoce el artículo 50; de la importancia del principio de la buena fe, en la ejecución y cumplimiento de estos contratos, que recoge el artículo 57, y del principio de favor al deudor en cuanto a las dudas que se originase, señala el artículo 59, todos del Código de Comercio; *d*) Las discriminaciones en la aplicación de las normas que no resultan fundadas, como sucedería en este caso, si pese a lo dicho se mantuvieran dos raseros en orden a la interrupción de la prescripción, lo que supondría infracción del principio de igualdad ante la Ley, reconocido por el artículo 14 de la vigente Constitución». Finalmente, en su cuarto Fundamento de Derecho, señala esta sentencia de 4 de diciembre de 1995, que, «en todo caso, el punto de vista que se adopta en el asunto que se examina, se sustenta, además, en meros argumentos interpretativos no revelados hasta ahora, ya que se toma en consideración la pauta seguida por el legislador mercantil en la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, que tras establecer los plazos de prescripción de las acciones cambiarias (art. 89.2.º), aclara que, «serán causas de interrupción de la prescripción las establecidas en el artículo 1.973 del Código Civil», lo que supone una decidida apuesta en favor de la estimación unitaria de aquélla. La extrapolación a todo el ámbito mercantil, por las razones que se vienen exponiendo, resulta imprescindible, dada la incidencia de la regulación de la letra de cambio en todo el ámbito comercial como instrumento, en muchas ocasiones, del pago del precio o de los servicios prestados por consecuencia de los contratos mercantiles, situación que contribuye a afianzar la tesis unitaria de la interrupción».

TERCERO. Aplicada al caso de autos la doctrina antes expuesta, procede la estimación del segundo motivo del recurso, al entender esta Sala interrumpido el plazo de prescripción de tres años, por la reclamación extrajudicial de la actora-recurrente a la demandada-recurrida, de la cantidad peticionada en el suplico de la demanda, consistente en carta remitida por conducto notarial en fecha 7 de febrero de 1990, habiendo tenido entrada la demanda en el Juzgado Decano de Madrid el día 26 de noviembre de 1991.

La estimación de este segundo motivo determina la casación y anulación de la sentencia recurrida, así como la revocación de la de primera instancia, por lo que esta Sala, asumiendo funciones de instancia, deberá resolver lo procedente, teniendo en cuenta los términos en que quedó planteado el debate (art. 1.715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

CUARTO. En su demanda inicial, la actora reclama la cantidad de 7.061.080 pesetas, importe de los trabajos por ella realizados, consistentes en la remodelación, comercialización, organización de la galería, gestionando el

alquiler y cobro de rentas de los locales comerciales, sitios en el Centro Comercial en Oyarzun (Guipúzcoa); actividades realizadas de acuerdo con las bases de colaboración que constan en el documento número 9 de los acompañados con la demanda (folios 108 a 114), y divididas en cuatro fases: fase preliminar, fase de concepción de modelo comercial, fase de ejecución y fase de desarrollo, seguimiento y gestión. En dichas bases se estableció que, «los honorarios que Gestión de Centros Comerciales, S.A., percibirá por el desarrollo y ejecución de las misiones encomendadas consistirán en: a) Unos honorarios fijos de tres millones quinientas mil pesetas (3.500.000) por el desarrollo de la fase preliminar, concepción y ejecución; b) Un incentivo variable equivalente a 1,75 doceavos de las rentas comercializadas en la fase de ejecución; c) Un porcentaje equivalente al 7 por 100 de las rentas gestionadas mensualmente en la fase de seguimiento». Resuelto el contrato por decisión unilateral de la demandada con efectos desde el 1 de junio de 1988, la cantidad reclamada corresponde a los conceptos a) y b) reseñados, incrementada en el IVA.

La existencia de la relación contractual en los términos que resultan del documento número 9 de la demanda, viene reconocida por la demandada que no ha impugnado su contenido, y así resulta del contenido de su contestación a la demanda en que, con referencia al Centro Comercial de Oyarzun, reconoce haber atendido la factura número 90/88, de 1 de junio, por importe de 80.870 pesetas (documento núm. 14 de la demanda), que corresponde a la gestión de GCC, S.A., durante el mes de mayo de 1988, habiendo rechazado el pago de la factura 105/88, hoy reclamada (documento núm. 12 de la demanda), al no estar confeccionada con arreglo a lo acordado por las partes.

En consecuencia, la demandada, Centros Comerciales PRYCA, S.A., viene obligada a abonar a Gestión de Centros Comerciales, S.A., las cantidades por ésta devengadas y no satisfechas en virtud de la relación contractual que tenía por objeto el Centro Comercial de Oyarzun, y que resultan ser: 1) La cantidad de tres millones quinientas mil pesetas como honorarios fijos por el desarrollo de la fase preliminar, concepción y ejecución, concepto que no ha sido impugnado por la demandada. 2) La cantidad que se determinará en ejecución de sentencia correspondiente al concepto «incentivo variable equivalente a 1,75 doceavos de las rentas comercializadas en la fase de ejecución»; tal incentivo se aplicará a la cantidad obtenida de aplicar la fórmula de liquidación contenida en la carta de fecha de 25 de marzo de 1988 (documento núm. 3 de la contestación a la demanda —folio 188—) dirigida por Gestión de Centros Comerciales, S.A., a la demandada, y reconocida su autenticidad en confesión judicial prestada por su representante legal, es decir, aplicando repetido incentivo «a las diferencias entre las últimas rentas existentes en la galería, anteriores a la intervención de Gestión de Centros Comerciales, S.A., y las obtenidas por la comercialización de Gestión de Centros Comerciales, S.A.», cantidades que serán incrementadas en las que resulten

de aplicar el impuesto sobre el valor añadido. Sin que las alegaciones de la demanda sobre la resolución del contrato tengan trascendencia alguna en este litigio, al no haberse formulado reconvencción sobre esa cuestión.

QUINTO. La estimación parcial de la demanda determina la no imposición de costas a ninguna de las partes, debiendo satisfacer cada parte las causadas a su instancia, y las comunes por mitad, de acuerdo con el artículo 523.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; igual pronunciamiento ha de hacerse respecto a las costas de los recursos de apelación y de casación, de conformidad con los artículos 710.2 y 1.715 del mismo texto legal; procediendo, por mandato del último de dichos preceptos, la devolución del depósito constituido para recurrir.

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Gestión de Centros Comerciales, S.A., contra la sentencia dictada por la Sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 27 de mayo de 1994, que casamos y anulamos; y, con revocación de la sentencia dictada por el Magistrado-Juez de Primera Instancia, número 5 de Madrid, de fecha 9 de julio de 1992, debemos condenar y condenamos, con estimación parcial de la demanda, a Centros Comerciales PRYCA, S.A., a que abone a Gestión de Centros Comerciales, S.A., las siguientes cantidades: 1) 3.500.000 pesetas en concepto de honorarios fijos; 2) La que resulte de aplicar el incentivo de uno setenta y cinco doceavos a la diferencia entre las últimas rentas existentes en la Galería, anteriores a la intervención de Gestión de Centros Comerciales, S.A., y las obtenidas por la comercialización de esta sociedad, que no podrá exceder de la de 2.805.250 pesetas reclamadas por este concepto; 3) La correspondiente al impuesto sobre el valor añadido. Estas cantidades devengarán el interés señalado en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde la fecha de la sentencia de primera instancia. Sin hacer expresa condena en costas en ninguna de las instancias ni en las de este recurso de casación.

COMENTARIO

1. INTRODUCCIÓN

Independientemente del Fundamento de Derecho primero, sobre la discusión jurídica de la calificación otorgada al contrato realizado entre las partes, hecho que no tiene la entidad jurídica suficiente para que ello afecte al fallo del recurso de casación, es en el Fundamento de Derecho segundo donde se plantea el núcleo de la cuestión jurídica, esto es, si debe prosperar, o no, la reclamación económica efectuada por la demandante, ahora recurrente. Así, la controversia está delimitada en determinar si la reclamación extrajudicial

realizada en forma de carta y remitida por conducto notarial a la demandada, en la cual se reclamaba la cantidad solicitada en el suplico de la demanda, es causa de interrupción de la prescripción extintiva, dado que estamos en presencia de un contrato mercantil, teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 944 del Código de Comercio.

Quizá sea un poco inusual iniciar el comentario de una sentencia, tomando como punto de partida un comentario sobre otra anterior, donde el objeto central de la materia jurídica también venía determinado por considerar como medio idóneo de interrumpir la prescripción de las acciones, la reclamación extrajudicial en un contrato mercantil, me refiero a la STS de 4 diciembre 1995, comentada en los Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, 41, 1106 por BADENAS CARPIO. Este autor nos introduce en su comentario, refiriéndose a la especie de empate que se había producido entre las sentencias de 23 de noviembre de 1917 (Colección Legislativa de España, Jurisprudencia Civil, tomo LIX, Vol. III de 1917, págs. 777 a 789) y 26 de junio de 1918 (Colección Legislativa de España, Jurisprudencia Civil, tomo LXI, Vol. II de 1918, págs. 803 a 811). La sentencia citada de 4-12-1995, supuso romper ese empate, inclinándose a favor del reconocimiento de la reclamación extrajudicial como causa de interrupción de la prescripción, no solamente en el ámbito civil, sino también en el mercantil.

La actual sentencia de 31 de diciembre de 1998, objeto de este comentario, parece decidida a consolidar la doctrina sentada en la anterior de 1995, estimando también como causa de interrupción de la prescripción en el ámbito mercantil, la reclamación extrajudicial llevada a cabo por el acreedor, a pesar de la existencia del artículo 944 del Código de Comercio, que no contempla de forma específica dicha actividad extrajudicial como causa interruptiva de la prescripción. En este caso se trata de una carta remitida por conducto notarial en la cual se reclamaba la cantidad peticionada en el suplico de la demanda. No obstante, aunque no de forma tan explícita como en estas dos sentencias anteriores, 4-12-1995 y 31-12-1998, existen algunas en las cuales se hace referencia al tema, así, SSTs de 24-2-1995 (RJ 1111), 18-7-1994 (RJ 6509), comentada por GÓMEZ CORRALIZA en *CCJC*, 37, 986; 15-11-93 (RJ 8913), 14-7-1993 (RJ 5801), 31-1-1992 (RJ 538), 14-3-1989 (RJ 2043), comentada por LLEDÓ YAGÜE en *CCJC*, 20, 518; 14-11-1988, comentada por GARCÍA CRUCES en *CCJC*, 18, 480 y 2-7-1932 (RJ 1146).

2. CONSIDERACIONES SOBRE UN POSIBLE RÉGIMEN UNITARIO DE LAS CAUSAS DE INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

En este comentario se pretende argumentar a favor de la línea jurisprudencial recogida en la sentencia de 1998, que a la vez sigue la línea de argumen-

tación de la doctrina sentada en la sentencia de 1995, y para evitar en el futuro posibles diferencias de interpretación de los dos artículos citados (1.973 del Código Civil y 944 del Código de Comercio), poner especial interés en perseguir un continuo acercamiento y semejanza entre normas civiles y mercantiles en aquellas cuestiones jurídicas reguladas por ambos Códigos, más que empeñarnos en resaltar las diferencias cuando de ellas, como ha puesto de relieve V. SANTOS (1), «pueden resultar consecuencias poco acordes, por su rigor, con aquellas exigencias de la equidad y aun de la ética que el instituto de la prescripción puede vulnerar en mayor o menor medida», teniendo presente, como ha puesto de manifiesto LALAGUNA (2), que «la aplicación y la interpretación de las normas mercantiles se apoya en la constante aplicación de las normas generales del Derecho Civil en su función de *ius commune*, así, sin perder de vista estos argumentos, será más fácil la posibilidad de considerar un régimen unitario de las causas de interrupción de la prescripción de las acciones para el ámbito civil y mercantil que actualmente están reguladas de forma diferente en el artículo 1.973 del Código Civil para el primero, y en el artículo 944 del Código de Comercio para el segundo.

Respecto a qué es lo que verdaderamente prescribe, si el derecho subjetivo o la acción que lo protege para poder exigirlo judicialmente, la cuestión quedó perfilada por ALAS, DE BUEN y RAMOS (3), que consideran más preciso decir que prescribe la acción. Posteriormente, se ha detenido en el estudio de este punto, DIEZ PICAZO (4), eliminando deliberadamente la palabra acción, para concluir que lo que prescriben son las facultades jurídicas que componen el derecho subjetivo, y más concretamente, las «facultades de exigir». También, en esta misma línea, se ha manifestado DE PABLO CONTRERAS (5), argumentando que esa era la opinión presente en el proyecto de 1851, artículos 1.966 y 1.967 que, a su vez, recogió el sentido del proyecto de 1836, artículos 710 y 764 y siguientes.

Esta idea expuesta, de considerar un posible régimen jurídico unitario de las causas de interrupción de la prescripción extintiva, evitando futuras discrepancias de los Tribunales sobre este tema, eliminando duplicidades innecesarias, proporcionaría más ventajas que inconvenientes. Ahora bien, sabemos que esta idea unificadora tiene como principal argumento jurídico en

(1) Vid. V. SANTOS, «La prescripción cambiaria», en *RDBB*, 38, 1990, pág. 256.

(2) Vid. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «Interacción de las leyes mercantiles y civiles», en *La Ley*, 1982, pág. 981.

(3) Cfr. ALAS, DE BUEN y RAMOS, *De la prescripción extintiva*, Madrid, 1918, págs. 44, 45 y 90 y sigs., esp. págs. 102 y 103.

(4) Cfr. DIEZ PICAZO, *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona, 1964, págs. 33-38, esp. pág. 38.

(5) Cfr. DE PABLO CONTRERAS, *Prescripción de la acción reivindicatoria*, Madrid, 1991, págs. 72-75.

contra, el carácter de «especialidad» mercantil que pudiera otorgarse al artículo 944 del Código de Comercio frente al Derecho Común.

LALAGUNA (6), refiriéndose al concepto de Derecho especial atribuido al Derecho Mercantil, señala que, «como realidad normativa constituye un conjunto de disposiciones distintas de las representadas por el Derecho Común, pero integradas en él, ligadas en su génesis y desarrollo a la tradición doctrinal y al orden de principios y normas generales del Derecho Común». Por otra parte, conviene recordar y resaltar, que tanto el artículo 944 como el artículo 1.973, forman parte de nuestros dos Códigos de Derecho Privado, y que basta una lectura superficial de ambos artículos para observar que no son antagónicos en su contenido. Se puede encontrar apoyo legal para esta propuesta de unificación, sin grandes dificultades técnicas, entendiendo integrado el contenido del artículo 944 en el artículo 1.973, todo ello, teniendo presente la actual redacción del artículo 50 del Código de Comercio y el artículo 4.3 del Código Civil. La dificultad de técnica jurídica puede venir determinada por el texto del artículo 50, «(...) *se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales por las reglas generales del Derecho Común*». En este punto entroncamos con la dualidad Derecho Civil-Derecho Mercantil. Habrá que considerar si verdaderamente es necesaria y está plenamente justificada actualmente la «especialidad» que contempla el artículo 944 respecto al artículo 1.973 del Código Civil, o bien, estimar que su contenido ya lo tenemos contemplado en la norma común y general del artículo 1.973.

Si nos empeñamos en viejos criterios de «especialidad» mercantil, incidiendo una y otra vez de forma exagerada en resaltar, más que moderar, las características especiales del Derecho Mercantil como Derecho Privado especial, frente al Derecho Civil, basada en motivos históricos, y queremos anclarnos en seguir manteniendo la «especialidad» del Derecho Mercantil frente al Derecho Común —en este caso, las causas de interrupción del art. 944 frente a las recogidas en el art. 1.973—, negándonos a todo tipo de evolución y constante cambio que se produce en las relaciones económicas y sociales, cambio en que también se ve inmerso el Derecho Mercantil, seguramente tenemos que tomar posición por encontrar plenamente justificada la «especialidad» del artículo 944. Por el contrario, si consideramos las dificultades que actualmente existen para justificar esa «especialidad» —es muy difícil encontrar algún argumento jurídico que la justifique—, y estimamos el carácter expansivo e integrador del artículo 1.973, como norma común y general, sin dificultades, se puede aplicar este artículo, tanto para el ámbito civil como para el mercantil.

(6) Vid. LALAGUNA, *Interacción...*, op. cit., pág. 982.

Vamos a volver la vista atrás para precisar el argumento anterior. Cuando se lleva a cabo la promulgación del Código de Comercio (1885), no existía todavía el Código Civil, por lo tanto, en aquel momento podemos pensar de la oportunidad y necesidad de la existencia, que no de la especialidad, del artículo 944. En aquel momento, fragmentado como estaba el Derecho Civil en diversos textos legales, estaba plenamente justificado que el Código de Comercio regulase las causas de interrupción de la prescripción de las acciones; pero posteriormente, una vez publicado el Código Civil y la regulación de esta materia en el artículo 1.973, ya en aquel tiempo, hace más de cien años, se evaporaron muchos argumentos para seguir manteniendo en vigor la «especialidad» del artículo 944, a pesar de que se ha mantenido y sigue en nuestros días.

Lo que en un principio hubiera podido parecer que se lograba mayor seguridad jurídica manteniendo las causas de interrupción de la prescripción extintiva en dos códigos diferentes, con el paso del tiempo, dadas las complejas y cambiantes relaciones jurídicas y económicas que se están produciendo en la sociedad actual, que tiene muy poco que ver con la sociedad de la época de promulgación de ambos códigos, el efecto práctico que se produce con esta situación es el contrario; porque, es precisamente esa duplicidad, la que causa una inseguridad jurídica manifiesta, desde el momento que para determinados contratos, calificados como mercantiles, las causas de interrupción de la prescripción vienen determinadas en el artículo 944; por el contrario, para otros contratos, cuya calificación sea civil, se deberá tener en cuenta las causas de interrupción del artículo 1.973 del Código Civil.

Hasta la polémica sentencia de 31-12-1995, parece que esta normativa era suficientemente precisa, y que en principio completaba el panorama tanto en el ámbito civil como en el mercantil, respecto a las causas interruptivas de la prescripción. Si avanzamos un poco más en la cuestión, observaremos que su aplicación viene ya precedida de numerosas dificultades jurídicas en los tribunales, porque, como ya hemos dicho, dependiendo de la calificación jurídica que se otorgue al contrato, como civil o como mercantil, deberá aplicarse el artículo 1.973 del Código Civil o el artículo 944 del Código de Comercio, pero resulta que el límite o linde que separa estos contratos es bastante difuso y complicado en numerosas ocasiones, encontrándose aquí los tribunales con una importante dificultad jurídica, y una vez resuelta la calificación, ésta afecta directamente a los particulares, quienes, ante un contrato mercantil se ven inmersos a soportar la aplicación de una norma mercantil, cuando en principio, cuando se realizó la codificación mercantil, no iban a ser los particulares los destinatarios

(7) Cfr., entre otros, en la doctrina moderna, DE EIZAGUIRRE, *El Derecho Mercantil en la codificación del siglo XIX*, Universidad del País Vasco, 1987, págs. 200-201.

de esa norma (7), dado que el Derecho mercantil, como Derecho de clase, nace por la insuficiencia del Derecho Común para satisfacer las nuevas necesidades económicas de un grupo de personas, los comerciantes, que, como clase emergente surge en nuestro país en los siglos XI y XII (8). Por ello, independientemente de considerar, o no, la «especialidad» del artículo 944, sería conveniente que tanto para el ámbito civil como para el ámbito mercantil, sean las mismas causas las que produzcan la interrupción de la prescripción de acciones, tanto civiles como mercantiles.

La doctrina mercantil, en su momento, ya se hizo eco de una idea apuntada por DE CASTRO (9) en 1972. Este autor, apoyándose en el texto del artículo 943 del Código de Comercio, y tomando como referente la STS de 23-11-1917, presentación de una factura, «ya que ese acto representa y significa que el acreedor reclama el importe de su cuenta», estima que puede considerarse aplicable en el ámbito mercantil la interrupción de la prescripción extintiva mediante reclamación extrajudicial del acreedor. Así, partidario de la tesis expuesta, con ciertas reservas respecto al texto del artículo 943 del Código de Comercio, se manifestó JESÚS RUBIO (10), apoyando incluso, con otro tipo de razones el régimen unitario, tales como la naturaleza «espiritualista» del Derecho Mercantil, frente a las formalidades curialescas del Derecho Civil, e incluso, la fecha posterior del Código Civil, animando a la jurisprudencia a seguir ese camino, que casi veinticinco años después, la sentencia de 4 de diciembre de 1995, aunque con otros fundamentos jurídicos, ha seguido, y ahora ha recogido la misma línea jurisprudencial que aquélla, la sentencia de 31 de diciembre de 1998.

Recientemente, en la línea avanzada por DE CASTRO, se ha manifestado Díez-PICAZO (11), considerando también que la remisión al Derecho Común que contempla el artículo 943, ha permitido entender de la existencia de un régimen jurídico unitario de las causas de interrupción de la prescripción de las acciones en materia civil y mercantil.

Por ello, no podemos seguir detenidos en el momento histórico de elaboración de las normas mercantiles, habrá que estar atentos a la futura evolución del Derecho Mercantil, en este sentido, A. MENÉNDEZ (12), en un brillante artículo, avanza lo que él considera relevante del futuro Derecho Mercantil, y lo que considera ya obsoleto y anclado en el pasado, animando a los jóvenes

(8) Cfr. ALBERTO BERCOVITZ, «Origen histórico del Derecho Mercantil», en *Homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid, 1971, págs. 3-44, esp. págs. 9-18 y 32-39.

(9) Vid. DE CASTRO, *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, pág. 163.

(10) Cfr. RUBIO, *Derecho cambiario*, Madrid, 1973, págs. 178-184, esp. pág. 182.

(11) Cfr. Díez PICAZO, *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 2169-2173.

(12) Cfr. MENÉNDEZ, «El Derecho Mercantil en el siglo XXI», en *La Ley*, 1990, 4, págs. 1197-1203.

mercantilistas a que piensen más en el Derecho Mercantil que ya está siendo, que en el Derecho Mercantil que fue.

3. EFECTOS POSITIVOS DE LA RECLAMACIÓN EXTRAJUDICIAL COMO CAUSA DE INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

Es doctrina reiterada del TS que la prescripción extintiva debe tener un tratamiento jurídico marcadamente restrictivo. Ya sabemos que esta institución no se caracteriza precisamente por estar fundada en los principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica [entre otras muchas, desde la STS de 17-12-1979 (RJ 4363), que inicia esta línea jurisprudencial, a las SSTS de 19-9-1985 (RJ 4278), 20-10-1988 (RJ 7591), 30-5-92 (RJ 4830), 15-3-93 (RJ 2284), 26-12-1995 (RJ 9400)], porque alegar y demostrar su existencia supone la extinción de un derecho por silenciarlo, no exigirlo, o no ejercitarlo el titular del mismo durante el plazo de tiempo señalado por la ley. En definitiva, pretender hacer valer un derecho extemporáneamente y, su consecuencia, la extinción del mismo. Su objetivo principal, dotar de seguridad jurídica a las relaciones que surgen en el tráfico jurídico, evitando proteger indefinidamente derechos que silencia su titular. Algo metafóricamente, según su propia expresión, ALAS, DE BUEN y RAMOS (13) hablan de silencio de la relación jurídica.

Pero no hay que olvidar, atendiendo a la justicia de cada caso concreto, que cuanto más amplias sean las causas interruptivas, tanto en el ámbito civil como en el mercantil, sin distinción, mayores posibilidades hay de que permanezca «vivo», o vigente, un derecho para su titular y su posibilidad posterior de exigencia del mismo. Este motivo, en principio bastante simple, tiene suficiente envergadura como para que la reclamación extrajudicial sea considerada también como causa de interrupción de las acciones también para el ámbito mercantil, porque realizando la reclamación extrajudicial dentro del plazo de tiempo señalado para el ejercicio de la acción, demuestra que el titular de un derecho, ni lo ha abandonado ni ha renunciado a él, y deja sin efecto la dejación o negligencia que pudiera imputársele, porque ha hecho todo lo contrario, es decir, ha realizado una actividad tendente a ver satisfecho su derecho, lo contrario, negar efectos jurídicos a la reclamación extrajudicial realizada por el acreedor para exigir el cumplimiento de su derecho en un contrato mercantil supone, además de ir en contra de la propia naturaleza jurídica de la prescripción (presunción de abandono, de renuncia de un derecho, en definitiva, silenciar su derecho), es negar lo evidente, esto es, que a un acreedor que ha realizado diversas gestiones amistosas y extrajudiciales

(13) Cfr. ALAS, DE BUEN y RAMOS, *De la prescripción...*, op. cit., pág. 61.

para ver satisfecho su derecho (acta notarial de notificación y requerimiento, o bien carta certificada con acuse de recibo, o simplemente una reclamación vía fax), se le diga después en los tribunales que no demostró ningún interés en exigir su derecho en mantener la vigencia del mismo, y que consecuentemente ha prescrito, únicamente, porque directamente no ha acudido a los tribunales, bien en un acto de conciliación o mediante una demanda con todos los inconvenientes económicos (designación de abogado y procurador), y de tiempo en resolver el conflicto jurídico que ello le supone.

Por lo tanto, esta idea de proponer un régimen unitario para ambos ámbitos, civil y mercantil, considerando la reclamación extrajudicial del acreedor como causa interruptiva también para el régimen mercantil, además de proporcionarnos una mayor justicia, porque a más número de causas de interrupción, mayores posibilidades tendremos de exigir posteriormente un derecho del cual somos titulares (14), mayor uniformidad y más seguridad jurídica se alcanzará, no olvidemos a qué rango normativo ha elevado el legislador de 1978 la seguridad jurídica (art. 9.3 del Título Preliminar de la Constitución), lo contrario, es decir, la situación actual, dos sistemas diferentes de causas de interrupción de la prescripción de las acciones en las relaciones jurídicas de Derecho privado supondrá, además de una mayor inseguridad jurídica, una vulneración del principio de igualdad de todas las personas ante la ley, de manera que en un contrato mercantil celebrado entre comerciantes quedaría excluida la reclamación extrajudicial del acreedor como causa de interrupción de la prescripción por aplicación del artículo 944; ahora bien, en ese mismo contrato, celebrado entre un comerciante y un particular, tampoco se podría estimar la reclamación extrajudicial como causa interruptiva, pero con la particularidad que ya en este último contrato se aplicaría a un particular la norma mercantil cuando no es comerciante ni actúa como tal, o incluso, ese contrato celebrado entre dos comerciantes, cuando uno de ellos concurra en la relación jurídica, no como profesional sino como particular.

4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ARTÍCULO 944 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Un argumento importante a favor de la tesis unitaria de las causas aptas para interrumpir la prescripción, parte de los antecedentes legales de la materia, anteriores al Código Civil. Estudiada la cuestión por DE PABLO CONTRERAS (15), señala que la interrupción por reclamación extrajudicial de algunas

(14) En este sentido, ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T-XXV, vol. 2.º, Madrid, 1994, pág. 608. Anteriormente también manifestó su opinión al respecto, en «Comentario al artículo 1.973 del Código Civil», en *RDP*, 1977, págs. 987-994.

(15) Cfr. DE PABLO, *Prescripción...*, op. cit., págs. 252-256.

acciones personales (criados o sirvientes por los salarios devengados, boticarios, joyeros...) únicamente viene reconocida en la Nov. Rec. 10,11,10, y no sin ciertas discrepancias doctrinales y jurisprudenciales respecto a su interpretación en Part. 3,29,29, el texto literal, *si el señor del debdo gelo demandase delante de amigos o de auenidores*, no ofrece otra lectura, sino la reclamación extrajudicial del acreedor. No obstante, aclara este autor, que no es cualquier reclamación extrajudicial, sino únicamente la realizada ante los *auenidores* (árbitros de derecho), y *amigos* (árbitros de equidad), por lo tanto señala, que «la reclamación extrajudicial que interrumpe la prescripción es, exclusivamente, la demanda del acreedor ante un árbitro al que voluntariamente han sometido las partes su controversia». Es el propio Código Civil quien se separa de esta causa interruptiva, interpretando erróneamente los textos legales anteriores, reconociendo sin ninguna condición, como causa interruptiva *ex novo*, la reclamación extrajudicial del acreedor, separándose incluso del Proyecto de Código Civil de 1851, aunque la solución adoptada, transcurrido el tiempo, se ha visto práctica y fundamentalmente justa en plazos cortos de prescripción. Por consiguiente, el artículo 944 no recogió ninguna «especialidad mercantil» porque, sencillamente, no hubo otro texto legal anterior que reconociese, sin condición alguna, la reclamación extrajudicial como causa de interrupción de la prescripción, sino que el Código de Comercio asume la solución de Derecho Civil, de Partidas, tomada a su vez del Código de Justiniano, C. 2,55,(56),5,1, que atribuía eficacia interruptiva al compromiso.

La explicación para este cambio de criterio asumido por nuestro Código Civil en el período de tiempo que transcurre desde el Proyecto de García Goyena, 1851, hasta 1889, año de promulgación del Código, es la influencia que en los redactores del Código pudo ejercer la aparición del Código Civil italiano de 1865, que en palabras de RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ (16), «es el primero en dar paso a dicha forma de interrupción». GARCÍA CANTERO (17) señala que también tuvo en cuenta nuestro legislador, además del *Code Napoléon*, el Código austriaco de 1811 y el portugués de 1867.

El vigente Código Civil italiano de 1942, sigue en este sentido a su antecesor, manteniendo la reclamación extrajudicial como causa interruptiva en el artículo 2.943, último párrafo, fórmula adoptada únicamente en nuestro entorno europeo por el Código Civil español. Por lo tanto, vemos que la «especialidad» del artículo 944 del Código de Comercio se diluye, porque el legislador mercantil de la época, primero, los redactores del Código de Comercio de 1829, en el artículo 582, y posteriormente los redactores

(16) Vid. DE ANGEL, «La interrupción de la prescripción extintiva por reclamación del acreedor en Derecho Comparado», en *La Ley*, 1986, págs. 1048 a 1059.

(17) Cfr. GARCÍA CANTERO, «El instituto de la prescripción y sus orientaciones en el Derecho Comparado», en *AC*, 1995, págs. 907-923.

del Código de 1885, únicamente se limitaron a incorporar las pautas que eran dominantes en su tiempo, no solamente en España, sino en el Derecho comparado, respecto a las causas aptas para interrumpir la prescripción extintiva de las acciones, y no fue su pretensión incorporar al Código de Comercio, alguna característica específica para el tráfico comercial. La Exposición de Motivos del Proyecto de Código de 1882, parece así reflejarlo, señalando respecto a la extinción de las obligaciones mercantiles por prescripción que, «lejos de alterar la legislación vigente, la confirman de nuevo (...)», no mencionando ninguna reforma, innovación o cambio que afecte a las causas interruptivas de la prescripción extintiva que hubiera que incorporar al futuro Código. En este sentido, DUQUE DOMÍNGUEZ (18), refiriéndose a las pautas de elaboración del Código de Comercio, señala que, «(...) adoptó, con personalidad y sencillez, las ideas que bullían en los ámbitos codificadores del siglo pasado».

5. LA IMPORTANCIA DE LA REMISIÓN DEL ARTÍCULO 89.2 DE LA LEY 19/1985, DE 16 DE JULIO, CAMBIARIA Y DEL CHEQUE, AL ARTÍCULO 1.973 DEL CÓDIGO CIVIL

Conviene poner también de manifiesto la importancia que adquiere el artículo 89 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, con vistas a considerar una posible unificación de la materia. Con un acertado criterio a mi parecer —recientemente se ha mostrado contrario GUILARTE ZAPATERO (19)—, la sentencia de 4 de diciembre de 1995, cuya doctrina jurisprudencial asume la presente de 31 de diciembre de 1998, recoge en su Fundamento Jurídico cuarto, la remisión que el artículo 89.2 citado, hace al artículo 1.973 del Código Civil, para argumentar a favor de la estimación unitaria de las causas de interrupción de la prescripción de las acciones. Creo que no se ha llegado a ver la importancia trascendental que tiene este argumento, aunque ya ha sido incorporado en la doctrina de la sentencia anterior con vistas a una propuesta de unificación de la prescripción de las acciones en materia civil y mercantil.

Actualmente, la letra, el cheque y el pagaré han extendido a toda la sociedad su uso como medios de pago, aun siendo instrumentos netamente

(18) Vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, «El Código de Comercio de 1885 en el marco de la codificación mercantil de su época», en *Centenario del Código de Comercio*, vol. 1.º, Madrid, 1986, pág. 165.

(19) Cfr. GUILARTE ZAPATERO, «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 4 de diciembre de 1995. La interrupción de la prescripción mercantil por reclamación extrajudicial», en *RDP*, 1997, págs. 226-236.

mercantiles, precisamente por la extensión del Derecho Mercantil (20), su generalización (21) y su objetivación (22) —abstracción del acto de comercio—, su utilización no se remite exclusivamente a un ámbito mercantil o comercial, sino que es la generalidad de las personas, que sin ser comerciantes, ajenas al tráfico comercial, se ven sometidas a los dictados de la Ley de 1985, por la expansión de ese medio de pago en los intercambios comerciales, incluso entre particulares ajenos al comercio. Aunque creo que esta idea tiene actualmente más vigencia que nunca por el volumen comercial alcanzado en las transacciones comerciales entre las empresas, y el consumo de los particulares, ya en el lejano Congreso Jurídico Español del año 1886, LUIS SILVELA, defendiendo la unificación del Derecho Privado, puso de manifiesto esta observación refiriéndose a las letras de cambio (23). Por ello, podemos estimar que el germen o antecedente más inmediato y reciente para alcanzar un régimen unitario de las causas de interrupción de la prescripción, ha venido precisamente de la mano de una ley mercantil, indiscutiblemente mercantil, no civil. El legislador podía haber remitido en la Ley citada al Código de Comercio, sin embargo, no lo hizo, remitiendo como primera fuente al Derecho Común. Cuál sea el motivo, puede ser entre otros, a la vista de la evolución posterior del Código de Comercio, evitar posiciones que tiendan a destacar y resaltar las diferencias entre normas civiles y mercantiles y, por el contrario, incidir en lo posible en un carácter integrador de las normas civiles, respecto a las soluciones que ofrecen en esta materia ambos Códigos.

6. INFLUENCIA DE LA RECLAMACIÓN EXTRAJUDICIAL COMO CAUSA INTERRUPTIVA EN LOS PLAZOS CORTOS DE PRESCRIPCIÓN QUE REGULA EL CÓDIGO DE COMERCIO

En este sentido, sería conveniente también que operara la reclamación extrajudicial como causa interruptiva de la prescripción en los plazos cortos que señala el Código de Comercio para el ejercicio de la acción correspondiente. Así como es criticable ese plazo largo, excesivamente largo, que contempla el artículo 1.964 para el ejercicio de las acciones personales, inspirado

(20) En este sentido, VICENT CHULIÁ, «La unificación del Derecho de obligaciones», *Congreso Internacional sobre la Reforma del Derecho Contractual y la Protección de los Consumidores*, Zaragoza, 1993, Libro de Ponencias, pág. 270.

(21) Cfr. BROSETA PONT, «Ponencia sobre el estado actual y perspectivas del Derecho Mercantil», en *Centenario del Código de Comercio*, vol. 1.º, Madrid, 1986, págs. 427 y 428.

(22) Cfr. VICENT CHULIÁ, «El Derecho Mercantil del neocapitalismo», en *RDM*, 1976, 139, págs. 55-59.

(23) Vid. A. BERCOVITZ, *En torno a la unificación...*, op. cit., pág. 167 y su nota 49.

en nuestro derecho histórico, Ley 63 de Toro (24), plazo que habría que ir pensando en su acortamiento, sin embargo, una lectura somera de los plazos que constan en los artículos 945 a 954 del Código de Comercio, observamos que son generalmente cortos, en algunos casos, muy cortos, como el contemplado en el artículo 951, relativo a las acciones para el cobro de portes, fletes, gastos a ellos inherentes..., el plazo que señala es de seis meses. Por ello, precisamente, para todos estos artículos del Código de Comercio es incluso más conveniente considerar la reclamación extrajudicial como causa interruptiva de prescripción, que para el ejercicio de los derechos o acciones del Código Civil, normalmente, plazos bastante más largos, siendo la excepción el artículo 1.968, la prescripción de la responsabilidad civil extracontractual.

7. DIFICULTADES QUE EN EL FUTURO SE PUEDEN PRESENTAR MANTENIENDO LA ACTUAL DUPLICIDAD NORMATIVA

Finalmente, un último apunte indicativo de la conveniencia de adoptar un régimen unitario de las causas de interrupción de la prescripción viene determinado por las dificultades que se pueden presentar en nuestro Derecho interno, al aplicar determinadas Directivas de los organismos europeos, si tenemos en cuenta, además, que no hay uniformidad en esta materia en los países de la Unión Europea, idea que ya ha sido puesta de manifiesto por GARCÍA CANTERO (25). Además de ser conveniente una armonización de las normas de la institución en los países que conforman la Unión Europea, atendiendo a nuestro país, manteniendo la actual situación legal, mayores son las dificultades que se van a presentar en el momento de tener que aplicar la normativa de la Unión sobre la materia, por la existencia en nuestro país de dos artículos con diferente contenido, regulando la misma cuestión (causas de interrupción), en dos Códigos distintos. GARCÍA CANTERO (26) ha señalado que en varios países de nuestro entorno se están elaborando proyectos de reforma de esta institución. Aludiendo a la importancia que tiene el problema, hace referencia al XIV Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en Atenas en 1994, bajo el título *Los modernos desarrollos de la prescripción extintiva: Limitación de las acciones*. Aunque considero innecesario para las pretensiones de este trabajo el estudio de las Actas del Congreso citado, sin

(24) Vid. GARCÍA CANTERO, *El instituto de la prescripción...*, op. cit., pág. 912, que cita, a su vez, a DIEZ PICAZO para la referencia y estudio histórico de aquel artículo. Cfr. *La prescripción en el Código Civil*, op. cit., págs. 170-176. También un comentario sobre esta ley, puede verse en ALAS, DE BUEN y RAMOS, *De la prescripción extintiva*, op. cit., págs. 37-40.

(25) Cfr. GARCÍA CANTERO, *Ibidem*, págs. 909-910.

(26) Cfr. GARCÍA CANTERO, *El instituto de la prescripción...*, cit., págs. 909-910.

embargo, estimo que en el futuro, todo trabajo que verse sobre esta materia debe tenerlas presente, entre otros motivos por figurar entre los ponentes, miembros de Bélgica, Francia, Alemania, Grecia, Holanda, Dinamarca, cuyas propuestas, germen de futuras Directivas, deben ser tenidas en cuenta en una posible reforma de la figura en nuestro país.

Aunque de una forma tangencial, el problema ya se ha planteado en la STS de 29 de junio de 1998, comentada por MAGDALENA UREÑA MARTÍNEZ (27), sobre una cuestión de interpretación entre interrupción y suspensión de la prescripción en la aplicación del artículo 32.2.º del Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956, sobre Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (Instrumento de adhesión de 12 de septiembre de 1973, *BOE*, núm. 109, de 7 de mayo de 1974). Entre otras cuestiones, plantea en su trabajo, introducir en el Derecho español la figura de la suspensión de la prescripción extintiva, incorporando un segundo apartado al artículo 1.969 del Código Civil, introduciendo posteriormente las causas de suspensión, cuya ubicación quedaría dispuesta después de las causas de interrupción, siguiendo el orden numeral del Código. El argumento que esgrime para ello es evitar discriminaciones entre los ciudadanos de los países que se hayan adherido al Convenio y que, a su vez, lo sean de la Unión Europea.

A modo de epílogo, y situándonos en nuestra situación normativa actual de la materia, quizá convenga recordar a JESÚS RUBIO (28), cuando señala que se debe tener en cuenta al interpretar cada norma —tanto en aquel Código de 1829, como el actual de 1885—, que la codificación mercantil precediera a la civil, y que SÁINZ DE ANDINO no pretendía otra cosa, cuando de normas materiales trataba, que resolver y aclarar problemas que la legislación común tenía en litigio.

JUAN MANUEL MURILLAS ESCUDERO
Profesor Asociado
Universidad de La Rioja

(27) Cfr. MAGDALENA UREÑA MARTÍNEZ, en *CCJC*, 48, 1320.

(28) Vid. RUBIO, *Sáinz de Andino y la codificación mercantil*, 1950, pág. 147.

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Tratados Internacionales y Derecho de la Unión Europea

1. *Asociación entre las Comunidades Europeas e Israel.*—El BOE del 4 de julio publica el Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Estado de Israel, por otra, hecho en Bruselas el 20 de noviembre de 1995.

2. *Convenio entre España y Rusia.*—El BOE del 6 de julio inserta el Convenio entre España y Rusia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia del Impuesto sobre la Renta y sobre el Patrimonio, hecho en Madrid el 16 de diciembre de 1998.

3. *Reglamento del Consejo de la UE sobre procedimientos de insolvencia.*—En el Boletín de Información del Colegio de Registradores de los meses julio-agosto, página 1749, se recoge el texto del Reglamento (CE) 1346/2000, del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia, aplicable a los procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor que impliquen el desapoderamiento parcial o total de este último y el nombramiento de un síndico.

4. *Reglamento del Consejo de la UE sobre documentos en materia civil o mercantil.*—En el mismo número de julio-agosto del Boletín de Información del Colegio de Registradores, en su página 1762, se inserta el Reglamento (CE) del Consejo, número 1348/2000, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

B) Leyes nacionales

1. Real Decreto-ley 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas fiscales urgentes de estímulo al ahorro familiar y a la pequeña y mediana empresa.

2. Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y de transportes.

3. Real Decreto-ley 5/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de contención del gasto farmacéutico público.

4. Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios.

5. Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

6. Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social.

C) Normas autonómicas

Asturias.—Ley de 23 de junio, sobre Cajas de Ahorro.

Cataluña.—Ley de 19 de junio, sobre pensiones periódicas.

Madrid.—Ley de 30 de junio, sobre Mutualidades de Previsión Social.

II. Información de actividades

1. Curso sobre «La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil»

Organizado por el Consejo General del Poder Judicial y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

Directores: Por parte del Consejo General del Poder Judicial: don ANTONIO ROMERO LORENZO, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Vigo (Pontevedra).

Por parte del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles: don JUAN CARLOS RAMÓN CHORNET, Registrador de la Propiedad de Carlet (Valencia).

Fechas: 18, 19 y 20 de octubre de 2000.

Lugar: Sede del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Príncipe de Vergara, 72. Madrid.

Contenido del Curso

Día 18 de octubre de 2000

10 horas Presentación del curso.

1.^a Ponencia: *Los títulos ejecutivos: la sentencia y los demás títulos ejecutivos. La ejecución provisional de las resolucio-*

nes judiciales. La ejecución en general: las partes de la ejecución y el tribunal competente.

Ponente: don CELESTINO SALGADO CARRERO, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 14 de Madrid.

12 horas 2.^a Ponencia: *La ejecución ordinaria: Requisitos y eficacia del embargo.*

Ponente: don RAFAEL ANTONIO RIVAS TORRALBA, Registrador de la Propiedad y Mercantil de Murcia 3, Merc. I.

16 horas 3.^a Ponencia: *La ejecución. El despacho de la ejecución. La oposición a la ejecución y la impugnación de actos de ejecución contrarios a la ley o al título ejecutivo. La suspensión y el término de la ejecución. Breve alusión a las tercerías.*

Ponente: don JOSÉ MANUEL SUÁREZ ROBLEDANO, Presidente de la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Madrid.

17,30 horas 4.^a Ponencia: *La ejecución ordinaria: La realización de los bienes y las inscripciones a practicar en el Registro de la Propiedad.*

Ponente: don GABRIEL GRAGERA IBÁÑEZ, Registrador de la Propiedad de Nules I (Castellón).

Día 19 de octubre de 2000

10 horas 1.^a Ponencia: *La ejecución dineraria: Disposiciones generales. El requerimiento de pago. El embargo de bienes: problemática y requisitos de la traba de bienes. El aseguramiento del embargo.*

Ponente: don MANUEL ALMENAR BELENGUER, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Pontevedra.

11,30 horas 2.^a Ponencia: *La ejecución hipotecaria: Presupuestos y desarrollo del procedimiento hasta la práctica de los correspondientes asientos registrales.*

Ponente: doña CRISTINA CARBONELL LLORENS, Registradora de la Propiedad de Viver (Castellón).

13,00 horas Visita a la Universidad de Alcalá de Henares.

Día 20 de octubre de 2000

- 10 horas 1.^a Ponencia: *La vía de apremio. Disposiciones generales de la realización de bienes embargados. La valoración de los bienes embargados. La realización de los bienes embargados: la subasta. Breve referencia a la administración para pago y a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados.*

Ponente: don ANTONIO PUEBLA POVEDANO, Presidente de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba.

- 12 horas 2.^a Ponencia: *La ejecución hipotecaria: La oposición a la ejecución, su significado, sus causas y sus efectos.*

Ponente: don JUAN CARLOS RAMÓN CHORNET, Registrador de la Propiedad de Carlet (Valencia).

Despedida del curso.

2. Seminario WPLA

Se ha celebrado este Seminario sobre seguridad jurídica, Registro de la Propiedad y Urbanismo en los días 28 a 30 de septiembre en Madrid, con el patrocinio de la Organización de Naciones Unidas y la CEE, con el siguiente programa:

Primera Sesión. Primera Parte:

Problemas de creación de mecanismos legales de seguridad en los mercados de inmuebles

Chairman: PAUL VAN DER MOLEN.

Moderator: FERNANDO DE LA PUENTE.

Speakers:

1.º «Los problemas de seguridad jurídica en el tráfico de inmuebles». BENGT KJELLSON.

2.º «La extensión de la seguridad jurídica a los datos físicos de las fincas». JENS WOLTERS.

3.º «Efectos jurídicos del Registro de la Propiedad». FLAVIUS BAIAS.

4.º «El contenido de la información que proporciona el Registro de la Propiedad. Extensión». JOSÉ SIMEÓN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ.

5.º «Problemas de creación de seguridad jurídica en el mercado de hipotecas». HENRY DEPEYRE.

Primera Sesión. Segunda Parte:

La construcción de un sistema eficaz de seguridad jurídica en el ámbito inmobiliario

6.º «El Registro de la Propiedad como institución al servicio de la sociedad: relaciones con las Administraciones Públicas y de Justicia». HELMUT AUER.

7.º «Requisitos jurídicos generales de un sistema eficaz de Registro de la Propiedad». LUIS MARÍA CABELLOS DE LOS COBOS.

8.º «Los costes de investigación y de mantenimiento en un sistema eficaz de seguridad jurídica». FERNANDO P. MÉNDEZ.

Visita a los Registros de la Propiedad de Madrid:

- Charla introductoria.
- Visita al servicio de índices.
- Visita a diferentes Registros de la Propiedad de Madrid.

Segunda Sesión. Primera Parte:

El proceso de urbanización y el Registro de la Propiedad

Chairman: BOZENA LIPEJ.

Moderator: JOSÉ SIMEÓN RODRÍGUEZ.

Speakers:

1.º «Identificación de los problemas de seguridad jurídica en los procesos de urbanización». MIRVJENA LAHA.

2.º «Sistemas de protección jurídica y urbanismo». RAFAEL ARNÁIZ.

3.º «Suelo urbano y política de vivienda». FERNANDO ACEDO.

Segunda Sesión. Segunda Parte:*Aspectos concretos de colaboración del Registro de la Propiedad a favor del urbanismo*

4.º «Divisiones ilegales de terrenos». VIACHESLAV VASILIEVICH OGORODNIKOV.

5.º «Construcciones ilegales». LOURENÇO MENDOÇA.

3. VIII Congreso Nacional de Derecho Agrario***«El Derecho Agrario entre la Agenda 2000 y la Ronda del Milenio»***

Días 16 y 17 de noviembre de 2000

Toledo

Organizan:

- Asociación Española de Derecho Agrario.
- Area de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha.

PONENCIAS**I. *El Derecho Agrario Comunitario en el marco de la negociación multilateral***

- «De la Agenda 2000 a la Conferencia de Seattle», por ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, Presidente de la Asociación Española de Derecho Agrario.
- «La política agraria común ante el reto de la globalización», por ALBERT MASSOT MARTÍ, Comisión de Agricultura y Desarrollo Rural del Parlamento Europeo, y LUIGI COSTATO, Catedrático de Derecho Agrario de la Universidad de Ferrara.

II. *Incidencias de la Agenda 2000 en el Derecho Agrario Interno y estrategias de futuro*

- «Pluralidad de fuentes, principio de subsidiariedad y competencias autonómicas en materia de agricultura», por LUIS ORTEGA ALVAREZ,

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

- «La tutela del territorio y su función como elemento de la empresa agraria», por AGUSTÍN LUNA SERRANO, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona.
- «El papel de las políticas de desarrollo rural», por CARLOS VATTIER FUENZALIDA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Burgos.
- «La aportación de la modulación al apoyo selectivo» (Mesa Redonda).

III. *El impacto de la Agenda 2000 en la agricultura de Castilla-La Mancha*

- «La organización común del mercado del vino», por PEDRO DE PABLO CONTRERAS, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Rioja, y MIGUEL OLMEDA FERNÁNDEZ, Catedrático de Economía, Sociología y Política Agraria de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- «Perspectivas de futuro para la agricultura y el mundo rural en Castilla-La Mancha», por JAVIER GARCÍA MARTÍN, Director General de Producción Agraria de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de Castilla-La Mancha.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 10 de julio de 2000.—INCONGRUENCIA *EXTRA PETITUM*.— Cuando el órgano judicial concede algo no pedido, implica un desajuste entre el fallo y las pretensiones de las partes. —Sala 2.^a—Ponente: Sr. Mendizábal Allende.

Antecedentes de hecho.—El día 28 de marzo de 1995 se presentó una demanda de juicio declarativo de menor cuantía por parte de doña Carmen Ferrer Viguer y otras, solicitando la nulidad de tres escrituras públicas de compraventa de acciones al portador de la entidad mercantil «La Maquinista Valenciana, S.A.», resultando demandada la actual recurrente de amparo, doña María Angeles Farinos Cordon. En el primer otrosí de la demanda se expresaba lo siguiente: «de conformidad con lo previsto en los artículos 1.419 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, interesamos la intervención y nombramiento de administrador judicial sobre las acciones de la mercantil «La Maquinista Valenciana, S.A.», objeto de esta litis». Admitida a trámite la demanda por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Liria, éste dispuso la incoación de la oportuna pieza separada de medidas cautelares, convocando a las partes, quienes efectuaron sus alegaciones y propusieron diferentes pruebas documentales, que fueron admitidas y que se incluyeron en la referida pieza separada. El Juez acordó rechazar la adopción de las medidas cautelares solicitadas por la parte demandante mediante Auto de fecha 24 de mayo de 1995, contra el que interpuso la parte actora recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, incoándose con el número 579/95, y resolviéndose mediante Auto de 5 de junio de 1996. La parte dispositiva de esta Resolución, en lo que aquí interesa, expresa literalmente lo siguiente:

«La Sección acuerda: Se estima en parte el recurso y se acuerdan las siguientes medidas: 1. La intervención judicial de la empresa «La Maquinista Valenciana, S.A.», procediéndose en ejecución de esta resolución al nombramiento de un interventor, para lo que se seguirán las normas procesales del nombramiento de peritos, que intervendrá la administración de la empresa, con las mismas facultades, derechos y obligaciones de los interventores en la administración de empresas sujetas a expedientes de suspensión de pagos.»

2. La demanda de amparo alega dos motivos para combatir el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, ambos fundamentados en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. Según el primero, la Audiencia habría incurrido en incongruencia por exceso, provocando indefensión. Este

vicio procesal se habría producido porque la parte actora en el proceso inicial ante la jurisdicción ordinaria había solicitado únicamente la intervención de las acciones objeto del litigio, en tanto que la resolución de la Audiencia acordó la intervención de la empresa «La Maquinista Valenciana, S.A.». Dado que ninguna de las partes pidió la medida cautelar adoptada por el Auto ahora impugnado, se habría infringido el artículo 359 LEC, que proclama el principio de congruencia, y, por lo tanto, se habría provocado indefensión.

El segundo motivo alegado por la recurrente de amparo se deriva del anterior y también se fundamenta en el artículo 24.1 CE. Consiste este motivo en que el Auto de la Audiencia Provincial despliega sus efectos sobre la compañía mercantil «La Maquinista Valenciana, S.A.», siendo así que esta entidad —con personalidad jurídica propia y diferente a la de sus accionistas— nunca ha sido parte en el pleito principal, no ha sido demandada. Por tal razón, dicha mercantil no ha podido hacer uso de su derecho a la tutela judicial efectiva, en defensa de sus legítimos derechos e intereses.

Por todo ello terminó pidiendo la estimación del amparo, y en el lugar correspondiente de la demanda se interesó la suspensión de la ejecución de la resolución judicial impugnada.

Fallo.—El Tribunal ha decidido otorgar el amparo solicitado por doña María Angeles Farinos Cordon y, en consecuencia:

1.º Reconocer que se le ha vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

2.º Restablecerle en ese su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad del Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, de 5 de junio de 1996, recaído en el recurso de apelación número 579/95, en pieza separada de medidas cautelares número 91/95, procedente del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Llíria.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior a su pronunciamiento para que la Audiencia resuelva de conformidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la recurrente.

Fundamentos jurídicos.—1. El presente recurso se interpone contra un Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, dictado en apelación contra otro anterior del Juez de Primera Instancia de Llíria que denegó la adopción de medidas cautelares en un procedimiento de juicio de menor cuantía sobre nulidad de determinadas escrituras públicas de compraventa de acciones de la compañía «La Maquinista Valenciana, S.A.», por la recurrente, demandada en el pleito. En la demanda de amparo se utiliza un doble fundamento, del cual sólo merece atención la sedicente tacha de incongruencia achacable a la decisión judicial que menoscaba el derecho a la tutela judicial efectiva de la actora, por lo que solicita que, otorgando el amparo que se interesa, sea dictada sentencia anulando el Auto recurrido y retro trayendo las actuaciones procesales al momento inmediatamente anterior a su pronunciamiento.

La representación causídica que ha comparecido en el presente recurso de amparo en nombre de las demandantes en el juicio de menor cuantía considera que no existe vulneración de derecho fundamental alguno. Por su parte, el Ministerio Fiscal estima que se ha producido la infracción del artículo 24.1 CE, al haber acordado la Audiencia la intervención judicial de la empresa «La Maquinista Valenciana, S.A.», cuando la medida cautelar que se pidió fue, en

efecto, el nombramiento de un administrador judicial sobre las acciones de dicha mercantil, incurriendo así en el vicio de incongruencia por exceso que ha determinado una discordancia entre lo efectivamente solicitado por las partes y lo que ha sido acordado por la Sala.

2. Delimitado así el objeto del proceso, es preciso comenzar examinando si concurre la incongruencia *extra petitum* y para resolver tal queja debemos partir de los términos en que la litis fue planteada por las partes en el juicio de menor cuantía ante el Juez de Primera Instancia. Doña María del Carmen Viguer Ferrer, doña Ana, doña Susana, doña Carmen, don Juan Ramón y doña Marta Climent Viguer, dirigieron su demanda contra quien hoy demanda amparo, doña María Angeles Farinos Cordón, pretendiendo que fuera declarada la nulidad de tres escrituras de compraventa de acciones de la compañía «La Maquinista Valenciana, S.A.», de las que ella es titular, en cuyo escrito, y por «otrosí», los actores pidieron al Juez que, entre otras, adoptara, como medida cautelar, «la intervención y el nombramiento de administrador judicial sobre las acciones de la mercantil «La Maquinista Valenciana, S.A.», objeto de esta litis, acordando la formación de la oportuna pieza separada, citando a las partes para comparecencia y dictando resolución, en su día, por la que se acuerde la intervención».

Según se desprende del estudio de las actuaciones, y tal como quedó planteada la litis en la primera instancia, el debate procesal entero giró en torno a si procedía la intervención y nombramiento de un administrador sobre esas acciones, como medida cautelar a adoptar con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1.419 LEC.

El Juez rechazó la adopción de la medida cautelar en Auto que apelaron los actores por perjudicial para sus intereses, solicitando de la Audiencia Provincial que decidiera sobre las medidas cautelares solicitadas en el inicial escrito de la demanda, entre las que figuraba, como se ha dicho, la intervención y administración de los títulos-valor propiedad de quien nos pide amparo. La entonces demandada se opuso a esa pretensión impugnándola, y en consecuencia suplicó la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución de la primera instancia donde se rechazaba la adopción de la medida cautelar controvertida.

3. La incongruencia por exceso o *extra petitum* es un vicio procesal que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones en el proceso. En tal aspecto constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al juzgador, en el proceso civil, donde ahora nos movemos, pronunciarse sobre aquellas peticiones que no fueron esgrimidas por las partes, a quienes se atribuye legalmente la calidad de verdaderos *domini litis* y conformar el objeto del debate o *thema decidendi* y el alcance del pronunciamiento judicial. Este deberá adecuarse a lo que fue objeto del proceso, delimitado a tales efectos por los sujetos del mismo (partes), por la súplica (*petitum*) y por los hechos o la realidad histórica que actúa como razón o causa de pedir (*causa petendi*). Ello no comporta que el Juez haya de quedar vinculado rígidamente al tenor literal de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo. Por un lado, el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el

fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque los litigantes no hubieren invocado; y, por otro lado, el juzgador sólo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente formuladas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia *extra petitem* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal o expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso.

Más concretamente, desde la perspectiva constitucional este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que, para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitem*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitem*), «suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes» (STC 20/1982, de 5 de mayo), de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales (SSTC 20/1982, de 5 de mayo; 86/1986, de 25 de junio; 29/1987, de 6 de marzo; 142/1987, de 23 de julio; 156/1988, de 22 de julio; 369/1993, de 13 de diciembre; 172/1994, de 7 de junio; 311/1994, de 21 de noviembre; 91/1995, de 19 de junio; 189/1995, de 18 de diciembre; 191/1995, de 18 de diciembre; 60/1996, de 4 de abril, entre otras muchas).

4. La incidencia en el caso de la doctrina expuesta conduce derechamente a la conclusión de que el Auto impugnado vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva como consecuencia de haber incurrido en vicio de incongruencia por exceso. Conviene tener en cuenta, al respecto, que la medida cautelar solicitada por los demandantes ante la jurisdicción civil no implicó otra cosa que la interpretación analógica del artículo 1.419 LEC, no una aplicación directa de su artículo 1.428, precepto este último que hubiera podido ofrecer una vía legal apropiada pero que no fue invocado por aquéllos. En tal sentido, cuando la Audiencia decidió la intervención de la empresa sin reducirla a las acciones, como se le había solicitado, no sólo estaba extralimitando el objeto del debate procesal, tal y como le había sido delimitado por las partes, sino que, dicho en otras palabras, estaba provocando una nueva consecuencia jurídica no prevista en la norma, según exige un correcto método analógico y, en definitiva, una infracción de la legalidad ordinaria que a su vez trasciende su ámbito propio para adquirir categoría constitucional por vulnerar el derecho fundamental a obtener una resolución judicial fundada en Derecho. En definitiva, resulta procedente anular el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, cuyo es el origen de la vulneración constitucional apreciada en esta nuestra sentencia.

II. Resoluciones de la Dirección General

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

POR FERNANDO CURIEL LORENTE

Registro de la Propiedad

Resoluciones de 19 de mayo y 25 de mayo de 2000
(*BOE de 3 de julio de 2000*)

RECURSO GUBERNATIVO. COMPUTO DEL PLAZO PARA INTERPONERLO.

Dada la naturaleza especial del procedimiento registral, nada impide que sea especial la forma de computar los plazos establecidos que, en el caso de la interposición del recurso gubernativo se inicia, según artículo 113 RH, el día de la fecha de la nota contra la cual se recurre.

Resolución de 29 de mayo de 2000
(*BOE de 3 de julio de 2000*)

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDACION DE TRACTO. FORMA DE EXPRESAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS CITACIONES.

El ámbito de calificación de los documentos judiciales, limitado en los términos señalados por el artículo 100 RH, no se extiende al cumplimiento de trámites procedimentales que no estén establecidos en interés o para el desenvolvimiento de los derechos inscritos que pudieran verse afectados por las results del procedimiento, como ocurre con la forma en que se realiza la citación prevista en la regla 3.ª del artículo 201 LH, en beneficio de la persona de quien proceden los bienes o de sus causahabientes, si fueren conocidos, a diferencia de la establecida en el artículo 202 LH en beneficio del titular registral o sus causahabientes, personas distintas por exigencias del propio supuesto de interrupción del tracto.

Resolución de 27 de mayo de 2000
(BOE de 27 de julio de 2000)

HIPOTECA. EJECUCION. CANCELACION DE CARGAS: EMBARGO POR CUOTAS DE COMUNIDAD EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

Aceptada por el recurrente la subsistencia de una anotación de embargo, extendida con posterioridad a la inscripción de hipoteca que se ejecuta, en cuanto a las cantidades que podrían gozar de la preferencia del artículo 9.5.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, que en la anotación se expresa, puede procederse a la cancelación de dicha anotación de embargo excepto en cuanto a la parte que asegura las cantidades cuya cancelación no solicita el recurrente (el Registrador pedía que el Juez concretara el alcance de la cancelación).

Resolución de 30 de mayo de 2000
(BOE de 27 de julio de 2000)

RECURSO GUBERNATIVO. FORMA DE LA NOTA DE CALIFICACION.

No es obstáculo para la admisión del recurso el que la nota de calificación recurrida, cuya autenticidad no se ha puesto en duda por el Registrador, no se haya extendido al pie del documento.

Resolución de 3 de junio de 2000
(BOE de 27 de julio de 2000)

HIPOTECA. UNILATERAL. CANCELACION.

No es bastante para la cancelación de una hipoteca constituida unilateralmente con la notificación al acreedor de la constitución de la hipoteca, para que desde entonces comience a contar el plazo de dos meses previsto en el artículo 141 LH, sino que es preciso que se advierta expresamente al acreedor que transcurridos dos meses sin que conste en el Registro la aceptación, la hipoteca podrá cancelarse a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó.

Resolución de 6 de junio de 2000
(BOE de 27 de julio de 2000)

ANOTACION DE DEMANDA. TRACTO SUCESIVO. HEREDEROS DEL TITULAR.

No procede la anotación de una demanda dirigida contra todos los herederos del titular registral, cuando tal circunstancia no resulta del mandamiento presentado.

Resolución de 12 de junio de 2000
(BOE de 27 de julio de 2000)

RECURSO GUBERNATIVO. PROCEDENCIA PESE AL CONSENTIMIENTO PARA LA INSCRIPCION PARCIAL. FORMA DE LA NOTA RECURRIDA.

La conformidad del interesado a una inscripción parcial no siempre implica renuncia a que el Registrador exprese los motivos de la denegación de la inscripción. La solicitud de inscripción de todos los pactos con trascendencia real implica que pueda ser recurrida la nota que expresa los pactos que no han sido inscritos, ya que esto significa que, a juicio del Registrador, carecen de trascendencia real.

Resolución de 5 de junio de 2000
(BOE de 28 de julio de 2000)

ANOTACION DE EMBARGO. CADUCIDAD: COMPUTO DEL PLAZO DE VIGENCIA.

La fecha de las anotaciones de embargo a que se refiere el artículo 86 LH, a efectos del cómputo del plazo de su vigencia es la fecha misma de la anotación y no la del asiento de presentación del mandamiento en virtud de la cual se practicó.

Resoluciones de 16 y 17 de junio de 2000
(BOE de 29 de julio de 2000)

RECURSO GUBERNATIVO. PROCEDENCIA PESE AL CONSENTIMIENTO PARA LA INSCRIPCION PARCIAL. FORMA DE LA NOTA RECURRIDA.

La conformidad del interesado a una inscripción parcial no siempre implica renuncia a que el Registrador exprese los motivos de la denegación de la inscripción. La solicitud de inscripción de todos los pactos con trascendencia real implica que pueda ser recurrida la nota que expresa los pactos que no han sido inscritos, ya que esto significa que, a juicio del Registrador, carecen de trascendencia real.

Resolución de 23 de junio de 2000
(BOE de 29 de julio de 2000)

ANOTACION DE EMBARGO. TRACTO SUCESIVO.

Dirigido el procedimiento de apremio contra quien en la actualidad figura como titular registral, debe procederse a la anotación del embargo ordenada, sin que puedan discutirse, por no haberse planteado, otras cuestiones (competencia de la Administración Tributaria para declarar la responsabilidad de bienes gananciales por deudas de uno solo de los cónyuges o para ejecutar

bienes pertenecientes a persona distinta del sujeto pasivo de la deuda o del responsable de la misma).

Resolución de 30 de junio de 2000
(BOE de 29 de julio de 2000)

ANOTACION DE EMBARGO. PROHIBICION DE DISPONER ENTIDAD ASEGURADORA.

No procede anotar el embargo trabado en el Juzgado de lo Social sobre bienes afectos a prohibición de disponer ordenada por D. G. Seguros, cfr. artículos 33 y 36, Ley 33/1984, de 2 de agosto, que implica su inembargabilidad.

Resolución de 22 de mayo de 2000
(BOE de 31 de julio de 2000)

USUFRUCTO. A FAVOR DE VARIAS PERSONAS. NUDA PROPIEDAD A FAVOR DE DOS DE ELLAS.

Aún cuando se adquiera la nuda propiedad por dos de las tres personas que adquieren al mismo tiempo el usufructo, no se produce la consolidación parcial del pleno dominio, puesto que se trata de dos cotitularidades distintas.

La constitución del usufructo a favor de varias personas simultánea y sucesivamente, hace innecesaria la determinación de la cuota correspondiente a cada una de ellas, dado que todos quedan llamados al todo.

Resoluciones de 13 y 14 de junio de 2000
(BOE de 31 de julio de 2000)

RECURSO GUBERNATIVO. PROCEDENCIA PESE AL CONSENTIMIENTO PARA LA INSCRIPCION PARCIAL. FORMA DE LA NOTA RECURRIDA.

La conformidad del interesado a una inscripción parcial no siempre implica renuncia a que el Registrador exprese los motivos de la denegación de la inscripción. La solicitud de inscripción de todos los pactos con trascendencia real implica que pueda ser recurrida la nota que expresa los pactos que no han sido inscritos, ya que esto significa que, a juicio del Registrador, carecen de trascendencia real.

Resolución de 20 de junio de 2000
(BOE de 31 de julio de 2000)

LICENCIA MUNICIPAL. VENTA DE CUOTA INDIVISA. ASIGNACION DE ESPACIO EXCLUSIVO.

La transmisión de una cuota indivisa de una finca con asignación del uso exclusivo de un espacio determinado implica una verdadera división cuando cada una de las partes es susceptible de constituir físicamente finca absolutamente independiente de las otras, estando sujeta por ello al requisito de la licencia municipal o a justificar la innecesariedad de la misma.

Resoluciones de 19, 26, 27, 28 y 29 de junio de 2000
(BOE de 1 de agosto de 2000)

LICENCIA MUNICIPAL. VENTA DE CUOTA INDIVISA. ASIGNACION DE ESPACIO EXCLUSIVO.

La transmisión de una cuota indivisa de una finca con asignación del uso exclusivo de un espacio determinado implica una verdadera división cuando cada una de las partes es susceptible de constituir físicamente finca absolutamente independiente de las otras, estando sujeta por ello al requisito de la licencia municipal o a justificar la innecesariedad de la misma.

Resolución de 15 de junio de 2000
(BOE de 1 de agosto de 2000)

RECURSO GUBERNATIVO. IDENTIDAD DE OBJETO CON OTRO ANTERIOR.

La posibilidad de presentar de nuevo un documento para que sea nuevamente calificado, cfr. artículo 108 RH, no puede desenfocarse de su finalidad hasta el punto de pretender que, interpuesto recurso contra la nota de calificación del documento y pendiente de resolución, se presente de nuevo el documento para volver a plantear la misma cuestión y en la misma sede. Con mayor motivo debe aplicarse esta doctrina si el recurso ya ha sido resuelto definitivamente.

Resolución de 3 de julio de 2000
(BOE de 24 de agosto de 2000)

PROPIEDAD HORIZONTAL. ACCESO A TRAVES DE FINCA COLINDANTE.

No es inscribible el título de constitución en régimen de propiedad horizontal de una casa, cuando uno de los departamentos tiene acceso a través de una casa colindante, aun cuando sea del mismo propietario, a no ser que se constituya una servidumbre de paso sobre la misma.

Resoluciones de 4, 5, 6, 7, 10, 11, 12 y 20 de julio de 2000
(BOE de 25 de agosto de 2000)

RECURSO GUBERNATIVO. PROCEDENCIA PESE AL CONSENTIMIENTO PARA LA INSCRIPCION PARCIAL. FORMA DE LA NOTA RECURRIDA.

La conformidad del interesado a una inscripción parcial no siempre implica renuncia a que el Registrador exprese los motivos de la denegación de la inscripción. La solicitud de inscripción de todos los pactos con trascendencia real implica que pueda ser recurrida la nota que expresa los pactos que no han sido inscritos, ya que esto significa que, a juicio del Registrador, carecen de trascendencia real.

Resolución de 13 de julio de 2000
(BOE de 25 de agosto de 2000)

ANOTACION DE EMBARGO. CADUCIDAD. ADJUDICACION POSTERIOR.

Caducada una anotación de embargo e inscrita la finca a favor de persona distinta del embargado, no puede procederse a la inscripción de la adjudicación en que el embargo desemboca por razón del tracto sucesivo, ya que el mandamiento de cancelación de cargas carece de virtualidad para cancelar la referida inscripción de dominio una vez caducada la anotación.

Resolución de 18 de julio de 2000
(BOE de 25 de agosto de 2000)

HIPOTECA. SUBROGACION CFR. L. 2/1994.

Aun cuando la escritura no exprese literalmente que el nuevo acreedor entrega una determinada cantidad en concepto de préstamo, ni su importe, ni su finalidad, puede desprenderse estas circunstancias del hecho de que se diga que el nuevo acreedor queda subrogado en el préstamo, y el deudor pasa a serlo de la nueva entidad, costando la cantidad que el nuevo acreedor ha transferido al antiguo acreedor.

Resolución de 19 de julio de 2000
(BOE de 25 de agosto de 2000)

TRACTO SUCESIVO.

No puede procederse a practicar la anotación preventiva de una prohibición de disponer impuesta sobre una finca perteneciente a una sociedad en procedimiento penal seguido contra otra, por razones de tracto sucesivo, aun cuando se exprese en el mandamiento que el querellado es socio de aquella sociedad.

Resolución de 17 de julio de 2000
(BOE de 26 de agosto de 2000)

RECURSO GUBERNATIVO. NO ES HABIL PARA CANCELAR ASIENTOS.

No es el recurso gubernativo el procedimiento adecuado para solicitar y obtener la cancelación de unos asientos por supuesta nulidad de la actuación del Registrador, por estar los asientos practicados bajo la salvaguardia de los Tribunales.

Registro Mercantil

Resolución de 23 de mayo de 2000
(BOE de 3 de julio de 2000)

ANOTACION DE DEMANDA. NULIDAD DE TRANSMISION DE ACCIONES POR CAUSA DE RETROACCION DE LA QUIEBRA.

Regido nuestro Registro Mercantil por el criterio de *numerus clausus* en cuanto a la materia susceptible de inscripción (arts. 16 y 22 del Código de Comercio, 94 y 175 RRM), dentro de la cual no se encuentra la constatación y protección sustantiva del tráfico jurídico sobre las acciones de una sociedad anónima, no es posible la anotación de una demanda de nulidad de la transmisión de acciones de una sociedad por estar comprendida en el período de retroacción de la quiebra y, además, dicha anotación carecería de sentido al no añadir protección adicional alguna. Las medidas judiciales cautelares deben adaptarse al régimen de legitimación y ley de circulación de las acciones, que opera al margen del Registro Mercantil, sin que pueda pretenderse que por el solo reflejo tabular queden alteradas las reglas de tráfico o las de legitimación para el ejercicio de los derechos sociales (Resoluciones de 27 y 28 de diciembre de 1990).

Resolución de 24 de mayo de 2000
(BOE de 3 de julio de 2000)

ADMINISTRADORES. RENUNCIA. REQUISITOS DE CONVOCATORIA DE JUNTA.

A efectos de inscripción de la renuncia del administrador único de una sociedad, se precisa la justificación por el dimisionario de que ha procedido a convocar adecuadamente la Junta que deberá provisionar su vacante, no resultando de los documentos presentados que los notificados son los únicos socios de la sociedad, ni que los domicilios de remisión son los consignados por ellos en el libro-registro de socios, extremos estos que deberfan consignarse en su día en el acta de la Junta y, en su caso, en la certificación que sirviera de cauce para la inscripción de los acuerdos que pudiera adoptar la Junta celebrada.

Resolución de 2 de junio de 2000
(BOE de 27 de julio de 2000)

TRANSFORMACION DE SRL EN SA. INFORME DE EXPERTO INDEPENDIENTE.

Es necesaria la incorporación del informe de un experto independiente por razón de aportaciones no dinerarias, en el caso de transformación de sociedad de responsabilidad limitada en sociedad anónima, salvo cuando de la escritura resulte la inexistencia de patrimonio social no dinerario o *in natura* [art. 89 LSRL, 231.1 LSA, 221.1.d) RRM], lo que no ocurre en el presente caso, en el que el balance presenta partidas que conforme al desglose legalmente establecido están integradas por elementos patrimoniales no dinerarios (inmovilizaciones financieras, deudores, acreedores a corto plazo).

Resolución de 22 de junio de 2000
(BOE de 27 de julio de 2000)

CONSTITUCION DE SOCIEDAD. EUROS. ADMINISTRADORES.

No es imprescindible la expresión de la equivalencia en euros del valor de las participaciones, por lo que tampoco es defecto que impida la inscripción la errónea expresión de esa equivalencia.

La determinación de la forma de ejercer la representación los varios administradores posibles es objeto de los Estatutos, y no puede remitirse a acuerdos de la Junta, ni siquiera aun cuando se limitara el acuerdo a elegir entre las diversas alternativas previamente configuradas en aquéllos.

Resolución de 8 de junio de 2000
(BOE de 29 de julio de 2000)

CONSTITUCION DE SOCIEDAD. CONSEJO DE ADMINISTRACION: QUORUM PARA SUS ACUERDOS.

No es inscribible el pacto relativo al «quórum» necesario para los acuerdos del Consejo que no deja a salvo los supuestos especiales de delegación de facultades del artículo 141.2 LSA, al que remite el artículo 71 LSRL, dado el carácter imperativo de estos preceptos.

Resolución de 9 de junio de 2000
(BOE de 29 de julio de 2000)

CONSTITUCION DE SOCIEDAD. CONSEJO DE ADMINISTRACION: QUORUM PARA SUS ACUERDOS.

No es inscribible el pacto relativo al «quórum» necesario para los acuerdos del Consejo que no deja a salvo los supuestos especiales de delegación de facultades del artículo 141.2 LSA, al que remite el artículo 71 LSRL, dado el carácter imperativo de estos preceptos.

Resolución de 24 de junio de 2000
(BOE de 1 de agosto de 2000)

JUNTA GENERAL. NECESIDAD DE CONSTITUCION VALIDA.

No son inscribibles los acuerdos contenidos en un acta en la que el Presidente de la Junta manifiesta que no está válidamente constituida, expresándose la disparidad de criterios de los socios sobre tal extremo.

Resolución de 14 de julio de 2000

(BOE de 26 de agosto de 2000)

ESTADO CIVIL. OMISION RESPECTO DE UN APODERADO.

La omisión de la expresión del estado civil del apoderado no puede considerarse defecto que impida la inscripción, por ser un dato irrelevante y no condicionar la eficacia del poder.

Registro Mercantil Central

Resolución de 10 de junio de 2000

(BOE de 29 de julio de 2000)

DENOMINACION, IDENTIDAD, IGUAL NOMBRE EN IDIOMA DIFERENTE. AUTORIZACION DE LA SOCIEDAD AFECTADA.

Cabe apreciar una clara similitud conceptual para el público medio y carece de suficiente virtualidad distintiva la denominación en idioma distinto pero con igual traducción al español, no siendo bastante la autorización, no suficientemente acreditada, de la sociedad cuya denominación aparece ya inscrita.

Registro de Buques

Resolución de 7 de junio de 2000

(BOE de 27 de julio de 2000)

REPRESENTACION, ACREDITACION MEDIANTE CERTIFICACION DEL REGISTRO MERCANTIL.

No es suficiente, para acreditar la vigencia de la representación alegada, la presentación de una certificación del Registro Mercantil de la que resulta la inscripción de la representación, pero también una nota de baja provisional de la sociedad, por lo que, no siendo la revocación de poder uno de los actos inscribibles pese a la baja, no se tiene la seguridad de que aquella representación sigue vigente, lo que hace necesaria la aportación de la escritura de apoderamiento.

F.C.L.

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

Por JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA y MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

IMPUESTO DE SOCIEDADES. CIERRE DEL FOLIO REGISTRAL.—*NO PUEDE INSCRIBIRSE EN EL REGISTRO MERCANTIL LA TRANSFORMACION DE UNA SOCIEDAD CUANDO SU HOJA REGISTRAL SE ENCUENTRA CERRADA POR HABER CAUSADO BAJA PROVISIONAL EN EL INDICE DE ENTIDADES DEL MINISTERIO DE HACIENDA. SEGUN LOS ARTICULOS 277 Y 278 DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO DE SOCIEDADES, NO SE PODRA PRACTICAR NINGUN ASIEN TO EN LA MISMA... «A EXCEPCION DE AQUELLOS QUE HAYAN DE CONTENER LOS ACTOS QUE SEAN PRESUPUESTO NECESARIO PARA LA REAPERTURA DE LA HOJA, O SEAN ORDENADOS POR LA AUTORIDAD JUDICIAL... EXCEPCION QUE, OBYIAMENTE, NO AMPARA LOS ACTOS AHORA DEBATIDOS... (CFR. ART. 96 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL)...» (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 9 DE FEBRERO DE 1999. BOE DE 26 DE FEBRERO DE 1999).*

JUNTA CONVOCADA. ANUNCIOS. PLAZO DE ANTELACION.—*EL PLAZO DE QUINCE DIAS, CONTEMPLADO POR EL ARTICULO 46.3 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA PARA LA CONVOCATORIA DE LAS JUNTAS, DEBE COMPUTARSE DE ACUERDO CON LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO PARA LAS SOCIEDADES ANONIMAS, EN SENTENCIAS DE 29 DE MARZO Y 21 DE NOVIEMBRE DE 1994; CONSIDERANDO COMO DIA INICIAL EL CORRESPONDIENTE AL DIA DE LA PUBLICACION DE LA CONVOCATORIA, EXCLUYENDOSE EL DE LA CELEBRACION DE LA JUNTA, QUE HAY QUE REFERIR AL FIJADO PARA LA PRIMERA CONVOCATORIA (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 9 DE FEBRERO DE 1999. BOE DE 26 DE FEBRERO DE 1999).*

RESOLUCION de 9 de febrero de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don David Elbás Treviño, en representación de la mercantil «Mid Electrónica, Sociedad Anónima», frente a la negativa del Registrador Mercantil V de Madrid, don Francisco Javier Navia-Osorio García-Braga, a inscribir determinados acuerdos sociales.

Hechos.—I. Por medio de escritura que autorizó el 19 de diciembre de 1995 el Notario de Móstoles, don Jesús-Rafael Beamonte Minguillón se elevaron a públicos los acuerdos adoptados por la Junta General extraordinaria universal de socios de la compañía mercantil «Mid Electrónica, Sociedad Anónima», consistentes, entre otros, en la Transformación en sociedad de responsabilidad limitada con aprobación del nuevo texto de los estatutos sociales. Dentro de éstos, el artículo 16 comienza diciendo: «La convocatoria de la Junta General deberá hacerse por el órgano de administración, con quince días de anticipación, por lo menos, y por carta certificada...»

II. Presentada copia de dicha escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «El Registrador Mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente, de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro

Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el siguiente defecto que impide su práctica: Suspendida la inscripción del precedente documento porque la Sociedad a que el mismo se refiere, figura dada de baja provisional en el Índice de Entidades del Ministerio de Hacienda, comunicada a este Registro a los efectos de lo previsto en los artículos 276 y 277 del Reglamento del Impuesto de Sociedades (art. 96 del Reglamento del Registro Mercantil). Se advierte, además, que el artículo 16 de los Estatutos establece un plazo para la convocatoria de la Junta que es inferior al señalado en el artículo 46.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Madrid, 8 de enero de 1996. El Registrador. Firma ilegible».

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 137 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades; 277 del Reglamento del mismo Impuesto de 15 de octubre de 1982; 46.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 96 del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo y 21 de noviembre de 1994, y las Resoluciones de 10 de julio y 6 de noviembre de 1995 y la de 15 de julio de 1998.

1. En el primero de los defectos de la nota recurrida se plantea el alcance del cierre registral previsto en el artículo 277 del anterior Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (Real Decreto 263/1982, de 15 de octubre). Se establecía en él que acordada la baja de una entidad en el índice que lleva la Administración Tributaria por incumplimiento de la obligación de presentar las declaraciones correspondientes a dicho impuesto y recibida en el Registro la notificación correspondiente en virtud de mandamiento del Delegado de Hacienda, se extendería una nota marginal en la hoja abierta a aquélla en la que se expresaría que si durante su vigencia se presentase algún documento para su inscripción, ésta no podría realizarse hasta que se diesen las circunstancias previstas en el artículo siguiente, donde se regulaba su cancelación.

Aun cuando la viabilidad de ese cierre registral, a modo de extraña sanción tributaria, era más que cuestionable por el propio rango de la norma que lo imponía, claramente enfrentada a otras que lo tienen superior, en especial el artículo 22.2 del Código de Comercio, no lo es en la actualidad, al igual que no lo era al tiempo de la calificación recurrida, desde el momento en que aparece recogido en el artículo 137 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Dada la interpretación restrictiva de que debe ser objeto toda norma sancionadora, el artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil exceptuó de la misma determinados supuestos, en concreto el de los asientos ordenados por la autoridad judicial y el de aquellos relativos a actos que fueran presupuesto necesario para la reapertura de la hoja registral.

En ninguno de ellos tiene encuadre el que es objeto del presente recurso: un acuerdo de Transformación de una sociedad, ni cabe acoger el argumento del recurrente de su carácter obligatorio o necesario ante la falta de adecuación de la sociedad, en su forma de anónima, a las nuevas exigencias de capital mínimo impuesto por la reforma legal, pues, como advierte el Registrador, en tal caso caben distintas opciones, entre las que la Transformación en otra forma social es tan sólo una de ellas. Es evidente que la inscripción del acuerdo de Transformación no cabe si se da el supuesto de aparecer en la hoja de la sociedad la nota marginal de cierre ordenada por el Delegado de Hacienda.

2. En segundo lugar, rechaza el Registrador la fórmula utilizada en los estatutos de la sociedad para fijar la antelación con que ha de realizarse la

convocatoria de la Junta General, que reza: «con quince días de anticipación por lo menos...», y ello por entender que la misma no garantiza un intervalo mínimo de quince días entre la fecha de la convocatoria y la prevista para que tenga lugar la reunión.

El artículo 46.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, base de la calificación recurrida, dispone que «entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la reunión deberá existir un plazo de, al menos, quince días». Por su parte, el artículo 97.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, al regular la misma materia y tras señalar como procedimiento la convocatoria la publicación de anuncios, establece la antelación de la misma con la fórmula «por lo menos quince días antes de la fecha fijada para su celebración». Ambas normas plantean problemas interpretativos similares, en concreto si los quince días de intervalo exigidos entre la publicación o comunicación de la convocatoria y la celebración de la junta excluyen de su cómputo esos días o si alguno de ellos puede tomarse en consideración a los mismos fines.

El Tribunal Supremo en sentencias de 29 de marzo y 21 de noviembre de 1994, y con relación a la segunda de las normas, se inclinó por entender que el día de la publicación ha de incluirse en el cómputo, basándose, fundamentalmente, en que en ese mismo día los accionistas podían tener conocimiento de la convocatoria y adoptar ya las medidas tendentes a hacer efectivos sus derechos en relación con la futura junta, tales como el de información o la atribución o preparación de su representación para la misma.

Ciertamente, la redacción de ambas normas permitiría defender distintas interpretaciones en cuanto al plazo exigido por cada una de ellas, pero este Centro Directivo, en su Resolución de 15 de julio de 1998, se ha inclinado por una uniforme, y siguiendo la que sentaran las de 10 de julio y 6 de noviembre de 1995, por las que se acomodaron anteriores criterios interpretativos al sentado por el Tribunal Supremo, entendió que la diferencia de redacción entre ambos preceptos carece de la suficiente entidad para enervar los argumentos de dicho Tribunal, máxime si se tiene en cuenta que ambas formas sociales coinciden en la estructura corporativa y que los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada y de los postulados o ideas rectoras que sirven de base a su regulación legal no exigen una interpretación diferente respecto al extremo debatido. Y sobre esta base ha de concluirse que la fórmula utilizada garantiza el intervalo temporal mínimo exigido por la ley.

Esta Dirección General ha acordado estimar particularmente el recurso en cuanto al segundo de los defectos, revocando en cuanto a él la nota y decisión apelada, y desestimarla en cuanto al otro.

Madrid, 9 de febrero de 1999.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Señor Registrador Mercantil V de Madrid.

COMENTARIO

La precedente Resolución viene a reiterar la doctrina de otras muchas anteriores, tanto en lo referente a la nota marginal de cierre decretada por la Hacienda Pública, como en lo relativo al plazo de antelación con que deben convocarse las juntas de las Sociedades Anónimas o Limitadas.

I. NOTA MARGINAL DE CIERRE REGISTRAL

La Ley del Impuesto sobre Sociedades prevé la extensión de una nota marginal que produce el efecto de cerrar el folio de la sociedad a la práctica de todo asiento como sanción por impago del citado impuesto. Con ello se paraliza la vida registral de la sociedad mientras ésta no regularice su situación fiscal.

Es de resaltar, además, que recientemente ha sido modificado el primitivo régimen de esta nota de cierre de carácter fiscal, que venía regulada en el artículo 277 del Reglamento (1) del Impuesto de Sociedades y se contemplaba también en el artículo 96 del Reglamento del Registro Mercantil, admitiendo como excepciones (2) a dicho cierre: «los asientos ordenados por la autoridad judicial o aquéllos que hayan de contener los actos que sean presupuesto necesario para la reapertura de la hoja, así como los relativos al depósito de las cuentas anuales».

Existen ya cuatro Resoluciones que sirven de precedente a la que ahora comentamos:

— 4 de febrero de 1987, dictada en aplicación del mismo precepto del Reglamento del Impuesto de Sociedades, aunque el extremo que se discutía en ella —por empeño del recurrente en considerarlo así— era si este cierre suponía una causa de disolución de la sociedad no prevista en el artículo 150 de la Ley de Sociedades Anónimas entonces vigente. Como es natural, la Resolución que se dictó rechazó tan disparatada (y sesgada) argumentación por motivos que ahora no interesan, precisando los efectos de este «cierre fiscal» de la siguiente manera: «Es evidente que la imposibilidad provisional de practicar cualquier asiento en la hoja abierta a una sociedad no implica extinción de la misma... puede realizar los actos propios del giro o tráfico de la empresa: adquirir y transmitir derechos y contraer nuevas obligaciones; demandar y ser demandada... Únicamente cabe hablar de exclusión registral temporal de cualquier modificación en su estructura y características o cualquier renovación en la composición de sus órganos funcionales».

— 7 de mayo de 1997, a cuyo tenor: «...Los artículos 277 y 278 del Reglamento del Impuesto de Sociedades... y el artículo 137 de la Ley del Impuesto de Sociedades de 27 de diciembre de 1995... son concluyentes al respecto; una vez que se ha notificado al Registrador Mercantil la baja provisional, no podrá practicar ningún asiento en la hoja abierta a la sociedad afectada, a excepción de aquéllos que hayan de contener los actos que sean presupuesto necesario para

(1) Este artículo 277 del Reglamento del impuesto, a su vez, desarrollaba la disposición contenida en el artículo 29 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, reguladora del mismo antes de la reforma vigente; sus términos eran bastante similares a los de la Ley actual: «...Una vez recibida la notificación [de la baja provisional decretada por el Delegado de Hacienda], el Registro Mercantil procederá a extender en la hoja abierta a la Sociedad una nota marginal en la que hará constar que, en lo sucesivo, no podrá realizarse ninguna inscripción por la Sociedad sin la presentación simultánea de la declaración de alta en el índice de Entidades».

(2) En el texto del artículo 96 del Reglamento del Registro Mercantil, de 29 de diciembre de 1989, vigente cuando se extendió la nota a que se refiere este recurso, no se contemplaban los depósitos de cuentas; con esta salvedad, el contenido del precepto, así como su ordinal, son los mismos en el Reglamento actual de 19 de julio de 1996.

la reapertura de la hoja, o sean ordenados por la autoridad judicial (cfr. art. 96 RRM)...»

— 23 de enero de 1998. *No puede inscribirse en el Registro Mercantil la transformación de una sociedad cuando su hoja registral se encuentra cerrada por haber causado baja provisional en el Índice de Entidades del Ministerio de Hacienda. Según los artículos 277 y 278 del Reglamento del Impuesto de Sociedades, no se podrá practicar ningún asiento en la misma... «a excepción de aquéllos que hayan de contener los actos que sean presupuesto necesario para la reapertura de la hoja, o sean ordenados por la autoridad judicial... excepción que, obviamente, no ampara los actos ahora debatidos... (cfr. art. 96 RRM)».*

— 31 de agosto de 1998. *No puede inscribirse la disolución de la sociedad ni el nombramiento de liquidador, cuando su hoja registral se encuentra cerrada por haber causado la baja provisional en el Índice de Entidades del Ministerio de Hacienda, prevista en los artículos 277 y 278 del Reglamento del Impuesto de Sociedades... «...el asiento ahora pretendido no es uno de los que, según el artículo 96 RRM, puede extenderse después de practicado el cierre provisional cuestionado».*

La vigente Ley del Impuesto de Sociedades, de 27 de diciembre de 1995, que regula esta nota en su artículo 137, no contempla las excepciones del Reglamento del Registro Mercantil que acabamos de examinar, puesto que dice terminantemente: «...El acuerdo de baja provisional será notificado al registro público correspondiente, que deberá proceder a extender en la hoja abierta a la entidad afectada una nota marginal en la que se hará constar que, en lo sucesivo, no podrá realizarse ninguna inscripción que a la misma concierna sin presentación de certificación de alta en el índice de entidades».

Pese a que el Reglamento del Registro Mercantil es norma posterior, la Ley del Impuesto debe prevalecer, por su rango superior, sobre el artículo 96 citado, y por tanto, habrá que entender que el cierre registral impuesto por esta Ley no admite verdaderamente más excepciones que los asientos ordenados por la Autoridad Judicial, no pudiendo practicarse ningún otro asiento relativo a estas sociedades, aunque se alegue que es presupuesto necesario para aquella reapertura, mientras no se acompañe la certificación de alta expedida por Hacienda que exige dicho artículo 137 de la Ley de 27 de diciembre de 1995.

En cuanto al depósito de cuentas, los términos del precepto reglamentario lo excluyen de esta sanción; en cuanto al citado artículo 137 de la Ley del Impuesto, también deberemos entender que no prohíbe dicho depósito, puesto que se habla de inscripciones y las operaciones de constitución de estos depósitos sólo tienen de común con las inscripciones propiamente dichas al estar sujetas a la función calificadora del Registrador; fuera de ello, el susodicho depósito es, como su propio nombre indica, una actividad puramente material.

A mayor abundamiento, el hecho de que la falta de dicho depósito provoque también otra causa de cierre del Registro, complicaría extraordinariamente la reapertura del folio correspondiente a estas sociedades, aparte de perjudicar la publicidad formal del Registro, privando a los terceros del conocimiento de dichas cuentas por virtud de la aplicación —que se nos antojaría excesivamente rigorista— de una sanción administrativa, ya de por sí muy perturbadora para la publicidad registral.

II. PLAZO PARA CONVOCAR LAS JUNTAS

También ésta es una cuestión ampliamente tratada por recientes Resoluciones que han modificado el anterior criterio interpretativo que venía siguiendo la Dirección General de los Registros, a raíz de la nueva postura adoptada por el Tribunal Supremo en las sentencias de 29 de marzo y 21 de noviembre de 1994.

STS de 29 de marzo de 1994. El cómputo del plazo de antelación de las convocatorias de Junta se realiza considerando como día inicial el correspondiente al día de la publicación de la convocatoria, excluyéndose el de la celebración de la junta, que hay que referir al fijado para la primera convocatoria.

«...La fecha de la celebración de la Junta no procede ser incluida en el cómputo de los quince días... El plazo legal y mínimo de los quince días anteriores a que se refiere el artículo 97.1 de la LSA, surge de la misma publicación del acuerdo convocante, por lo que se identifica en su día inicial... A la misma conclusión... se llega, partiendo de la fecha señalada para la Junta... hacia atrás... De esta manera se cumple con efectividad las previsiones del adverbio “antes” que contiene el precepto... La prórroga del cómputo del plazo al día siguiente de la inserción en las publicaciones... carece del debido amparo legal expreso y de lógica jurídica...»

STS de 21 de noviembre de 1994. Afirma lo mismo: el cómputo del plazo de antelación de las convocatorias de Junta se realiza considerando como día inicial el correspondiente al día de la publicación de la convocatoria, excluyéndose el de la celebración de la junta, que hay que referir al fijado para la primera convocatoria; de modo que una Junta convocada por anuncios publicados el día 12 de septiembre y celebrada el 27 del mismo mes en primera convocatoria cumple perfectamente el requisito que exige la Ley de Sociedades Anónimas de haberse convocado con quince días de antelación.

«...El plazo de los quince días surge desde la publicación... tratándose de un plazo legal cuya cuenta debe efectuarse hacia atrás para cumplir las previsiones del adverbio “antes” que refiere el referido precepto artículo 53.1 (hoy 97) de la LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS y no contradice el artículo 5.1 del Código Civil que se refiere a los plazos señalados por días, pero a contar de uno determinado, como ratifica también su artículo 1.130...»

Resolución de 10 de julio de 1995. «...El primero de los defectos recurridos no puede ser mantenido, habida cuenta de la doctrina que al respecto han sentado las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo y 21 de noviembre de 1994, según la cual, el día inicial debe incluirse en el cómputo (criterio contrario al sostenido por este Centro en sus Resoluciones de 9 y 10 de marzo y 10 y 14 de junio de 1993), y del papel complementador del ordenamiento jurídico que a la doctrina reiterada de este Tribunal corresponde (vid. art. 1.6 del Código Civil)...»

Resolución de 6 de noviembre de 1995. El plazo de quince días, contemplado por el artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas, para la convocatoria de las juntas, debe computarse de acuerdo con los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en sentencias de 29 de marzo y 21 de noviembre de 1994: «El cómputo del plazo de antelación de las convocatorias de Junta se realiza considerando como día inicial el correspondiente al día de la publicación de la convocatoria, excluyéndose el de la celebración de la junta, que hay que referir al fijado para la primera convocatoria».

Resolución de 15 de julio de 1998. Extiende la misma doctrina a las Sociedades de Responsabilidad Limitada:

El plazo de quince días, contemplado por el artículo 46.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, para la convocatoria de las juntas, debe computarse de acuerdo con los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en sentencias de 29 de marzo y 21 de noviembre de 1994: «El cómputo del plazo de antelación de las convocatorias de Junta se realiza considerando como día inicial el correspondiente al día de la publicación de la convocatoria, excluyéndose el de la celebración de la junta, que hay que referir al fijado para la primera convocatoria... Esta postura jurisprudencial ha sido posteriormente adoptada por este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 10 de julio y 6 de noviembre de 1995)... y es la interpretación que debe mantenerse también en la aplicación del artículo 46.3 LSRL, toda vez que la diferencia entre el tenor de tal precepto y el del homólogo de la LSA carece de suficiente entidad para enervar los argumentos del Tribunal Supremo antes referidos».

Concluyo reproduciendo algunas de las consideraciones que ya formulé al comentar esta última Resolución:

Aunque por razones de orden práctico y de lógica institucional debe aplicarse el mismo criterio interpretativo a los plazos contemplados, respectivamente, en los artículos 97 de la Ley de Sociedades Anónimas, y 46 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. No debemos olvidar que el propósito del legislador de la Ley de Limitadas fue precisamente zanjar una polémica que entonces estaba en plena efervescencia, dando al artículo 46 de aquella Ley una redacción más explícita que la del artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas, siempre a efectos de mantener la doctrina tradicional, a tenor de la cual debían incluirse del cómputo tanto el primero como el último día de aquel plazo. No carece de fundamento, por tanto, la tesis mantenida por el Registrador en el recurso, porque se atiende escrupulosamente a lo que el legislador quiso realmente decir.

Como quiera que el Tribunal Supremo modificó su Jurisprudencia poco antes de promulgarse la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, obligando a la Dirección General a modificar también su criterio, quedó frustrado aquel propósito del legislador de Ley 2/1995, haciendo necesario reconducir la interpretación del artículo 46 de dicha Ley para darle el mismo sentido que actualmente se da al artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas, puesto que la estructura corporativa y los principios configuradores de ambos tipos sociales son muy similares en estos aspectos.

Aquella frustración de los propósitos del legislador es comentada por BISBAL (3), señalando que la aplicación del criterio tradicional dio lugar a numerosos recursos gubernativos, muchos de los cuales continuaron luego ante los Tribunales de Justicia:

«...Por lo que se refiere a la antelación con la que debe ser hecha la convocatoria (esto es, al plazo que debe transcurrir entre la fecha en que se publique el anuncio de ésta o, en su caso, entre la fecha en que hubiere sido

(3) JOAQUIM BISBAL MÉNDEZ, *Tratado de la Sociedad Limitada*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, págs. 685 y 686. Obra coordinada por CÁNDDIDO PAZ-ARES.

remitido el anuncio al último de los socios y la fecha de celebración de la reunión), la nueva LSRL, a diferencia de la de 1953, y a semejanza de la LSA, fija un plazo mínimo e indisponible: quince días. Ahora bien, la fórmula empleada para expresar su cómputo difiere de la que emplea el artículo 97.1 de la LSA. Si en éste se dice que el anuncio deberá publicarse «por lo menos quince días antes de la fecha fijada para su celebración», el artículo 46.3 de la LSRL dice, en cambio, que «entre la convocatoria y la fecha prevista para su celebración deberá existir un plazo de, al menos, quince días».

Esta última expresión de la nueva LSRL se ajusta más al modo en que la DGRN había venido interpretando el artículo 97.1 de la LSA. En efecto, la finalidad de ese artículo, repetía incansablemente el Centro Directivo, *«es asegurar la existencia de un margen temporal de quince días al menos, entre los momentos de publicación del anuncio y de reunión de la junta»*; por otro lado, advertía a sus objetores, no es aplicable el artículo 5 del Código Civil, ni siquiera contando el plazo en *«sentido retrospectivo»*. Y concluía, ni el día del anuncio, ni el día de la reunión, *«pueden formar parte de dicho lapso»*. Ahora bien, esta regla no está expresada en la nueva LSRL, y, por tanto, si no queremos reabrir una polémica que nunca debió producirse, más vale que no lo sigamos.

En efecto, la nueva LSRL, creo que bienintencionadamente, ha querido redactar la expresión del plazo mínimo en concordancia, como decimos, con la interpretación dada por la DGRN al artículo 97.1 de la LSA, a fin de que en este extremo no hubiesen diferencias entre ambas leyes. Pero lo ha hecho con mala fortuna, en el momento preciso en que el TS acababa de reforzar su doctrina contraria (SSTS de 29 de marzo y 21 de noviembre de 1994). A juicio del Alto Tribunal no cuenta el día de la celebración de la reunión, ciertamente, pero cuenta el del anuncio, porque la publicación, en términos del TS: *«genera el efecto pretendido de dar conocimiento público de la convocatoria [...] de tal manera que el plazo legal y mínimo de los quince días anteriores surge de la misma publicación del acuerdo convocante, por lo que se identifica en su día inicial»*. Esta doctrina ha sido acatada finalmente por la DGRN (RDGRN de 10 de julio de 1995), rectificando, de esta forma, el criterio que venía manteniendo.

Pues bien, si así están las cosas, mejor será que no volvamos sobre la cuestión y concluyamos abruptamente diciendo que el artículo 46.3 de la LSRL debe interpretarse del modo siguiente: son quince días, por lo menos, sin contar el de la celebración, pero contando el del anuncio. De esta forma estaremos defendiendo algo que cabe perfectamente en el significado de ese artículo, rendiremos un pequeño homenaje a las cinco sociedades, cuando menos, que vieron cómo se declaraba la nulidad de sus juntas por creer, como cree firmemente el TS, que el día del anuncio entraba en el cómputo, y evitaremos introducir una divergencia con la norma aplicable a la sociedad anónima, que podría acercarnos al ridículo.

SOCIEDAD LIMITADA. LIQUIDACION.—PARA INSCRIBIR LA LIQUIDACION DE LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA NO SON EXIGIBLES: NI LA PUBLICACION DEL BALANCE FINAL DE LIQUIDACION, NI EL DEPOSITO DE SUS LIBROS DE COMERCIO EN EL REGISTRO MERCANTIL (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 12 DE FEBRERO DE 1999. BOE DE 3 DE MARZO DE 1999).

RESOLUCION de 12 de febrero de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Marcelino Díaz Rodríguez, en representación de «Limpiezas Industriales Diser, Sociedad Limitada», frente a la negativa de la Registradora Mercantil IV de Madrid, doña Eloísa Bermejo Zofío, a inscribir la liquidación de una sociedad.

Hechos.—I. En escritura autorizada el 10 de octubre de 1995 por la Notaria de Madrid doña María Jesús Guardo Santamaría, se formalizaron los acuerdos de la Junta General extraordinaria de «Limpiezas Industriales Diser, Sociedad Limitada», de disolución de la sociedad, nombramiento de Liquidadores, aprobación del balance final y la distribución del activo resultante.

II. Presentada copia de dicha escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «El Registrador Mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio, y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado los siguientes defectos que impiden su práctica: Defectos: Deben acompañarse los preceptivos anuncios (art. 212 del Reglamento del Registro Mercantil). En el plazo de dos meses a contar de esta fecha, se puede interponer recurso gubernativo de acuerdo con los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Madrid, 21 de noviembre de 1995. El Registrador». Sigue la firma.

III. Don Marcelino Díaz Rodríguez, como Liquidador de la sociedad, interpuso recurso gubernativo frente a la anterior calificación, alegando: Que la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, entró en vigor el 1 de junio siguiente, por lo que es de aplicación al presente supuesto; que en dicha Ley no se exige ninguna de las obligaciones formales exigidas en la nota de calificación, resultando, además, de su exposición de motivos la voluntad del legislador de flexibilizar y abaratar el régimen de las sociedades limitadas frente al de las sociedades anónimas, separándose del anterior en que la remisión a la normativa de las últimas implicaba la aplicación en parte de su especial régimen jurídico; que por tanto no pueden aplicarse las normas comunes del Reglamento del Registro Mercantil en contra de la letra y el espíritu de la nueva Ley, y que todo ello viene respaldado por la derogación de la Ley de 17 de julio de 1953, lo que ha de llevar a entender derogadas las reglamentarias que la desarrollaban.

IV. La Registradora decidió desestimar el recurso y mantener su nota, fundándose en que la duda que suscita la vigencia de determinadas normas del Reglamento del Registro Mercantil, tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, debe resolverse en favor de su aplicabilidad en tanto no sean contrarias a la nueva norma legal, al menos en aquellos puntos en que exista un «vacío legal» que el Reglamento completa en tanto un nuevo Reglamento desarrolle las reformas introducidas por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

V. El recurrente se alzó frente a la decisión de la Registradora entendiendo que la misma es contradictoria al aplicar una norma reglamentaria a un «vacío legal», dado que la Ley no remite a un posterior desarrollo reglamentario, sino que establece una normativa nueva y distinta de la anterior a la que no pueden aplicarse normas reglamentarias dictadas en desarrollo de la Ley derogada.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 30.2 del Código de Comercio, 275.1 y 278 de la Ley de Sociedades Anónimas, y 212 del anterior Reglamento del Registro Mercantil.

1. Para resolver las cuestiones planteadas en el presente recurso se ha de partir del momento en que tuvo lugar la calificación recurrida, una vez promulgada y en vigor la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y vigente aún el texto del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre. Establecía el artículo 212 de este último, en su apartado 1.º, que en el asiento de cancelación de la sociedad, sin referencia a ningún tipo concreto, se hará constar que se encuentran depositados en el propio Registro Mercantil, los libros de comercio, la correspondencia, la documentación y los justificantes concernientes a su tráfico, imponiendo al Registrador la obligación de conservarlos durante seis años; en tanto que en su apartado 2.º, con referencia ya a las Sociedades Anónimas de Responsabilidad Limitada y comanditarias por acciones, que en la escritura a presentar se haría constar, entre otros extremos, que ha sido aprobado y publicado en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de mayor circulación en el lugar del domicilio social, el balance final de liquidación, acreditando la fecha de las respectivas publicaciones. A la necesidad de cumplir con ambas exigencias se refiere la nota recurrida.

2. Pues bien, en lo que se refiere a las Sociedades de Responsabilidad Limitada, ninguna de ellas estaba suficientemente justificada vigente su anterior régimen jurídico. En cuanto a la segunda, la exigencia de publicación del balance final de liquidación suponía una clara extralimitación, pues tal publicación no aparece impuesta por ninguna de las normas del Código de Comercio relativas a la liquidación de las compañías mercantiles a las que se remitía el artículo 32 de la Ley de 17 de julio de 1953. Y por lo que respecta a la primera, el depósito de los libros de comercio y demás documentación de su tráfico en el Registro Mercantil, por cuanto no sólo faltaba una norma de rango legal que la amparara, sino que parecía contrariar a lo dispuesto en el artículo 30.2 del Código de Comercio que impone a los Liquidadores la obligación de conservarlos en caso de disoluciones, y que dado el carácter general de la norma tan sólo cabe entenderla excepcionada para las sociedades anónimas en virtud de lo dispuesto en el artículo 278 de su Ley especial, o para las comanditarias por acciones en virtud de la remisión contenida en el artículo 152 del propio Código de Comercio. Ciertamente puede interpretarse aquella norma en un sentido estrictamente literal, entendiendo que la referencia a sociedades disueltas en lugar de liquidadas limita la obligación que impone a los Liquidadores al período que dure la liquidación, pero tal interpretación choca con el propio concepto de conservar, siendo así que los Liquidadores están obligados a llevar los libros, así como con la propia sistemática del precepto que en el apartado en que se regula el supuesto se contempla en general el cese de la empresa, incluido el fallecimiento del empresario individual.

3. Vigente la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada han de confirmarse las anteriores consideraciones. En ella, si bien se exige la aprobación del balance final de liquidación y su incorporación a la escritura en que se formalice la extensión de la sociedad (cfr. arts. 118 y 121), no se impone, a diferencia de lo que hace el artículo 275.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, que se le dé una determinada publicidad, ni puede hacerlo una norma reglamentaria. Y en cuanto al depósito de la documentación social en el Registro Mercantil tampoco existe norma legal que así lo disponga. Es cierto que una solución como la que, con posterioridad, ha incorporado en su último párrafo el artículo 247 del Reglamento del Registro Mercantil en su reforma llevada a cabo por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, extensiva a todas las formas societarias, es lógica en cuanto tiende a dejar claro a través de los asientos registrales quién asume la responsabilidad de custodia temporal de los libros de la sociedad disuelta, pero tal solución, más flexible que la que imponía con anterioridad y no claramente enfrentada a lo que dispone el Código de Comercio, no podía exigirse en el momento en que la calificación recurrida tuvo lugar, ni en los términos de depósito necesario que en la nota recurrida se exigía.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso, revocando la nota y decisión del Registrador.

Madrid, 12 de febrero de 1999.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Señora Registradora Mercantil de Madrid, número IV.

COMENTARIO

Desde luego, una vez que ha entrado en vigor la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Ley 2/95, de 23 de marzo), carece por completo de sentido imponer el cumplimiento de formalidades reglamentarias que, estando previstas en el antiguo Reglamento del Registro Mercantil del año 1989 para otros tipos sociales, solamente podrían justificar su aplicación para las sociedades limitadas con carácter provisional, en tanto no se aprobase la nueva Ley reguladora de las mismas.

Es de advertir que la Resolución objeto del comentario va todavía más lejos: afirma rotundamente que ni siquiera cuando estaba vigente la anterior Ley reguladora, de 17 de julio de 1953, podían exigirse la publicación del balance final de liquidación ni el depósito de los libros de comercio en el Registro Mercantil para inscribir la liquidación de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

En efecto, el artículo 177 del Reglamento del Registro Mercantil de 1989 declaraba aplicables a las Limitadas los preceptos de dicho Reglamento relativos a las Anónimas, pero solamente «*en cuanto lo permita su específica naturaleza*»; de modo que no establecía una remisión en bloque al régimen reglamentario del otro tipo social, ni tampoco declaraba una supletoriedad general del mismo, y mucho menos, como se ha malinterpretado a veces, que por la vía de aquella remisión puramente reglamentaria se pudiese llegar al extremo de aplicar a las Limitadas la regulación contenida en la Ley de Anónimas.

Estas extralimitaciones a la hora de aplicar la remisión del artículo 177 desorbitan completamente el alcance y significado del propio Reglamento del Registro Mercantil, que no es ni puede ser una norma sustantiva, sino la norma que desarrolla el modo de acreditar ante el Registro y de quedar reflejado en éste, el cumplimiento de los trámites y requisitos previstos en determinadas normas con rango de Ley, reguladoras de los diferentes sujetos inscribibles.

En definitiva, la discutida remisión no tiene más alcance que el propio de una mera aplicación analógica y solamente en aquellos extremos en los que la Ley de 1953 impusiere requisitos o formalidades para cuyo cumplimiento fuese preciso —y faltare— el oportuno desarrollo reglamentario, pero no autorizaba el agravamiento o imposición de nuevos requisitos que dicha Ley de 1953 (o el Código de Comercio, que se aplicaba supletoriamente en sede de disolución y liquidación, según el art. 32 LSRL) no hubiesen previsto expresamente.

Una consideración final: está muy bien que las resoluciones proclamen una interpretación más ortodoxa del Reglamento del Registro Mercantil y nos recuerden que no es una norma de derecho sustantivo, pero lo cierto es que los diferentes Reglamentos que han ido sucediéndose durante la historia de esta institución siempre han contenido numerosas normas sustantivas, que así se han venido aplicando sin el menor reparo. Un claro ejemplo de ello lo constituye el artículo 145 y la interpretación que del mismo viene haciendo —en contradicción con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo— nuestro Centro Directivo, como veremos en el comentario a la Resolución que sigue cronológicamente a ésta de 15 de febrero de 1999.

También debemos recordar que el primer reconocimiento legislativo de la Sociedad de Responsabilidad Limitada vino dado por el Reglamento del Registro Mercantil del año 1919, en su artículo 108. Otro caso de normas reglamentarias de marcado carácter sustantivo son las que regulan la reactivación o la cesión global de activo y pasivo, y que extienden a las sociedades anónimas (cuya Ley no las contempla) la misma regulación prevista en la Ley de Limitadas para las de este tipo social. Resalto el hecho de que la regulación reglamentaria no se limita a lo accesorio, entrando en requisitos de tipo sustantivo como son el derecho de oposición de acreedores y terceros, el número de anuncios a publicar, o incluso, ¿por qué no?, la posibilidad misma de aplicar estas figuras en sede anónima.

Ruego al lector que examine detenidamente los artículos 242 y 246 del Reglamento del Registro Mercantil y trate de averiguar qué normas de la Ley de Sociedades Anónimas desarrollan. ¿De dónde ha sacado el legislador reglamentario que para la cesión global del activo y pasivo en una Anónima basta con dos anuncios (art. 246.2.1.ª RRM)? La regulación sustantiva contemplada en la Ley de Anónimas para las modificaciones estructurales —del tipo fusión o escisión— es bastante compleja y su diferencia con la Ley de Limitadas no se limita al número de anuncios. ¿Es correcto que para la cesión global, que guarda evidente analogía con estas otras modificaciones estructurales, el legislador reglamentario se permita la «licencia» de extender a los demás tipos sociales la regulación propia de las sociedades limitadas, cuando lo procedente hubiera sido aplicar analógicamente los artículos 234 y siguientes de la LSA?

En sus últimas líneas, la Resolución comentada trata de salvar la evidente contradicción que existe entre sus razonamientos y el hecho de que los redac-

tores del Reglamento vigente hayan vuelto a equivocarse y contemplen, otra vez de manera indistinta para las Anónimas y las Limitadas, el depósito de los libros en el Registro Mercantil, sin caer en la cuenta de que, en las anónimas, es obligatorio depositarlos porque así lo dice el artículo 278 LSA, derogando la norma del artículo 30 del Código de Comercio. En las Sociedades Limitadas, como su Ley reguladora no dice nada, prevalece la norma general del citado artículo 30, número 2: el liquidador está obligado a conservarlos en su poder durante seis años.

Resulta ingenuo que se reproche al Registrador el haberse extralimitado en la interpretación del Reglamento (por más que en este caso el reproche sea justo), y dos párrafos más abajo se quiera encubrir uno de los muchos disparates en que incurre el Reglamento vigente. Por mucho que esta Resolución se empeñe en mantener la norma reglamentaria, queda perfectamente claro —aplicando sus mismos argumentos— que el Registrador no está obligado a admitir el depósito de los libros de las Sociedades Limitadas disueltas.

J. G. G.

HIPOTECA. SUBROGACION. CARTA DE PAGO Y CANCELACION.—NO CABE APLICAR EL ARTICULO 231 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO CUANDO LOS TITULOS QUE SE PRESENTAN ORIGINAN LA CANCELACION DE LA HIPOTECA POR EL PAGO DE LA OBLIGACION GARANTIZADA, PUES DICHO ARTICULO 231 ES MODIFICATIVO Y NO EXTINTIVO (RESOLUCIÓN DE 2 DE DICIEMBRE DE 1999. BOE DE 11 DE ENERO DE 2000).

RESOLUCION de 2 de diciembre de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Francisco Jáuregui Santana y doña María José Beracoechea Otamendi, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 4 de San Sebastián, don Alberto Montes O'Connor, a hacer constar por nota al margen de determinadas hipotecas, la subrogación prevista en los artículos 118.2 de la Ley y 231 del Reglamento Hipotecario con la presentación de las escrituras de carta de pago y cancelación de dichas hipotecas, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, doña Isabel Apalategui Arrese, en nombre de los cónyuges don Francisco Jáuregui Santana y doña María José Beracoechea Otamendi, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 4 de San Sebastián, don Alberto Montes O'Connor, a hacer constar por nota al margen de determinadas hipotecas la subrogación prevista en el artículo 118.2 de la Ley y 231 del Reglamento Hipotecario con la presentación de las escrituras de carta de pago y cancelación de dichas hipotecas, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—1. Sobre las fincas registrales números 24.878, 24.880 y 24.882, inscritas en el Registro de la Propiedad número 4 de San Sebastián a favor de los cónyuges don Juan Francisco Jáuregui Santana y doña María José Beracoechea Otamendi, constan inscritas tres hipotecas a favor de las entidades «Banco Bilbao Vizcaya, Sociedad Anónima», «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima» y «Moda & Company di Iriarte, Sociedad Anónima».

En procedimiento ejecutivo ordinario seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Sebastián, a instancia de «Industrias Valls, Sociedad Anónima», contra los titulares registrales, se trabó embargo sobre las tres mencionadas fincas, practicándose posteriormente las oportunas anotaciones: Letra R para la registral 24.878, letra G para la 24.880 y letra L para la 24.882.

Los días 14 de septiembre de 1990, 1 de junio de 1994 y 20 de julio de 1995, se otorgaron escrituras de carta de pago y cancelación de las hipotecas. El 18 de julio de 1996 recayó auto en el juicio ejecutivo por el que fueron adjudicadas las tres fincas a un tercero.

II. El 9 de mayo de 1996 se presentan por primera vez en el Registro de la Propiedad número 4 de San Sebastián, las mencionadas escrituras de carta de pago y cancelación de hipotecas, a las que se acompañan sendas instancias suscritas por un representante de los titulares registrales, con firmas legitimadas notarialmente, en las que tras hacer constar que, si bien en el procedimiento ejecutivo 47/91 se adjudicaron las tres referidas fincas a un tercero (pero en realidad el auto de adjudicación aún no había sido dictado), los titulares registrales habían pagado los créditos garantizados con las hipotecas, preferentes en rango registral a la carga en que se apoyaba la ejecución que motivó la enajenación judicial, y haciendo uso del derecho reconocido en los artículos 118.2 de la Ley Hipotecaria y 231 del Reglamento, solicitan que se haga constar el pago y la subrogación por nota al margen de las inscripciones de hipoteca.

III. Dichas escrituras, acompañadas de las instancias referidas, fueron calificadas con la siguiente nota: «Reportada la precedente escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca el día 22 de este mes, una vez liquidado el impuesto, en unión de escrito firmado por don Jesús Zubiaurre Ormaeche, como representante del dueño de la finca gravada, en el que se solicita se practique nota al margen de la hipoteca haciendo constar el pago realizado por el deudor y la subrogación de éste en la cualidad de acreedor, conforme los artículos 118.2.º de la Ley Hipotecaria y 231 de su Reglamento se deniega la práctica de dicho asiento por observarse los siguientes defectos insubsanables: 1.º La instancia del presentante es contradictoria con el título público que ha de motivar la inscripción, pues en base a la escritura presentada procede cancelar la hipoteca y no reflejar registralmente su modificación por subrogación de otra persona en la titularidad del crédito. 2.º El pago hecho al acreedor por el deudor obligado extingue la obligación y la hipoteca que garantiza su cumplimiento (arts. 1.156 y 1.164 del Código Civil). 3.º La confusión en una misma persona de los derechos de acreedor y deudor extingue igualmente la obligación (arts. 1.156 y concordantes del Código Civil), y no puede operar la subrogación contra dicha extinción del crédito por confusión (art. 1.210.3.º del mismo Código). 4.º Si bien una interpretación literal del artículo 231 del Reglamento Hipotecario podría ofrecer cobertura a la pretensión del presentante, dicho precepto ha de ser objeto de una interpretación coordinada con los artículos citados y con los otros de la Ley civil que se refieren al pago hecho por persona distinta al deudor (arts. 1.158, 1.159 y 1.209 al 1.213 del Código Civil), cobrando sentido únicamente la subrogación prevista en el caso de que el pago hubiese sido hecho por el tercer poseedor de los bienes gravados, o por el deudor pero después de haber tenido lugar la subrogación del rematante o adjudicatario en la responsabilidad de las cargas o gravámenes anteriores o preferentes, de modo que por efecto de tal asunción de deudas legalmente prevista tenga ya el deudor primitivo la condición

de tercero respecto de la obligación de pago, con lo que dicho pago no tendría ya efecto extintivo, sino de modificación por subrogación activa en el vínculo obligatorio. Contra la presente nota de calificación cabe recurso, en el plazo de cuatro meses, de conformidad con los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario y concordantes ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en apelación frente a la Dirección General de los Registros y del Notariado. San Sebastián, 28 de mayo de 1996. El Registrador. Firma ilegible».

IV. Presentadas nuevamente estas escrituras en unión de instancias inscritas por los interesados el 8 de julio de 1996, fueron calificadas el 19 de agosto de dicho año con la misma nota, si bien se suprimió el tercer defecto.

V. La Procuradora de los Tribunales, doña Isabel Apalategui Arrese, en representación de don Juan Francisco Jáuregui Santana y doña María José Beracoechea Otamendi, interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación, y alegó: Que los acreedores han dado a los interesados carta de pago de las sumas adeudadas, consintiendo la cancelación de las hipotecas, no habiéndose llevado a cabo la cancelación registral por expreso deseo de los propietarios, como lo demuestra que, transcurrido mucho tiempo desde el otorgamiento de las escrituras, éstas no habían sido presentadas en el Registro. Que, dando por perdida la propiedad de las fincas, aun cuando no se habían ultimado algunos trámites del procedimiento ejecutivo ni se había dictado el auto de adjudicación, se presentaron en el Registro las escrituras de carta de pago y las instancias, solicitando que se hiciese constar la subrogación vía artículo 231 del Reglamento Hipotecario, y si bien se está de acuerdo que en un primer momento se pidió la subrogación antes de tiempo, cuando los interesados aún eran titulares registrales de las fincas, esta cuestión ha sido resuelta (el auto de adjudicación recayó el 18 de julio de 1996), como reconoce el propio Registrador en su segunda nota de calificación de 19 de agosto de 1996, al señalar que no subsiste el tercer defecto de la nota anterior. Que no existe contradicción entre la instancia del presentante y el título público que ha de motivar la inscripción, pues la situación que nos ocupa está prevista en el artículo 231 del Reglamento Hipotecario: Que en la escritura notarial no se expresa que se hace uso de la subrogación y establece la instancia como instrumento para dirigirse al Registro. Además, no procede cancelar las hipotecas que no han sido pedidas, como señala el Registrador, porque ello es contrario al principio de rogación del artículo 6 de la Ley Hipotecaria. Que el pago del deudor no extingue la hipoteca, ya que ello requiere la cancelación, conforme al artículo 76 de la Ley Hipotecaria, y que los artículos 1.156 y 1.164 del Código Civil se refieren al ámbito obligatorio, no al real registral. Que no puede pretenderse una interpretación del artículo 231 del Reglamento Hipotecario coordinada con otro precepto que pueda conducir a la inaplicación del mismo, tal como pretende el Registrador, al señalar que la subrogación prevista sólo cobra sentido en el caso de que el pago hubiese sido hecho por el deudor, pero después de haber tenido lugar la subrogación del rematante o adjudicatario, ya que el artículo 231 del Reglamento Hipotecario dice literalmente, «subrogado el rematante o adjudicatario, ..., si el importe de dichas cargas hubiese sido satisfecho por el deudor...» y si la Ley hubiera querido referirse al pago posterior, como pretende el Registrador, tendría que haber utilizado una expresión de futuro, no de pretérito.

VI. El Registrador de la Propiedad número 4 de San Sebastián, en defensa de su nota, informó: Que el principio de rogación del artículo 6 de la Ley Hipotecaria significa que la inscripción, salvo excepciones, es voluntaria, no que el interesado pueda solicitar la práctica del asiento que le resulte conveniente, y así, en base a una escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca, lo que procede es un asiento de cancelación, y si el presentante pretende que sea otro, el Registrador debe abstenerse de practicar asiento alguno. Que la pretensión del recurrente no puede fundarse en el artículo 231 del Reglamento Hipotecario, ya que los títulos presentados originan un asiento de cancelación de la hipoteca, que ha tenido lugar, dado el carácter accesorio de la garantía, o consecuencia del pago de la obligación principal asegurada, mientras que el artículo 231 se refiere a una escritura o acta notarial de pago con efecto no extintivo, sino modificativo de la obligación garantizada y de la hipoteca, que se produce cuando habiendo pagado la obligación, no el deudor, sino un tercero, nace a favor de éste, además del derecho de reembolso del artículo 1.158 del Código Civil, el de subrogación del artículo 1.159, procediendo en este caso practicar, no una cancelación, sino una nota marginal, por tener el pago un efecto modificativo, por subrogación activa de la obligación y de la hipoteca (arts. 231 y 240 del Reglamento Hipotecario, en relación con el art. 144 de la Ley Hipotecaria y Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamo hipotecario). Que el artículo 76 de la Ley Hipotecaria es consecuencia de la protección dispensada a terceros por el ordenamiento hipotecario; no significa que la hipoteca no se extingue más que por su cancelación registral, sino que aunque la hipoteca se haya extinguido extrarregistralmente por pago de la obligación principal, mientras no sea cancelada, el asiento registral está protegido por la fe pública y registral. Que el artículo 231 del Reglamento Hipotecario, que hay que ponerlo en relación con los artículos 131, regla 8.ª de la Ley Hipotecaria, para el procedimiento judicial sumario, y el 1.415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para el procedimiento ejecutivo ordinario, aplica el mismo principio contenido en el artículo 118.2 de la Ley Hipotecaria: El rematante o adjudicatario en la subasta se subroga en la obligación garantizada con cargas o gravámenes anteriores o preferentes al que apoya la ejecución, de modo que, tras el remate, el primitivo deudor (al igual que el vendedor en el caso del art. 118.2) no tiene ya la condición de deudor obligado al pago y, si tras dicho remate el deudor originario paga, no se produce la extinción del vínculo obligatorio, sino la modificación de éste, por subrogación activa, originándose la situación prevista en los artículos 118.2 de la Ley Hipotecaria, y 1.210.3.º y 1.212 del Código Civil). En cambio, con relación al tercer poseedor de los bienes hipotecados no es necesario esperar al remate para que el efecto subrogatorio tenga lugar, pues éste no es deudor, y si paga al acreedor el pago no extingue el crédito sino que lo modifica al quedar subrogado dicho tercer poseedor en el crédito y garantías del que ha cobrado (art. 1.212 del Código Civil), ya que él tenía interés en el cumplimiento de la obligación (art. 1.210.3.º del Código Civil).

VII. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco confirmó la nota del Registrador, fundándose en los argumentos contenidos en el informe de éste.

VIII. El recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.156 y 1.206 del Código Civil; 118, 131 y 133 de la Ley Hipotecaria; 231 del Reglamento Hipotecario, y sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 1999.

1. Son hechos relevantes en el presente recurso los siguientes:

En juicio ejecutivo iniciado en 1991, se toman las oportunas anotaciones de embargo sobre varias fincas que constaban anteriormente hipotecadas.

En 1990, 1994 y 1995, los respectivos acreedores otorgan las correspondientes escrituras de carta de pago y cancelación, las cuales «por deseo expreso de los propietarios —como manifiestan los representantes de los mismos en diversos escritos presentados en relación con estas actuaciones— no ha deseado llevar a cabo la cancelación registral».

También de los escritos de los recurrentes resulta que a consecuencia de las actuaciones ejecutivas, las diversas fincas fueron adjudicadas a un tercero antes del 9 de mayo de 1996.

Los propietarios y deudores «dando por perdida la propiedad de las fincas, aun cuando no se habían ultimado algunos trámites del procedimiento ejecutivo» (según se dice en escrito de apelación; en otro momento informaron que el auto de adjudicación de las fincas lleva fecha de 18 de julio de 1996), en 8 de julio de 1996 presentaron las referidas escrituras de carta de pago y cancelación y, a la vez, solicitaron por instancia al Registrador que, por aplicación del artículo 232 del Reglamento Hipotecario, se hiciera constar por nota marginal la subrogación de los propietarios-deudores en las hipotecas anteriores al embargo ejecutado.

2. La venta de una finca hipotecada no tiene, por sí, el efecto de que con la finca se transmita también al comprador la deuda garantizada con la hipoteca de modo que el deudor quede ya liberado de esta deuda. Para conseguir este efecto sería necesario, además del consentimiento del nuevo deudor (el pacto por el que se establezca que el comprador «se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la responsabilidad con ella garantizada»), el consentimiento expreso o tácito del acreedor (cfr. arts. 118.1 de la Ley Hipotecaria y 1.205 del Código Civil). De no darse este doble consentimiento, el deudor seguirá estando sujeto a la deuda no obstante haberse transmitido la finca hipotecada, e incluso en el caso de que el comprador, por haberse comprometido frente al vendedor al pago de la deuda o por cualquier otra razón, hubiere descontado del precio el importe de la obligación garantizada o hubiere retenido este importe. Y es precisamente para esta hipótesis para la que el artículo 118.11 de la Ley Hipotecaria prevé una especial subrogación en favor del deudor: Si «al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca (la venta precede pues al pago y, no obstante la venta, el vendedor sigue siendo el deudor), quedará subrogado éste en lugar del acreedor hasta tanto que el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado».

3. El artículo 231 del Reglamento Hipotecario no crea una especial hipótesis de subrogación —lo que sólo sería posible por vía de Ley— sino que se limita a aclarar que la especial subrogación que, conforme al artículo 118.11 de la Ley Hipotecaria, se produce en favor del deudor cuando paga después de vendida la finca, se produce también cuando la transmisión de la finca hipotecada haya ocurrido en operaciones, a estos efectos, análogas a la venta, como son el remate y la adjudicación en pago. En el caso de que se ejecute una finca gravada con hipotecas o cargas preferentes al crédito del actor, se entiende que

el rematante o adjudicatario acepta estas cargas y que, frente al deudor o dueño de la finca gravada, asume «la obligación de satisfacerlas» (cfr. arts. 131.8.ª, 10 y 13.ª y 133.11 de la Ley Hipotecaria, y 1.512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Asume esta obligación sin liberar, claro es, de su deuda al deudor frente a los respectivos acreedores, que son terceros en estas operaciones (cfr. arts. 118.1 de la Ley Hipotecaria y 1.205, 1.252 y 1.257 del Código Civil).

4. En el caso ahora planteado no procede la subrogación prevista en el artículo 118.11 de la Ley Hipotecaria, porque la deuda y, consiguientemente, la hipoteca, habrían dejado de existir antes de producirse el remate, y ya hemos visto que constituyen presupuestos legales de esta subrogación la preexistencia y la persistencia de la deuda y de la hipoteca. Desde que se produjo la extinción de la deuda por el pago hecho por el deudor y propietario de la finca hipotecada, se produjo, automáticamente, la extinción de la hipoteca. Y se produjo la extinción de la hipoteca aunque aún no se hubiera practicado en el Registro la correspondiente cancelación, pues la extinción del derecho inscrito es presupuesto y no efecto de tal asiento (cfr. art. 79 de la Ley Hipotecaria), regla aplicable también al derecho de hipoteca (cfr. art. 136 de la Ley Hipotecaria). Otra cosa es que el hecho extintivo de la hipoteca no pueda «perjudicar a tercero como no se haga constar en el Registro por medio» del asiento procedente, en este caso la cancelación (cfr. arts. 76 y 144 de la Ley Hipotecaria); pero es evidente que el deudor y propietario de la finca hipotecada que pagó, no es un tercero en el acto extintivo, el pago, que provoca la extinción de la hipoteca.

5. Ciertamente, la discordancia del Registro con la realidad, en relación a las hipotecas extinguidas, plantea diversas cuestiones: Sobre la regularidad del procedimiento de ejecución si se anuncian subastas de las fincas con gravámenes que realmente no existían. Sobre si el rematante, al estimar que había que responder de cargas que realmente no existían, ha dado por las fincas un precio inferior al que habría correspondido; o si, por el contrario, por haber conocido antes el rematante la realidad de haberse extinguido las hipotecas, ofreció el precio que correspondía a una finca libre de esas cargas. Sobre la significación que haya de tener en las posibles irregularidades, el que la discordancia sea debida, precisamente, a la desidia o, quizá, a la intención fraudulenta de quien ahora pretende, en su favor, la resurrección de las hipotecas. Son, todas éstas, cuestiones distintas de las que resuelve el artículo 118.11 de la Ley Hipotecaria, y las soluciones procedentes quedan fuera del automatismo de la vía registral.

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

Madrid, 2 de diciembre de 1999.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

COMENTARIO

El problema que se le plantea a la DGRN es si es posible la subrogación del artículo 231 RH, cuando previamente a la adjudicación ya se había pagado el crédito hipotecario.

De aquí pueden deducirse dos cuestiones sobre las que parece oportuno hacer un comentario:

1. La necesidad de preexistencia y exigibilidad de la deuda garantizada, antes de la venta o adjudicación de la finca hipotecada, para que pueda llevarse a cabo dicha subrogación.

2. Si el pago y la no cancelación del crédito hipotecario extingue efectivamente el mismo, o, si por el contrario, es necesaria la cancelación para que éste se extinga definitivamente, en cuyo caso cabría la subrogación que se discute.

1. El artículo 231 RH contempla el caso del pago de una carga anterior a una hipoteca que se ejecuta, por parte del deudor o tercer poseedor, y como el adjudicatario adquiere la finca con subsistencia de las cargas y gravámenes anteriores, este artículo prevé la subrogación de aquéllos en los derechos de los titulares de las cargas no canceladas (aunque sí pagadas), para pedir su importe al rematante.

Este artículo se ha equiparado tradicionalmente al supuesto recogido en el artículo 118.2 LH que contempla la subrogación del deudor que, tras la venta de la finca hipotecada, pagó la obligación que garantizaba al acreedor hipotecario, en el lugar de éste, con el fin de exigir lo pagado al nuevo propietario de la finca hipotecada que descontó su importe en la compra.

Pues bien, el problema que nos ocupa en este momento es el de si para que se produzca la subrogación del artículo 231, el pago de la carga anterior hecho por el deudor, debió hacerse después de la adjudicación, al igual que el supuesto del artículo 118 LH, o por el contrario, es posible igualmente la subrogación cuando el pago se realizó antes de esa adjudicación, aunque una vez iniciada la ejecución. Todo lo cual se traduce, según mi opinión, al problema de si es necesaria la existencia y exigibilidad de la deuda antes de producirse la adjudicación.

Parte de la doctrina (1) considera que del artículo 231 RH se deduce claramente que está pensando en el supuesto del pago de gravámenes anterior a dicha adjudicación. Así lo deducen de la propia letra del artículo, pues utiliza expresiones en pasado como «si el importe hubiese sido satisfecho», que parece indicar la prioridad de dicho pago. La consecuencia inmediata de esta interpretación del artículo 231 RH es que las cargas están extinguidas en la realidad aunque no canceladas, y por lo tanto, la subrogación se produce en la responsabilidad de algo que ya está extinguido. ¿Es esto posible? Estos autores mantienen que sí, que es un caso excepcional de «resurrección de cargas» en nuestro sistema. Las razones que justifican esta admisión son que la adjudicación o remate se hace con subsistencia de cargas anteriores, y por tanto el precio de la subasta es neto y líquido, lo que quiere decir que su importe ya se descontó, y el rematante debe responder por ellas, pues de lo contrario, si no hay subrogación, se produce un enriquecimiento injusto del rematante que adquirió la finca por un precio más bajo del que corresponde, pues esas cargas ya no existen.

(1) GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 334 y sigs.; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, VII, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, págs. 333-336; DE LA RICA Y ARENAL, *Libro Homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976, págs. 397-403.

Por el contrario, y al igual que entiende la DGRN en esta resolución, otros autores consideran que el artículo 231 RH debe aplicarse en aquellos casos en los que —al igual que en el 118.2 LH— el pago de las cargas anteriores debe hacerse una vez adjudicada la finca. Creo que ésta debe ser la solución adecuada, y ello por las siguientes razones:

a) Su similitud y analogía con el artículo 118.2 LH, que no ofrece dudas para la generalidad de la doctrina, nos lleva a pensar que se aplican al mismo supuesto de hecho.

b) Si el pago se realiza antes de la venta judicial, la obligación se ha extinguido, y si se ha extinguido la deuda, correlativamente se extinguió el crédito, luego se hace imposible pensar en una subrogación en el mismo si éste ya no existe. La existencia de la deuda al tiempo de la subrogación es requisito indispensable, pues carece de sentido subrogarse en algo que no existe. En este sentido, las palabras de la DGRN son muy acertadas al declarar que «constituyen presupuestos legales de esta subrogación (la del art. 231 RH) la preexistencia y la persistencia de la deuda y de la hipoteca».

c) No cabe alegar, como en el presente caso, que la hipoteca a pesar de estar pagada la obligación (y por tanto extinguida ésta por accesoriedad), como no está cancelada, subsiste, está viva, y que por eso es factible la subrogación del deudor que pagó esa obligación en el derecho del acreedor hipotecario. Esto carece de sentido porque, aunque no esté cancelada su inscripción, la hipoteca murió al hacerlo el crédito, y no necesita de la cancelación para extinguirse definitivamente, puesto que ésta no es constitutiva. Llegamos así a la segunda de las cuestiones que antes señalamos.

En definitiva, según mi parecer, es necesaria la preexistencia de la deuda para que pueda producirse la subrogación establecida en el artículo 231 RH; luego, me parece correcta la doctrina de la DGRN, al rechazar esta posibilidad, pues no puede existir una subrogación (cambio de sujetos en la relación jurídica), si falla la base, es decir, si ya no existe tal relación, al haberse extinguido por pago la obligación. Y, como a continuación se verá, tampoco me parece admisible sostener que puede producirse la subrogación en el derecho de hipoteca, porque éste también se extinguió.

2. La necesidad o no de la cancelación para la extensión definitiva del derecho real de hipoteca.

El recurrente parece sostener que puede subrogarse en el derecho de hipoteca (crédito hipotecario) del acreedor hipotecario, a pesar de que ya pagó la obligación que éste garantiza, porque dicho derecho está todavía vivo al no cancelarse su inscripción. Esto equivale a admitir que la cancelación de la hipoteca es constitutiva.

En efecto, que la cancelación sea constitutiva significa que el derecho inscrito sólo se extingue por ella, pasando a ser la cancelación un requisito necesario para la extinción del derecho, de manera que si ésta falta, no se extingue el derecho ni para las partes ni para terceros. Luego, la hipoteca tendrá cancelación constitutiva si sólo se extingue por ella —frente a todos—, y en caso contrario —si no hay cancelación— el derecho real subsistirá. Esto es lo que parece mantener el recurrente.

Sin embargo, estas afirmaciones no me parecen aceptables, y no creo que se pueda considerar que la cancelación es constitutiva porque no se cumplen

las premisas necesarias para ello. El derecho de hipoteca no se extingue sólo *inter partes* por la cancelación, ya que puede darse el caso de que, aunque no esté cancelada su inscripción, ésta se haya extinguido previamente, al extinguirse la obligación garantizada. Esto es lo que ocurre en el presente caso: extinguida por pago la obligación asegurada, se extingue por accesoriedad la hipoteca (2). Luego, no se cumple la consecuencia directa de la cancelación constitutiva que es que el derecho sólo se extinga por ella, y si ésta falta, el derecho subsiste. Y prueba de que esto es así es que si, por ejemplo, el acreedor hipotecario otorga carta de pago y no cancela la inscripción de hipoteca, y reclama el pago por la vía del procedimiento ejecutivo ordinario, con base en la todavía vigente inscripción de hipoteca, el deudor podrá oponer la excepción del pago de la obligación y la consecuente extinción de la hipoteca en virtud del artículo 1.464.2 LEC. A la misma conclusión debe llegarse si se ejecuta la hipoteca por el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH. Aunque es cierto que no está prevista la excepción del previo pago de la obligación para suspender o paralizar el proceso (3), los principios más elementales de la ejecución de deudas y justicia, harían que el juez no siguiera adelante con la ejecución hipotecaria al comprobar que ya se había pagado la obligación, pues entonces la hipoteca se habría extinguido. En consecuencia, la imposibilidad de ejecución de la hipoteca no cancelada, demuestra que la hipoteca se extinguió antes y sin necesidad de cancelación registral entre las partes. Esta no puede ser, entonces, constitutiva.

Tampoco puede considerarse a la cancelación constitutiva para terceros porque, en primer lugar, el hecho de que éstos puedan considerar como vivo y vigente un crédito hipotecario extinguido en la realidad extrarregistral, pero no cancelado (tal y como parece deducirse de los arts. 76 y 144 LH, y del antiguo 156 LH de 1909), no es más que una consecuencia de los principios de fe pública y oponibilidad de lo inscrito derivados de la publicidad registral, y no porque el crédito hipotecario sólo se extinga por su cancelación frente a terceros como correspondería a una eficacia constitutiva. Sólo el juego de la fe pública, con la posición inatacable que otorga al tercero protegido, puede hacer, para él, vivo y subsistente lo que en realidad está muerto, al igual que ocurre a cualquier otro tercero hipotecario respecto de cualquier otro derecho real inscrito en el Registro. Si ese tercero para el que el derecho de hipoteca está vivo —por proclamarlo así su vigente inscripción—, no cumple todas las condiciones de la protección registral del artículo 34 LH, no podrá beneficiarse de la protección de la fe pública, y una vez que se demuestre la extinción del derecho de hipoteca, también se extinguirá para él.

En el presente caso, al no ser tercero hipotecario el adjudicatario de la finca hipotecada, no actúa la fe pública; y demostrado que el derecho de

(2) A la misma conclusión se llegaría si se mantiene la teoría de la unidad del crédito hipotecario.

(3) Tras la entrada en vigor de la nueva LEC de 7 de enero de 2000, el procedimiento del artículo 131 LH queda sin efecto y la ejecución hipotecaria pasa a ser regulada por esta nueva Ley, en la que se admite en su artículo 695, como causas de oposición en el específico proceso de ejecución de hipotecas, la prueba de la extinción de la garantía o de la obligación garantizada con certificación del Registro de su cancelación o mediante escritura pública de carta de pago. De este precepto se extrae la conclusión de que, probada la extinción de la obligación, debe admitirse la extinción de la hipoteca y su no-ejecución.

hipoteca se extinguió al hacerlo el crédito, aunque no esté cancelada su inscripción, éste debe considerarse extinguido. Por lo tanto, según lo que dije en el epígrafe anterior, no cabe la subrogación en el mismo, pues, si ya no existe, no es posible un cambio de titular, tal y como afirma la DGRN.

La presente resolución y la doctrina que en ella sienta la DGRN es importante y muy adecuada, pues confirma que la cancelación de hipoteca no es constitutiva, y que no cabe una cancelación de este tipo en nuestro sistema, porque toda cancelación tiene necesariamente como fundamento la previa extinción del derecho inscrito, y no como consecuencia. De este modo, se aclaran las dudas y se pone fin a las vacilaciones doctrinales que todavía existen en esta materia.

M. G. R. A.

HIPOTECA. INTERESES.—NO HAY RAZON PARA ENTENDER QUE LA COBERTURA DE LOS INTERESES MORATORIOS NO PUEDE EXCEDER DE LA CANTIDAD QUE RESULTE DE APLICAR EL CAPITAL DEL PRESTAMO DURANTE TRES AÑOS, AL TIPO DE INTERES REMUNERATORIO INICIAL (RESOLUCIÓN DE 18 DE DICIEMBRE DE 1999. BOE DE 3 DE FEBRERO DE 2000).

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Luis Álvarez Fernández, en nombre del «Banco Hispano Americano, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Oviedo, número 5, don César García Arango y Díaz Saavedra, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El 9 de abril de 1996, mediante escritura otorgada ante el Notario de La Coruña, don José Miguel Sánchez Andrade Fernández, el Banco Hispano Americano concedió un préstamo de 6.000.000 de pesetas a don Ricardo Tormo Massignani, en su propio nombre y, además, en nombre y representación de su esposa, la cual, en garantía de su devolución, constituyó hipoteca sobre una finca de su propiedad. En la citada escritura se establece, en lo referente a los intereses, lo que se expresa en el fundamento de Derecho número 1.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Oviedo, número 5, fue calificada con la siguiente nota: «Inscrito el precedente título, en cuanto a la hipoteca constituida, con excepción de las cláusulas sin trascendencia real, y de las que establecen el vencimiento anticipado del plazo, por obligaciones accesorias y distintas del préstamo concertado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario; en el tomo 2.885 del archivo, libro 2.103 de la sección 1.ª de este Registro, folio 62, inscripción 3.ª, de la finca registral 6.776. Se deniega la inclusión en la garantía hipotecaria por costas y gastos, de otros distintos de los legalmente tasados. Así como se deniega parcialmente la inscripción de la garantía hipotecaria por intereses moratorios, en cuanto excede de 1.500.000 pesetas. Oviedo, 18 de mayo de 1996. El Registrador. Fdo. César García Arango».

III. El Procurador de los Tribunales, don Luis Álvarez Fernández, en nombre del «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que, conforme al

artículo 114 de la Ley Hipotecaria, en ningún caso podrán reclamarse frente a terceros intereses de más de cinco anualidades. Ahora bien, dentro de este máximo, la Ley posibilita libertad de pacto, la cual puede ejercitarse dentro del máximo de cinco años, que, en conjunción con el tipo de interés previamente establecido, determinará el máximo de responsabilidad por interés, ajustado a las exigencias del principio de especialidad (art. 12 de la Ley Hipotecaria), fijando simplemente una cantidad máxima (art. 220 del Reglamento Hipotecario), según Resoluciones de 19 de enero y 13 de marzo de 1996. Que le señor Registrador, según puede deducirse, calculó el límite de cinco años al $7,5$ por 100 , tipo de interés pactado para el primer año: $6.000.000$ de pesetas $\times 7,5 \times 5 = 2.250.000$. Si a esta cantidad se deducen 750.000 , destinadas a cubrir la responsabilidad hipotecaria por intereses remuneratorios, queda la cantidad de $1.500.000$ pesetas, importe al que el señor Registrador ha limitado la responsabilidad de tres años de intereses moratorios. Que en dicho cálculo no se ha tenido en cuenta que el préstamo se concertó a tipo de interés variable, admitido por el artículo 131.3.º4 de la Ley Hipotecaria. Que varias Resoluciones, entre ellas la de 26 de diciembre de 1990, exigen que dichos intereses variables puedan ser determinados en su día por un factor objetivo y que se señale límite máximo de la responsabilidad hipotecaria. Que dichas condiciones se dan en este supuesto, dado que, a partir del primer año, en el que se fijó un interés del $7,5$ por 100 anual, el interés a aplicar para el resto de la vida del préstamo se determinará mediante la adición de un margen constante de dos puntos al valor que representa el tipo de interés de referencia, que será el tipo interbancario a un año (MIBOR a un año). Que, asimismo, se fija en el $12,5$ por 100 el máximo de responsabilidad hipotecaria por intereses. Que, por todo ello, resulta incomprensible y contradictorio que sólo se tenga en cuenta el interés pactado para el primer período anual para el cálculo de la responsabilidad hipotecaria.

IV. El Registrador, en defensa de su nota, informó:

1. Que el recurso se interpone contra una nota de despacho y no de calificación.

2. Que el recurso se formula exclusivamente contra la denegación parcial de la inscripción de la garantía hipotecaria por intereses moratorios en cuanto excede de $1.500.000$ pesetas.

3. Que las reglas establecidas en los artículos 114 de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario, al ser aplicadas al caso concreto pueden originar problemas, cuando el Registrador realiza el oportuno cálculo para comprobar si se respeta el límite legal. Que el realizado coincide con el que expresa el recurrente en su escrito; siendo tal forma de calcular la procedente según resulta de las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987. Que aunque las instituciones de crédito hayan recibido tal forma de computar, en favor de las citadas Resoluciones hay que aducir:

1.º La histórica protección a los terceros.

2.º El aforismo «donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir». Los artículos citados establecen un tope genérico y no distinguen entre ambos intereses.

3.º El firme designio legal de favorecer el crédito territorial y evitar la amortización inmobiliaria que resultaría de la excesiva acumulación de responsabilidad hipotecaria en gran parte meramente potencial y eventual, que imposibilitaría en la práctica la contratación de segundas hipotecas.

4.º La posibilidad de que se abriera al fraude de la Ley, mediante manipulaciones con los intereses moratorios de tipo sensiblemente más alto que los ordinarios. Esta doctrina ha sido confirmada con la Resolución de 22 de julio de 1996. Que así pues, el cálculo es correcto y la denegación parcial de intereses moratorios está plenamente justificada por la doctrina de la Dirección General. Que la forma de calcular no varía porque el interés del préstamo sea variable, que está plenamente justificado por el principio de determinación registral. Que, en efecto, en el momento de constituirse e inscribirse la hipoteca, sólo existe un único tipo de interés conocido, el inicial, que, además, se pacta expresamente que se mantenga invariable durante cierto tiempo (en este caso un año). Los futuros tipos variables pueden no llegar a tener aplicación práctica, si no se dan los presupuestos previstos para la variación o si el prestatario los rechaza y opta por la amortización anticipada. Que unido todo ello a que por su propia variabilidad esencial no pueden servir para el cómputo de un período quinquenal, lo más razonable y congruente es pensar que para el cómputo de ese máximo legal sólo pueden tenerse en cuenta esas cinco anualidades de interés al tipo inicial, único real existente y conocido, frente a las futuribles variables en alza y también a la baja, que por desconocidos no sirven para cuantificar el derecho real que se califica e inscribe. Que así se deduce también del artículo 219.3.º del Reglamento Hipotecario. Que adoptar la solución contraria supondría establecer en la práctica una injustificada diferencia de trato entre los préstamos a interés fijo y variable, los primeros sometidos y los segundos exentos del límite del artículo 114, salvo en cuanto a «anualidades», límite que poco significa en la práctica si se desconecta su cálculo de un tipo de interés real.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias confirmó la nota del Registrador, fundándose en las alegaciones contenidas en el informe de éste.

VI. El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió:

1.º Que en la hipoteca objeto del recurso no sólo se respeta el límite del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, sino que incluso no se alcanza, dado que se pactó que la garantía se extendería, en cuanto a intereses, a un año de intereses remuneratorios y a tres años de intereses moratorios, es decir, a un total de cuatro años de intereses.

2.º Que existe un error en el cálculo hecho por el Registrador y confirmado por el auto, ya que se efectúa basándose única y exclusivamente en el tipo de interés inicialmente pactado como tipo de interés remuneratorio para el primer año de vigencia del préstamo, sin tener en cuenta que en el préstamo en cuestión se convino un interés variable a partir del primer año, así como intereses moratorios para el caso de incumplimiento por parte del deudor.

3.º Que la totalidad de las normas y resoluciones invocadas por el señor Registrador no son aplicables a este supuesto, y que la Resolución de 23 de octubre de 1987 confirma el criterio mantenido por la parte recurrente al establecer que los intereses que la hipoteca garantiza no son otros que los intereses variables que procedan según el contrato de préstamo.

4.º Que el artículo 219-3 no es de aplicación a este caso.

5.º Que hay que citar las Resoluciones de 16 de febrero y 16 de marzo de 1990 y 19 de enero de 1996.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 2, 12 y 114 de la Ley Hipotecaria; 1.255 del Código Civil; Resoluciones de 26 y 29 de octubre de 1984, 20, 23 y 26 de octubre de 1987, 26 de diciembre de 1990 y 13 de marzo de 1996.

1. En el presente recurso de debate sobre la inscripción de determinada cláusula de una escritura de constitución de hipoteca en garantía de un préstamo que, en lo que aquí interesa, tiene las siguientes características:

El importe del préstamo es de 6.000.000 de pesetas.

Devengará un interés nominal fijo del 7,5 por 100 durante el primer año. A partir del primer año, el interés será variable, revisándose en los sucesivos períodos de interés, cuya duración será de un año para cada período.

En su caso, el tipo de interés de demora será el que resulte de añadir cinco puntos al tipo de interés remuneratorio vigente al producirse la demora.

Respecto a los intereses, la hipoteca se constituye en garantía de la restitución de:

a) Un año de intereses remuneratorios, calculados conforme a las cláusulas sobre intereses ordinarios y tipo de interés variable, si bien, a los únicos y exclusivos efectos de determinar un máximo de responsabilidad hipotecaria por intereses, éstos sólo quedarán garantizados hipotecariamente hasta un máximo de 12,5 por 100 anual, que asciende a 750.000 pesetas.

b) Tres años de intereses moratorios, calculados conforme a lo convenido en la cláusula de intereses de demora, si bien, a los únicos y exclusivos efectos de determinar un máximo de responsabilidad hipotecaria por intereses de demora, éstos sólo quedarán garantizados hipotecariamente hasta un máximo de 12,5 por 100 anual, que asciende a 2.250.000 pesetas.

El Registrador denegó «parcialmente la inscripción de la garantía hipotecaria por intereses moratorios, en cuanto excede de 1.500.000 pesetas» (que son tres años al 7,5 por 100).

2. El defecto no puede ser confirmado; admitida por este Centro Directivo, la cobertura hipotecaria de los intereses aun cuando estén sujetos a cláusula de revisión, no hay ninguna razón para entender que la cobertura hipotecaria de los moratorios no puede exceder de la cantidad que resulte de aplicar al capital del préstamo durante tres años, el tipo de interés remuneratorio inicial; a tales efectos, el tipo a tener en cuenta es el máximo pactado al definir la respectiva cobertura hipotecaria, toda vez que los intereses efectivamente impagados que pretendan acogerse a dicha garantía pueden corresponder a períodos distintos del inicial, en los que puede regir aquel tipo máximo pactado para la cobertura de intereses moratorios —o uno superior incluso—.

Por lo demás, la doctrina de este Centro Directivo de la computación conjunta de los intereses ordinarios y moratorios tampoco es argumento para rechazar la inscripción ahora pretendida, pues, con esa doctrina no se quiere afirmar otra cosa sino que unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios e intereses de demora, más respetando esta exigencia, ningún obstáculo hay para reclamar todos los intereses, tanto remuneratorios como moratorios devengados y cubiertos por las respectivas definiciones —dentro de los máximos legales— de la garantía hipotecaria, aun cuando se reclamen intereses remuneratorios de los cinco últimos años e intereses moratorios del mismo período, si así procediera por ser dis-

tintas y de vencimientos diferentes las cantidades que devengaron unos y otros.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar el auto apelado.

Madrid, 18 de diciembre de 1999.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

COMENTARIO

Presentada una escritura de constitución de hipoteca, el Registrador rechaza parcialmente su inscripción por entender que la responsabilidad hipotecaria por intereses de demora excede de los límites establecidos por la Ley.

El Registrador de la Propiedad entiende que la cantidad máxima por la que responde la finca hipotecada en concepto de intereses (en general) debe calcularse aplicando el tipo fijo inicial pactado para el primer año, a los cinco años que como máximo establece el artículo 114 LH, entendiendo que a los efectos de este artículo deben englobarse tanto los intereses moratorios como los de demora.

Dos son, por tanto, las cuestiones que se plantean y que merecen una especial atención:

I. Cómo debe realizarse el cálculo de la responsabilidad hipotecaria por intereses (qué tipo debe tomarse como base).

II. Si el límite del artículo 114 LH debe entenderse para el conjunto de los intereses moratorios y remuneratorios, o, si por el contrario, debe aplicarse de forma separada e independiente a cada uno de ellos.

I. CALCULO DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA POR INTERESES

Este es, a mi entender, el tema que se discute en esta resolución, pues las distintas alegaciones de una y otra parte se basan en las diferentes formas de realizar este cálculo. Sin embargo, la DGRN no entra a decidir sobre este asunto, y pasa por él «de puntillas», puesto que lo que verdaderamente le interesa es la segunda de las cuestiones planteadas. Creo que la Dirección General aprovecha el problema inicial de cómo debe calcularse la responsabilidad hipotecaria por intereses para dictaminar sobre el otro, si bien son temas distintos que no deben confundirse aunque estén relacionados, y considero que ambos merecen un breve comentario; por eso, empezamos con el primero de ellos.

El cálculo del máximo de responsabilidad hipotecaria por intereses se ha venido realizando (Resoluciones de 22 y 23 de octubre de 1987 y 22 de julio de 1996) con base en el tipo inicial, que generalmente es el más bajo y fijo durante un período determinado de tiempo, porque es el único conocido y el único del que se tiene seguridad de su existencia y cuantía. Como explica el Registrador en esta resolución, «los futuros tipos variables pueden no llegar a tener aplicación práctica, si no se dan los presupuestos previstos para la

variación o si el prestatario los rechaza y opta por la amortización anticipada», lo cual les hace no aptos para el cómputo del máximo legal de responsabilidad hipotecaria por este concepto.

Sin embargo, no me parece del todo aceptable esta postura, y considero más adecuado aplicar el tipo máximo previsto al definir la cobertura hipotecaria por intereses variables o de demora. En efecto, el desconocimiento del alcance de la cuantía de intereses variables o moratorios que puede existir, y el hecho de que éstos pueden devengarse en períodos distintos del inicial, donde ya no rige ese tipo inicial, sino uno que puede ser, debería obligar a prever el máximo del que pueda responder la finca por ese concepto. Para ello lo lógico es aplicar el tipo máximo, pues sólo de esta forma el acreedor podrá ver suficientemente garantizado su crédito, y «se cubrirá las espaldas» ante una inesperada subida de los tipos de interés o una prolongada mora. Además, si se aplicase el tipo inicial para calcular intereses variables y de demora, la responsabilidad hipotecaria o garantía hipotecaria resultaría en la práctica muy baja o escasa, pues ese tipo inicial, como ya he dicho, suele ser el más bajo, con la inseguridad que eso supondría para el acreedor hipotecario que no vería suficientemente garantizado su crédito.

Y si hablamos sólo de los intereses moratorios, la determinación de la responsabilidad hipotecaria por este concepto con base en el tipo establecido para los remuneratorios, podría producir situaciones cuanto menos anómalas, sino injustas. Por ejemplo, si el tipo remuneratorio fuera muy bajo, también lo sería el de demora, contraviendo así su finalidad de cláusula penal impuesta al deudor por el incumplimiento de la obligación, o si no existieran intereses del capital, tampoco habría moratorios dando lugar a una situación patentemente injusta para el acreedor.

Este criterio resulta confirmado por la DGRN que en la presente Resolución afirma que para el cálculo de la cobertura hipotecaria de los intereses moratorios debe tenerse en cuenta «el tipo máximo pactado al definir la respectiva cobertura hipotecaria, toda vez que los intereses efectivamente impagados que pretendan acogerse a dicha garantía pueden corresponder a períodos distintos del inicial, en los que puede regir aquel tipo máximo pactado para la cobertura de intereses moratorios —o uno superior incluso—».

II. SI EL LIMITE DEL ARTICULO 114 LH DEBE ENTENDERSE PARA EL CONJUNTO DE LOS INTERESES MORATORIOS Y REMUNERATORIOS, O, SI POR EL CONTRARIO, DEBE APLICARSE DE FORMA SEPARADA E INDEPENDIENTE A CADA UNO DE ELLOS

La segunda cuestión que debe abordarse y en la que sí entra de lleno la DGRN, produciendo un cambio en su doctrina hasta la fecha, es si el límite que se establece a la responsabilidad hipotecaria de cinco anualidades recogido en el artículo 114 LH debe aplicarse sólo a los intereses remuneratorios, o, por el contrario, también a los moratorios, y en este caso, si debe hacerse conjunta o separadamente respecto a aquéllos.

Conviene pararse en este punto y analizar la evolución doctrinal y jurisprudencial en torno a este artículo 114 LH.

Los límites a la responsabilidad hipotecaria por intereses, frente a terceros (cuestión que también me ofrece dudas, pues no entiendo porqué no rige también entre las partes, pero éste sería otro tema), está recogida en el ar-

título 114 LH que establece que «salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años».

No hay duda de que estos límites rigen y son efectivos con respecto a los intereses remuneratorios u ordinarios, y se han establecido para evitar que cuando la finca hipotecada hubiera pasado a manos de un tercer poseedor, ese tercero, ajeno al crédito garantizado, se vea demasiado perjudicado por este concepto, y se eviten préstamos usurarios.

Tradicionalmente, la DGRN ha entendido que el límite establecido en el artículo 114 LH debe aplicarse conjuntamente a la responsabilidad hipotecaria por intereses tanto ordinarios como moratorios. En efecto, a pesar de mantener en repetidas ocasiones la distinta naturaleza de unos y otros, lo cual conduce a rechazar taxativamente que puedan agruparse bajo una misma cifra de responsabilidad hipotecaria (Resoluciones de 20 de mayo de 1987, 23 y 26 de octubre de 1987 y 22 de julio de 1996), reconoce que, de manera excepcional, rige para uno y otro tipo de intereses el límite máximo de las cinco anualidades prescrito por el artículo 114 LH que «a esos solos efectos» pueden computarse conjuntamente.

Por tanto, la DGRN mantiene: a) que los intereses moratorios y remuneratorios deben garantizarse separadamente, y no bajo una misma cifra de responsabilidad hipotecaria, debido a su distinta naturaleza; b) y que, excepcionalmente, el límite máximo imperativo del artículo 114 LH debe aplicarse al conjunto de los intereses moratorios y remuneratorios. Las razones que justifican esta excepción pueden ser, como recoge GARCÍA DURANGO (1), que esta solución es la más consecuente con nuestro sistema legal basado en el tope de intereses más ampliación de hipoteca, y que de esta manera se pueden evitar posibles fraudes, o la acumulación de intereses ocultos impagados, o manipulaciones y abusos con respecto a los intereses moratorios.

Parte de la doctrina (2) sigue la misma línea de la DGRN, y considera que los intereses de demora deben ser computados conjuntamente con los remuneratorios, a los efectos del límite establecido en el artículo 114 LH. Otros autores (3), por el contrario, rechazan esta postura doctrinal y, basándose en

(1) GARCÍA DURANGO, C., «Comentario a la Resolución de 23 de octubre de 1987», en *RCDI*, 1988, pág. 497.

(2) En este sentido, CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 1431; ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, págs. 162 y sigs.

(3) ÁVILA NAVARRO, P., *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, pág. 122, y en *Comentario a la Resolución de 16 de febrero de 1990*.

Esta postura también fue defendida por la Comisión de Registradores, Notarios y Letrados de Entidades de Crédito del año 1989, que afirmaron que el artículo 114 LH no impone, a efectos del cómputo, que deban computarse conjunta y totalmente las responsabilidades por intereses remuneratorios y moratorios.

Y aunque se muestren más partidarios de la tesis de la DGRN, también ponen de relieve que el computar conjuntamente los intereses moratorios y ordinarios, a los efectos del 114 LH, no resulta congruente con la distinta naturaleza de un tipo y otro de

la distinta naturaleza de unos y otros intereses, consideran que el límite del 114 debe aplicarse también a los moratorios, pero, de forma autónoma y no conjunta a los remuneratorios.

Considero más acertada esta segunda idea. En efecto, los intereses remuneratorios u ordinarios son «los que se producen por el transcurso del tiempo que media entre la obtención de un crédito y su restitución», o más gráficamente, podemos decir que son «el precio del préstamo». Asimismo, las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987 añaden que «nacen del contrato mismo y vencen inexorablemente según vencen los plazos pactados» y «el nacimiento del crédito principal unido al transcurso del tiempo va determinando inexorablemente la obligación de su abono» (Resolución de 20 de mayo de 1987). Los intereses de demora, sin embargo, se devengan desde el momento del incumplimiento de la obligación, como sanción a esa falta de cumplimiento, siendo ésta su verdadera naturaleza, admitida, asimismo por las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987; y, como dice YSAS SOLANES (4), su estipulación actúa como una cláusula penal, lo que justifica que su tipo sea superior al de los remuneratorios, pues así la pena sustituirá la indemnización de daños y el abono de los intereses en caso de incumplimiento. Por lo tanto, no existen a la constitución de hipoteca, sólo nacen si se incumple la obligación y, en consecuencia, su existencia y cuantía resultan indeterminadas. Por eso, su distinta naturaleza da lugar a que uno y otro tengan distinto título para conseguir su efectividad hipotecaria, ya que estarán garantizados por hipotecas muy diferentes: ordinaria o de tráfico para los remuneratorios (la obligación ya ha nacido y está determinada), e hipoteca de seguridad con fijación de un tipo máximo para los remuneratorios (pues se desconoce si la obligación llegará a nacer y la cuantía). Luego, por el mismo principio de especialidad no puede entenderse incluidos bajo la genérica cobertura real por intereses a los devengados en caso de mora y a los ordinarios conjuntamente. Pero, además, creo que por estas mismas razones, tampoco puede aplicarse globalmente el límite que establece el artículo 114 LH al conjunto de ambos intereses, ya que esto no sería congruente con naturaleza y regímenes tan distintos. Ya que si por su distinta naturaleza deben garantizarse de forma separada, y deben estar perfectamente diferenciadas las responsabilidades hipotecarias correspondientes, no se entiende que luego hayan de computarse conjuntamente a los efectos del límite del artículo 114 LH.

El límite que establece el artículo 114 LH se aplica propiamente a los intereses ordinarios (o verdaderos intereses, pues los remuneratorios no se asimilan exactamente con esta figura). No obstante, y por analogía, debe aplicarse, también, a los moratorios, si bien, ha de hacerse de forma autónoma para cada uno de ellos, y no pueden ser computados conjuntamente, ni para «esos solos efectos».

Esta tesis es la que se defiende por la DGRN en esta resolución. Y en ella cambia, afortunadamente, el criterio mantenido hasta entonces. El interés de esta resolución radica, precisamente, en este cambio de línea jurisprudencial.

intereses: GARCÍA DURANGO, C., *Comentario a la Resolución de 23 de octubre de 1987*, ob. cit., págs. 497 y sigs., y ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, ob. cit., págs. 166 y sigs.

(4) YSAS SOLANES, M., «Las obligaciones garantizadas con hipoteca en el contrato de préstamo», en *DN*, 1993, núm. 34/35, pág. 3.

Es de esperar que a partir de ahora se confirme, tal y como ya lo ha hecho la Resolución de 17 de marzo de 2000, para la que, al igual que ésta, «la computación conjunta de uno y otro tipo de interés, no es argumento para rechazar la inscripción pretendida, pues tal doctrina no pretende afirmar otra cosa sino que unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios y de demora, más respetada esta exigencia, ninguna dificultad hay para poder reclamar todos los intereses, sean remuneratorios o moratorios, realmente devengados y cubiertos por las respectivas definiciones de su garantía hipotecaria —dentro de los máximos legales—, aun cuando se reclamasen intereses remuneratorios de los cinco últimos años e intereses moratorios también de los cinco últimos años, si así procediera por ser distintas y de vencimiento diferente las cantidades que devengan unos y otros y, por tanto, a ambos puede extenderse la garantía hipotecaria dentro de los límites dichos».

M. G. R. A.

HIPOTECA. EN GARANTIA DE OBLIGACIONES AL PORTADOR. CANCELACION.—SOLO CUANDO SE ACREDITE LA DESTRUCCION O INUTILIZACION DEL TITULO AL PORTADOR, SE PUEDE PRACTICAR LA CANCELACION DE LA HIPOTECA, NO BASTANDO LA ASEVERACION DE ESTAR EN PODER DEL QUE SOLICITA DICHA CANCELACION (RESOLUCIÓN DE 22 DE DICIEMBRE DE 1999. BOE DE 3 DE FEBRERO DE 2000).

RESOLUCION de 22 de diciembre de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Guadalajara, don Pedro Jesús González Peraba, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad número 2 de la misma capital, don Fernando Alonso-Mencia Alvarez, a cancelar una hipoteca en garantía de obligaciones al portador en virtud de apelación del Registrador.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Guadalajara, don Pedro Jesús González Peraba, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad número 2 de la misma capital, don Fernando Alonso-Mencia Alvarez, a cancelar una hipoteca en garantía de obligaciones al portador en virtud de apelación del Registrador.

Hechos.—I. En fecha 3 de junio de 1996 se autorizó acta por el Notario de Guadalajara, don Pedro Jesús González Peraba, a requerimiento de los cónyuges don Isidro González Oñoro y doña María Magdalena López Señor, en la que se hizo constar, conforme al párrafo 2.º del artículo 156 de la Ley Hipotecaria, que los requirentes exhibían al Notario cuatro obligaciones hipotecarias al portador, serie A, números 6 a 9, de la emisión integrada por un total de nueve obligaciones de la misma serie emitidas por don M. D. T. y doña P. A. C., formalizada en escritura autorizada el 8 de abril de 1991 por el Notario de Madrid, don Antonio de la Esperanza Martínez-Radfo garantizadas con hipoteca sobre la finca 3.880 del Registro de la Propiedad número 2 de Guadalajara, finca actualmente inscrita a favor de los requirentes por habérsela adjudicado en procedimiento judicial seguido precisamente para

la ejecución de la misma hipoteca en cuanto garantizaba las restantes obligaciones integrantes de la misma emisión. El Notario hizo constar que se le exhiben dichos títulos y previo cotejo con la escritura de emisión los inutilizó.

II. Presentada copia de dicha acta en el Registro de la Propiedad número 2 de Guadalajara fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por el defecto insubsanable de que no se ajusta a lo establecido en el artículo 156 de la Ley Hipotecaria, que exige para cancelar las inscripciones de hipotecas constituidas con objeto de garantizar títulos al portador, que los títulos se encuentren en poder del deudor, cosa que no sucede en el caso de la escritura calificada ya que se encuentran en poder del titular actual de la finca hipotecada, persona distinta del emitente de las obligaciones, es decir, del deudor. Dicha persona no tiene la facultad de cancelar la hipoteca a que se refiere el documento por haber desaparecido esta posibilidad (que sí tenía, según el Reglamento Hipotecario de 1915) de la actual legislación hipotecaria. Al ser insubsanable el defecto no se practica anotación de suspensión, la cual tampoco ha sido solicitada. Contra la presente nota de calificación puede interponerse recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia en el plazo de cuatro meses a contar de la fecha de la misma, según se regula en los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 111 y siguientes del Reglamento para su aplicación. Guadalajara, 2 de agosto de 1996. El Registrador». Sigue la firma.

III. El Notario autorizante del acta interpuso recurso gubernativo frente a la anterior calificación, argumentando: Que si bien los títulos se encuentran en poder de los actuales titulares de la finca, éstos también son deudores actuales subrogados en el préstamo incorporado a las obligaciones garantizadas con la hipoteca, pues adquirieron tal finca en virtud de procedimiento de ejecución seguido para el cobro de los restantes títulos, por lo que es de aplicación lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 155 de la Ley Hipotecaria para el caso de ejecución de parte de ellos, y conforme al cual queda subsistente la hipoteca correspondiente al valor de los no ejecutados, entendiéndose que el rematante las acepta y se subroga en ellas sin destinar a su pago o extinción el precio del remate, subrogación sobre la que existe casi unanimidad en la doctrina que lo es no sólo en la hipoteca sino también en la responsabilidad personal; que por ello el artículo 231 del Reglamento Hipotecario contempla el supuesto de que, subrogado el rematante en la responsabilidad de cargas o gravámenes anteriores, su importe sea satisfecho por el primitivo deudor, entendiéndose que éste se subroga, según el artículo 118 de la Ley, en los derechos del titular de unos y otros para exigir su importe al rematante o adjudicatario; que por tanto no es cierta la afirmación de la nota de que no están los títulos en poder del deudor; que, además, entiende el recurrente que aunque no se hubiera producido esa subrogación en la deuda también procedía la cancelación, habida cuenta de que aunque los otorgantes del instrumento cuya inscripción se deniega no se hubieran subrogado en la deuda, al pagar a los tenedores de las obligaciones el importe de la deuda han adquirido el crédito, convirtiéndose en acreedores (art. 150 de la Ley) y pueden: O transmitirlo a un tercero o extinguirlo; que esto último es lo que han realizado mediante la inutilización de los títulos con lo que extinguido el crédito procede la cancelación de la hipoteca conforme al artículo 79 de la Ley para lo que prestan el consentimiento exigido por el artículo 82; que si bien el artículo 156 regula procedimientos especiales de cancelación es por la

dificultad práctica de poder obtener el consentimiento de los tenedores o de todos ellos, pero que si se presentan los títulos y consiente la cancelación su titular no es preciso acudir a ninguno de estos procedimientos; y por último, que si bien el vigente Reglamento Hipotecario no ha recogido la regla del artículo 183 del Reglamento de 1915, ello no quiere decir que los principios que se inspira no estén recogidos en la legislación vigente, pues si bien en ésta no hay norma que contemple la cancelación a instancia del hipotecante por deuda ajena o por el tercer poseedor, es evidente que los interesados en la cancelación son éstos y no el deudor al que sólo le interesará la carta de pago de la deuda, pero no la cancelación de la hipoteca que tan sólo tendrán interés en obtener si son titulares de la finca o derecho hipotecado, por lo que las normas sobre cancelación a solicitud del deudor han de entenderse aplicables al tercer poseedor o propietario de la finca como verdaderos interesados en la cancelación.

IV. El Registrador informó en defensa de su nota acudiendo a los siguientes fundamentos: Que como consecuencia de la doctrina de la Resolución de 29 de diciembre de 1914, el artículo 183 del Reglamento Hipotecario de 1915, vino a admitir la cancelación de las hipotecas en garantía de títulos endosables pudieran cancelarse por el deudor o tercer poseedor en cuyo poder estuvieran los títulos, posibilidad que la Orden de 5 de febrero de 1940 extendió al caso de títulos al portador y al supuesto de que estuvieran en poder de cualquier persona que tuviera interés conocido en la cancelación; que si la reforma de 1944 mantuvo los mismos criterios que la Ley anterior en materia de hipoteca en garantía de títulos endosables y al portador y, por el contrario, el Reglamento suprimió la posibilidad de cancelaciones de las constituidas en garantía de títulos al portador a solicitud del tercer poseedor o interesado ha de entenderse que quiso suprimir tal posibilidad; que la pretendida casi unanimidad de la doctrina, al considerar al rematante de la finca hipotecada como subrogado en la deuda garantizada con cargas preferentes no es tal, pues son muchos los autores, cuya doctrina examina, que entienden limitada la subrogación a la responsabilidad real y no en el sentido de que opere una asunción de la obligación personal; que el artículo 231 del Reglamento Hipotecario, aducido por el recurrente, lo que contempla es el supuesto de que la obligación garantizada por la carga preferente que subsiste en la ejecución hubiera sido pagada con anterioridad por el deudor o tercer poseedor, no el supuesto de que la misma haya sido pagada después, sin olvidar que se remite al artículo 118 de la Ley, remisión que ha de entenderse realizada a su apartado 2.º en el que no se contempla la asunción de la deuda; que no se cumplen las reglas generales de la Ley Hipotecaria sobre cancelación, pues la doctrina fundamental, recogida en los artículos 82 y 83, es la necesidad de consentimiento del titular registral, dejando a salvo las normas especiales que sobre determinadas cancelaciones se comprenden en la propia Ley, entre las que está el artículo 156 para las hipotecas en garantía de títulos, dada la dificultad de obtener en tal caso el consentimiento de unos acreedores plurales e indeterminados; que tampoco concurre la regla general del artículo 179 del Reglamento Hipotecario en orden a la prestación de consentimiento por el acreedor, pues tal consentimiento ha de prestarse en escritura pública, y en este caso estamos en presencia de un acta notarial que no puede, por su propia naturaleza, recoger esa prestación de consentimiento; y que, por último, no puede tomarse en consideración la diferencia que establece el legislador para la cancelación de hipoteca en garantía de títulos endosables y al

portador, pues los primeros, al estar identificado el acreedor por el endoso, cabe la cancelación en virtud de escritura otorgada por el mismo, en tanto que la falta de identificación del acreedor en los segundos obliga a acudir a la solución de que la cancelación la solicite el deudor previa recogida e inutilización de los títulos.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dictó auto estimando el recurso y revocando la nota de calificación fundándose en que los rematantes de la finca se subrogaron en la condición de deudores en virtud del remate en cuanto a la obligación de pago del resto de los títulos que no acudieron en su día a la ejecución y como tales deudores están legitimados para cancelar la hipoteca.

VI. El Registrador apeló el anterior auto refutando su argumentación sobre la existencia de una asunción de la deuda en virtud del remate de la finca como consecuencia de la ejecución hipotecaria y la consiguiente legitimación de los solicitantes como deudores para solicitar la cancelación.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.861 del Código Civil; 6, 79.2.º, 80.2.º, 82, 105 y 156 de la Ley Hipotecaria, y las Resoluciones de 29 de diciembre de 1914, 3 de diciembre de 1986 y 30 de octubre de 1989.

1. Se plantea en el presente recurso la posibilidad de cancelar una hipoteca en garantía de títulos al portador a solicitud del tenedor de los mismos, que en este caso es el tercer poseedor de la finca hipotecada, previa su exhibición al Notario autorizante del acta en que aquélla se solicita, que da fe de haberlos cotejado e inutilizado.

2. Conforme establecen los artículos 79.2.º y 80.2.º de la Ley Hipotecaria, podrá pedirse y deberá ordenarse, en su caso, la cancelación total o parcial de las inscripciones cuando se extinga por completo o se reduzca el derecho inscrito, siendo necesario para ello presentar en el Registro los títulos o documentos que acrediten la extinción de tal derecho (art. 173 del Reglamento Hipotecario). El carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado (arts. 1.861 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria), determina que la extinción del crédito conlleve la del derecho de garantía.

3. En el caso de títulos al portador, la incorporación del derecho al documento, unida a la legitimación que la posesión de éste brinda para el ejercicio de aquél, implican que la destrucción o inutilización del título acarree la extinción del derecho incorporado, por lo que, acreditada fehacientemente a través de acta notarial aquella inutilización, se dan los presupuestos legales para la cancelación de la garantía, tal como expresamente se recoge en el artículo 156 de la Ley Hipotecaria, sin que la referencia del mismo al supuesto de que aquéllos obren en poder del deudor, sin duda por ser el más frecuente, pueda excluir la misma solución cuando lo solicite cualquier persona legitimada conforme al artículo 6.º de la Ley Hipotecaria.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

Madrid, 22 de diciembre de 1999.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

COMENTARIO

Se plantea el problema de cómo debe cancelarse la inscripción de una hipoteca en garantía de obligaciones al portador, y si es posible proceder a dicha cancelación cuando los títulos emitidos estén en manos de un tercer poseedor, en lugar del deudor que expresamente establece el artículo 156.2 LH.

En principio, la regla general para practicar cancelaciones se encuentra recogida en el artículo 82 LH, que exige para ello la escritura pública que contenga el consentimiento del titular del derecho que se va a cancelar, o en su defecto, la correspondiente sentencia firme que ordene la cancelación.

Pero las especiales características de los títulos al portador hace que sea inaplicable dicha regla general para su cancelación. Estos se caracterizan por la indeterminación personal del acreedor o titular de los títulos a la orden o al portador, y la incorporación del crédito a los mismos. Luego, en las hipotecas que los garantizan el titular es indeterminado, cambia incesantemente, haciéndose imposible o muy difícil obtener un consentimiento cancelatorio tal y como exige el artículo 82 LH. Además, esto se complica si tenemos en cuenta que la hipoteca va distribuida entre varios títulos, y por lo tanto, existe una pluralidad de acreedores hipotecarios, lo que dificulta todavía más el obtener su consentimiento y su acuerdo para ello.

Por todo esto, su cancelación debe someterse a reglas especiales que se recogen en los artículos 156 LH, y 211 y 212 RH, cuya admisibilidad tiene base en el propio artículo 82, último párrafo, al decir que «lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las normas especiales que sobre determinadas cancelaciones se comprenden en esta Ley».

El artículo 156 LH establece cómo debe cancelarse la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, distinguiendo, según se trate, de una cancelación total o parcial, y los supuestos en los que se hayan emitido efectivamente, o no, las obligaciones garantizadas. En el caso de la presente resolución, se pretende la cancelación total de la inscripción de la hipoteca, y como las obligaciones han sido emitidas efectivamente para su cancelación, habrá que aplicar lo que a tal efecto dispone el artículo 156.2 LH. Este artículo dice que «las inscripciones de hipotecas constituidas con objeto de garantizar títulos al portador se cancelarán totalmente si seiere constar por acta notarial estar recogida y en poder del deudor toda la emisión de los títulos debidamente inutilizados».

Esta regla sustituye el consentimiento cancelatorio de los acreedores hipotecarios (ante la imposibilidad de obtenerlo), y con el que se prueba que han sido reintegrados en su crédito y aceptan, consecuentemente, la cancelación de la hipoteca que lo garantiza, por el hecho de que las obligaciones se encuentren debidamente inutilizadas en poder del deudor, pues esto demuestra sobradamente que el crédito establecido —y con él la hipoteca— se ha extinguido (ya que el crédito va incorporado al título), cumpliéndose, al igual que en el caso del artículo 82.1 LH, la premisa fundamental de la cancelación que no es otra que la extinción del derecho inscrito.

Siendo ésta la *ratio legis* del artículo 156.2 LH, el Registrador de la Propiedad rechaza la cancelación de la hipoteca correspondiente, ya que los títulos no se encuentran en poder del deudor emitente, sino del adjudicatario o rematante, nuevo propietario de la finca hipotecada, y según él, no se cumple con lo establecido en el artículo 156 LH.

La Resolución de 29 de diciembre de 1914 consideró legitimado para pedir la cancelación de una hipoteca en garantía de títulos al portador, no sólo al emitente, sino también al tercer poseedor de finca hipotecada. En concreto esta resolución mantuvo que «por sujetar las hipotecas directa e inmediatamente los bienes al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituyen, el tercer poseedor puede verse perturbado en el aprovechamiento de la cosa por las reclamaciones del acreedor, ser requerido de pago con las formalidades legales, o sufrir quebranto en su patrimonio como consecuencia del ejercicio de la acción hipotecaria, y tiene por lo tanto un interés tan directo en la extinción de la deuda principal como el mismo obligado, ostentando asimismo, en cierto sentido, el carácter de deudor subsidiario respecto de la prestación garantizada por la finca sobre la que recae el gravamen. A mayor abundamiento, en el presente caso, los títulos recogidos por la sociedad emisora, o por la comanditaria que la sucedió en sus derechos y obligaciones, han estado realmente en poder del deudor, y están actualmente en poder del tercer poseedor, quien además de hallarse implícitamente autorizado para otorgar el acta de cancelación por el hecho de la transmisión de la propiedad en concepto de libre de cargas, garantizar con su propio interés el cumplimiento escrupuloso de las condiciones de amortización e inutilización de los títulos representativos». Así lo ha admitido también la mayoría de la doctrina (1), basándose principalmente en el hecho de que la tenencia por el tercer poseedor de los títulos emitidos e inutilizados, justifica plenamente la extinción del derecho, que es lo que pretendía el artículo 156 LH, con la exigencia de que fuera el deudor emitente el que los tuviera recogidos y debidamente inutilizados.

Esta tesis puede aplicarse perfectamente al caso de la resolución que se analiza, pues la tenencia por el adjudicatario (tercer poseedor de finca hipotecada) de los títulos inutilizados equivale, en el sentido de prueba de extinción del derecho, a la tenencia de los mismos por el deudor, ya que es la inutilización por el notario lo verdaderamente relevante, pues significa la comprobación del previo pago de las obligaciones, y su correspondiente extinción. Luego, parece que, en principio, el adjudicatario, propietario de la finca hipotecada, podrá asimismo solicitar la cancelación.

Si tenemos en cuenta, como hemos dicho, que lo que subyace en el artículo 156.2, es la prueba de la extinción del derecho como premisa o fundamento de la cancelación, una vez probada ésta, debería poder procederse a la cancelación. La DGRN sigue esta argumentación, y considera que una vez acreditada suficientemente la extinción del derecho (lo cual sucede, pues se presenta acta notarial de inutilización de los títulos, lo que se traduce en la extinción del derecho, pues éste va inexorablemente incorporado a aquél), se cumplen los presupuestos legales para la cancelación de la garantía. Y añade la DGRN que la referencia que hace el artículo 156 LH a que los títulos estén en poder del deudor, no puede «excluir la misma solución cuando lo solicite cualquier persona legitimada conforme al artículo 6 LH».

Esta misma doctrina es la que subyace en las Resoluciones de la DGRN de 3 de diciembre de 1986 y 30 de octubre de 1989, pues de ellas se extrae la idea

(1) CAMY SÁNCHEZ-CANETE, *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993, pág. 173; CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 1568 y sigs.; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 418.

de que para cancelar una inscripción basta con acreditar fehacientemente la extinción del derecho inscrito. En concreto, la DGRN mantiene que «dicho principio (el de salvaguardia judicial de los asientos registrales, que tiene como consecuencia la exigencia del consentimiento del titular registral para su cancelación) ha de cohererarse con el no menos importante de concordancia entre el contenido tabular y la realidad jurídica extrarregistral; de modo que acreditada suficientemente (art. 3 LH) la extinción del derecho inscrito, cualquiera que fuese su causa determinante, procederá la cancelación del asiento respectivo sin que sea necesario el consentimiento cancelatorio de su titular, y así ha de ocurrir, igualmente, dada su accesoriadad con el derecho real de hipoteca, cuando la obligación asegurada queda extinguida por pago y éste sea debidamente justificado al Registrador...»

Pues bien, no podemos objetar nada al hecho de que si se acredita la extinción del derecho debe cancelarse la inscripción del asiento que lo publica para concordar el Registro con la realidad jurídica extrarregistral, pues ésta es una de las misiones del asiento de cancelación. Además, el asiento de cancelación tiene siempre como fundamento la extinción del derecho inscrito —salvo los supuestos de ineficacia del asiento—, la cual es, por lo tanto, previa al mismo, y no al revés, como a veces se ha mantenido, debido a que el asiento de cancelación no extingue derechos, sino que constata esa extinción antecedente. Es más, me parece correcto, en aras de la rapidez y eficacia del tráfico, que para cancelar baste con la prueba de la extinción del derecho inscrito. De esta forma se flexibiliza el rígido sistema contenido en los artículos 82.1 LH y 179 RH que exigen el consentimiento del titular inscrito. Consentimiento cuya única justificación se encuentra en el «miedo» que tuvo el legislador de privar de un derecho a su titular, sin su anuencia, como consecuencia de la «excesiva» protección que se pretendió dar al titular registral en un desarrollo extremo del principio de legitimación.

Con esta nueva línea doctrinal se facilitan mucho las cosas, pero hay que poner de relieve que se corre el riesgo de «inutilizar», primero el artículo 82.1, pero, por extensión, y como en este caso, determinados preceptos legales especiales en materia de cancelación, no teniendo en cuenta su letra; lo que nos lleva a considerar más adecuada una aplicación moderada de estas ideas mientras no vayan precedidas del correspondiente cambio legislativo.

M. G. R. A.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

Por ELENA MÚGICA ALCORTA

COMUNIDAD DE BIENES: ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO *SOBRE COSA ESENCIALMENTE INDIVISIBLE*. (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1998.)

La facultad que confiere el artículo 400 del Código Civil en orden a la división material de la cosa poseída en común no se configura cuan un derecho incondicional y absoluto, toda vez que el propio texto legal se encarga de establecer ciertas limitaciones a semejante división, concretamente en los artículos 401, 404 y 1.062, aplicable este último en virtud de la remisión que efectúa el artículo 406, cuyos límites son expresión, respectivamente, de la concurrencia de alguno de los siguientes presupuestos técnicos: inservibilidad para el uso a que estuviera destinada, indivisibilidad esencial y gran desmembramiento. La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha conjugado los criterios de tales preceptos para hablar de indivisibilidad jurídica, en el sentido de oposición a la material, y por supuesto, todo ello viene a representar una cuestión de hecho de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora o, a lo sumo, una cuestión valorativa pero dependiendo, en todo caso, de los hechos acreditados.

DOMINIO: CONCEPTO. (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1998.)

El artículo 33 CE contiene una doble garantía del derecho de propiedad, ya que se reconoce el mismo desde una vertiente institucional y desde una vertiente individual, esto es, como derecho subjetivo debilitado, el cual cede para convertirse en un equivalente económico cuando el bien de la comunidad, por referencia a los conceptos de utilidad pública o interés social, legitima su expropiación (STC de 2 de diciembre de 1983).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en el mismo sentido ha dicho que el derecho de propiedad es un derecho no comprendido en la Sección 1.ª del

Capítulo II del Título I CE ni, por tanto, en el ámbito especial del proceso preferente y sumario reservado para los derechos fundamentales referidos.

También, sobre este tema, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene declarado que una medida privativa de la propiedad debe encontrar un justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de salvaguardia de los derechos fundamentales del individuo, y es necesario para lograrlo poner atención a las condiciones de la indemnización (sentencia de 8 de julio de 1986 —caso Lithgow y otros—).

CONSTITUCION DE HIPOTECA: NULIDAD EX ARTICULO 878, PARRAFO 2.º DEL CODIGO DE COMERCIO. (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1998.)

En aplicación del artículo 878, párrafo 2.º del Código de Comercio, los perjuicios a la masa no sólo se han de estimar producidos cuando hay un detrimento patrimonial o disminución del haber de la masa del quebrado, puesto que cabría hablar de algunos supuestos de actos perjudiciales a la masa, incluso sin que se produzca aparente merma. Así en supuestos como el de autos, en que sin producirse detrimento patrimonial, se pactó con el acreedor para seguridad de una deuda preexistente una garantía hipotecaria, que como tal comporta enajenación del poder de disposición, creación de un derecho real sobre la cosa y, además, alteró la situación del crédito ahora con mejor graduación al establecer una prelación y preferencia para el cobro de una deuda que tenía el carácter de común, todo con evidente ruptura del principio *pars creditorum*.

TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITO DE TITULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO. ADQUISICION DE DOMINIO: TITULO Y MODO. TRADICION INSTRUMENTAL. PRIORIDAD REGISTRAL. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1998.)

Procede la desestimación de la tercera de dominio cuando el embargo se materializa con anterioridad a la escritura de elevación a público del documento privado de compra que es, a falta de otro aspecto concreto, el instrumento que contiene la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código Civil.

No puede adoptarse un tratamiento diferenciado entre el efecto de la presentación en el Registro de la Propiedad del mandamiento para la anotación preventiva y el efecto de la presentación de la escritura de propiedad. No hay en la LH una regulación diferenciada para las anotaciones preventivas en orden al principio de prioridad registral. El hecho de que los efectos del asiento de presentación vayan referidos a las inscripciones en los artículos 24 y 25 LH es motivado a que la Ley, que carece de un enunciado general del principio de prioridad, hace del mismo una aplicación particularmente arquetípica en materia de inscripciones. El efecto de prelación o rango, cuando el título posterior no es incompatible, viene reconocido por la generalidad de la doctrina. Y el Registrador, al efectuar la anotación a pesar de que ya existía en el momento de hacerla nota de presentación de la adquisición de la propiedad, no hace sino aplicar estos mismos principios. Si en lo material no se acredita la existencia de transmisión de dominio anterior al embargo, en lo

registral la prioridad es también favorable al embargo por la fecha de presentación al Libro Diario y, en definitiva, por la materialización de los respectivos asientos. Recuérdese en este orden de ideas, la STS de 3 de noviembre de 1982: «dado que el asiento de presentación no sólo determina la prioridad registral, sino que inicia los efectos tabulares de los títulos, aún sin necesidad de practicar el asiento definitivo, es claro que mientras subsiste despliega eficacia como si tales asientos se hubieran practicado».

COMUNIDAD DE BIENES: EJERCICIO DE ACCIONES POR UN CONDUENÑO EN BENEFICIO DE LOS OTROS. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1998.)

Hechos.—Las viviendas de unos edificios gozan de una servidumbre de instalación de un depósito de gas propano en el predio sirviente.

Doctrina de la Sentencia.—Se produce una cotitularidad del derecho de servidumbre, organizada en comunidad conforme al artículo 392 del Código Civil. Así la situación, no queda sino mentar la posición jurisprudencial según la cual cualquiera de los condueños puede comparecer en juicio en asuntos atañentes a los derechos de la comunidad, ya sea para ejercitarlos, ya para defenderlos, siempre que lo haga en beneficio de todos, y la sentencia dictada en su favor aprovechará a sus compañeros, sin que les perjudique la contraria.

TANTEO CONVENCIONAL. (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 1998.)

Hechos.—Contrato de compraventa de participaciones indivisas de un inmueble con pacto de derecho de tanteo en favor de los copropietarios.

Doctrina de la Sentencia.—No nos hallamos ante un derecho de retracto legal regulado en los artículos 1.521 y siguientes del Código Civil, sino ante un derecho de tanteo convencionalmente establecido que, si bien no se halla regulado en nuestro Derecho positivo, es admitido por la doctrina y la jurisprudencia, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad sancionado por el artículo 1.255 del Código Civil, debiendo estarse en cuanto a su titularidad y ejercicio a lo pactado.

COMUNIDAD DE BIENES: DISPOSICION DE LA COSA COMUN. USUCAPION: REQUISITOS DE BUENA FE Y DE POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO. (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1998.)

La comunidad hereditaria, en cuanto recaente sobre la totalidad del patrimonio del causante (*universitas*), no en cuanto referida a bienes concretos aisladamente considerados de dicho patrimonio, participa de la naturaleza de la comunidad de tipo romano, por lo que le es aplicable el artículo 397 del Código Civil, con arreglo al cual los actos dispositivos de dichos bienes, integrantes de la referida comunidad hereditaria requieren el consentimiento unánime de todos los coherederos y, en consecuencia, ha de considerarse ineficaz (nula, en este caso), la donación que un heredero hace de todos los bienes integrantes de la herencia.

Son requisitos que condicionan la virtualidad adquisitiva de la usucapión ordinaria los de que el usucapiente posea los bienes de buena fe y en concepto de dueño. Ninguno de los dos expresados requisitos concurren en el caso examinado, ya que consistiendo la buena fe del poseedor en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio (art. 1.950 del Código Civil), dicha fe no ha existido en el donatario, conocedor de que el donante no era propietario de los bienes que donaba, sino que los poseía con el carácter de coheredero en beneficio de todos los demás coherederos, con cuyo mismo carácter pasó a poseerlos el donatario, el cual tampoco los poseyó en concepto de dueño, pues conocía que los referidos bienes pertenecían a la herencia todavía indivisa del causante y, por tanto, correspondían a todos los coherederos del mismo, entre los cuales se encontraba el donante, pero no era propietario exclusivo para poder transmitirle la propiedad de los mismos.

No existe ningún precepto que sostenga que la posesión en concepto de dueño deba presumirse, pues lo que el artículo 448 del Código Civil establece es que el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título.

ACCION PUBLICANA: DIFERENCIAS CON ACCION REIVINDICATORIA. EJERCITADA POR LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS EN PROPIEDAD HORIZONTAL. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1998.)

La acción reivindicatoria es la ejercitada por el propietario que no posee contra el poseedor que carece de derecho a poseer y lleva consigo la declaración de propiedad. En el caso de autos, las partes están de acuerdo en que una parte de jardín es elemento común de la comunidad; más que la acción reivindicatoria, la comunidad ha ejercitado la llamada acción publicana y acreditado el mejor derecho a poseer. En el ordenamiento procesal español no es preciso —como sí ocurría en el Derecho romano— que la acción que se ejercita sea designada expresamente por su nombre correcto, por lo cual se ha ejercitado la acción para reclamar el mejor derecho a poseer de parte del jardín, elemento común.

El acuerdo de la Junta de Propietarios para que quede libre una parte del jardín, elemento común, ocupado por un grupo de propietarios, puede ser aprobado por mayoría, como dispone el artículo 16, 2.ª LPH, sin requerir la unanimidad de la regla 1.ª, pues no supone modificación alguna de los estatutos o del título constitutivo.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS. (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1998.)

Hechos.—Acuerdo mayoritario de la Junta de Propietarios para la sustitución de un portero con plena dedicación por un conserje, cuando los estatutos prevén como elementos comunes la portería y la vivienda del portero.

Doctrina de la Sentencia.—Tal acuerdo no se refiere más que a la forma de prestar el servicio de portería, sin que conlleve ninguna disposición sobre elementos comunes (portería y vivienda del portero), pues, obviamente, no

puede considerarse que tenga esta calificación jurídica (elemento común) la mera forma de prestar un servicio común. Entra en la soberanía de la Junta de Propietarios acordar mayoritariamente lo procedente al caso.

PROPIEDAD HORIZONTAL: RESERVA DE LA FACULTAD DE MODIFICACION DE ELEMENTOS PRIVATIVOS SIN APROBACION DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS. VALOR DE LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN. (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1998.)

Hechos.—El propietario de unos locales en un edificio en régimen de propiedad horizontal, cuyos estatutos le autorizan para la división y comunicación de locales colindantes, lleva a cabo la división de locales y la construcción de plantas, para crear nuevas plazas de garaje. En el recurso de casación se denuncia al amparo del artículo 1.692, número 4.º LEC, infracción de doctrina contenida en Resoluciones de la DGRN y sentencias del TS que admite que en la escritura de división horizontal se autorice a los propietarios la división o agrupación de los distintos locales y el derecho a elevar nuevas plantas sin autorización de la Junta de Propietarios.

Doctrina de la Sentencia.—Si bien es cierto que la LPH, en el artículo 8, hable de división material de pisos o locales y sus anejos, lo que en ningún pasaje admite la Ley es que tales obras, incluso previstas estatutariamente, puedan alterar elementos comunes, la estructura del edificio, construyendo anclajes en entreplantas, pilares, zapatas de cimentación del edificio y, como todo eso se ha hecho sin autorización de la comunidad, no puede prosperar un motivo que empiece citando la respetable doctrina de la DGRN, que no tiene la consideración de jurisprudencia, y que además en ninguna de sus Resoluciones ha convalidado las actuaciones como la llevada a cabo en el supuesto litigioso, y que continúa con sentencias de la Sala Primera del TS, ninguna de las cuales contempla casos como el de autos de alteración de elementos comunes.

Quien, contra Ley y contra estatutos, lleva a cabo alteraciones de elementos comunes puede ser condenado en juicio a instancia de la comunidad a restituir las cosas a su anterior estado, sin que ello sea calificable de ejercicio antisocial del derecho.

USUFRUCTO DE COSA COMUN. (SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 1998.)

El artículo 469 del Código Civil regula lo que doctrinalmente ha venido en llamarse usufructo vitalicio que grava una parte alcuota de una cosa común. El caso contemplado plasma una cotitularidad o copropiedad de derechos, que significa que cada titular puede utilizar la cosa común en su provecho siempre que no obstaculice o impida al otro utilizarla como a su derecho corresponde. El establecimiento de unos turnos anuales de utilización de la vivienda común, para el ejercicio de los derechos de propietario y usufructuario no ataca ni varía el sentido del artículo 469 del Código Civil, pero sí cumple las normas para la distribución de la cosa común que preconiza el artículo 398 del Código Civil.

DERECHO DE OPCION. (SENTENCIA DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

Al permitir el artículo 14 RH la inscripción del contrato de opción de compra, ello viene a significar la naturaleza real del derecho de opción, pronunciándose en el mismo sentido la Ley 460 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra al decir que los derechos de opción, tanteo y retracto voluntarios tendrán carácter real cuando así se establezca.

Es indudable que el acceso registral del derecho de opción se impone *erga omnes*, pero también lo es que la inscripción no opera el cierre del Registro, pues el propietario de una finca concedente de un derecho de opción, aún después de la inscripción, puede enajenar o gravar la cosa, y en igual sentido se manifiesta la Ley 461 de la Compilación Civil de Navarra, al decir, en su inciso final, que «los actos de disposición por el dueño de la cosa, objeto de la opción, no perjudicarán este derecho». El alcance *erga omnes* significa, como es lógico, que cuando un ulterior comprador adquiere el inmueble objeto de la opción inscrita, ésta surte efecto contra ese comprador.

El titular registral de una anotación preventiva de embargo, posterior a la inscripción del derecho de opción, goza de la protección dispensada por los artículos 34 y 38 LH y de la preferencia reconocida en el artículo 44 LH, en relación con el artículo 1.923.4.º del Código Civil. Dicha situación no puede comportar, sin más, la cancelación de aquella anotación por el hecho de ejercitarse el derecho de opción, sin que ello implique, desde luego, desconocer la efectividad y realidad del mentado derecho.

PROPIEDAD: CONCEPTO. (SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

Hechos.—Instalación de una tubería de conducción de aguas residuales a través de la finca de un particular, sin tramitación de proceso de expropiación ni pago de indemnización.

Doctrina de la Sentencia.—El TC en su emblemática sentencia de 26 de marzo de 1987, determina la función social del derecho de propiedad como delimitación de su contenido. O sea, el derecho de propiedad regulado en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho subjetivo que tutela y protege jurídicamente a su titular, el propietario, pero que está delimitado y sujeto por el cumplimiento de funciones sociales.

La propiedad privada no es un derecho fundamental de los explicitados en la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero de la CE. Pero ello no significa que cualquier persona pueda ser, sin más ni más, privado no sólo de la titularidad, sino también de los efectos del derecho de propiedad, por mucho que sea el interés social que se persiga, sin cumplir unos determinados requisitos, plasmados de forma genérica en el artículo 33.3 CE y de una manera concreta por la LEF. Pues otra cosa sería llegar a un concepto anarquista del derecho de propiedad, o de colectivización de la tierra, que ni con mucho ha pretendido la CE ni la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del TC y de la Sala Primera del TS.

En el caso examinado, prescindiendo del interés social de la obra, que pudiera tenerlo, la misma se ha realizado provocándose un ataque frontal a un derecho individual reconocido constitucionalmente, con lo que se han causado perjuicios y se han modificado configuraciones que deben ser repa-

rados o restablecidos, tal como se infiere de lo dispuesto en el artículo 33 CE y en los artículos 348 y 349 del Código Civil.

ACCION CONTRADICTORIA DE DERECHOS INSCRITOS: LA DECLARACION DE NULIDAD DEL CONTRATO INSCRITO CONLLEVA LA CANCELACION DEL ASIENTO. (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

Hechos.—Acción para que se declare que determinados deudores están obligados a liberar la finca ajena de la hipoteca constituida en garantía de su deuda.

Doctrina de la Sentencia.—Aún en el supuesto de que, a efectos meramente dialécticos, se admitiera que la acción es contradictoria de un derecho real inscrito (que no lo es), no podría en ningún caso desconocerse que la más reciente y ya consolidada doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, matizando las consecuencias en la esfera del proceso del principio de legitimación registral, tiene declarado que, superando una interpretación rigorista del precepto contenido en el artículo 38, párrafo 2.º LH, que exigía el ejercicio previo o, al menos, coetáneo, con la acción contradictoria del dominio o de un derecho real inscrito, de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral correspondiente, se pasa a la actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio o de un derecho real inscritos a nombre de otro en el Registro de la Propiedad sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta última petición y no puede ser causa de que se deniegue la formulada respecto a la titularidad dominical o al derecho real correspondiente.

COMUNIDAD DE BIENES: ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO EN CASO DE SUBCOMUNIDAD. (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

Dentro de la comunidad formada por varios titulares conviene otra, que llamaríamos subcomunidad, constituida por los que son titulares de cuotas dentro de la primera. Ni repugna al sentido común y jurídico que esos subcomuneros quieran extinguir la subcomunidad, ni mucho menos que los demás titulares de cuotas no hayan de intervenir en el pleito en que se quiere conseguir lo primero, porque la sentencia que se dicte les es completamente indiferente, ya que ni les va a otorgar ni les va a quitar derechos que tuvieran en la comunidad.

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR. (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

Debe desestimarse la acción declarativa de la propiedad cuando el actor no ha probado el título alegado, sin que baste al efecto la manifestación en acta notarial acerca de la propiedad de la finca, por cuanto la fe pública notarial

no demuestra otra cosa que la manifestación en sí se hizo, pero tal afirmación por sí sola no permite tener por probado el hecho mismo de la propiedad.

TERCERIA DE DOMINIO: OBJETO. REQUISITO DE TITULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO. (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

Hechos.—Vivienda comprada por una esposa en régimen de separación de bienes con anterioridad a la traba del embargo.

Doctrina de la Sentencia.—La finalidad institucional de toda tercera de dominio es la de liberar de un embargo a un determinado bien, que pertenezca con anterioridad a la traba a un tercero, que sea ajeno a la deuda reclamada en garantía de la cual se trabó el referido embargo.

En el supuesto litigioso la vivienda es un bien privativo de la esposa compradora, en su totalidad (no en copropiedad o condominio ordinario, por mitad, con su esposo). Probado que dicha adquisición es muy anterior a la traba del embargo sobre la misma, en garantía del pago de una deuda exclusiva del esposo, debe prosperar la tercera de dominio.

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1998.)

Hechos.—Construcción de una escalera interior entre dos elementos privativos, realizada por el propietario de ambos.

Doctrina de la Sentencia.—Por las características de la construcción de tal escalera ha de entenderse obra que afecta a un elemento común a tenor de la sanción del artículo 16 LPH, en relación con los muros de las divisorias de cada planta. Igualmente afecta a la configuración del edificio, pues se modifica la distribución originaria en varios pisos y locales.

No obstante, la actuación de la comunidad de propietarios no se ajusta a un ejercicio leal, en defensa de los intereses comunitarios, al perseguir después de más de diez años la destrucción de una obra tan antigua y aceptada por todos.

APROVECHAMIENTO DE AGUAS. (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1998.)

Hechos.—Un Ayuntamiento, actuando por las vías de hecho y contraviniendo la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, y el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, realiza obras con la finalidad de efectuar a su favor un aprovechamiento de aguas directamente, en perjuicio de una comunidad de regantes y usuarios.

Doctrina de la Sentencia.—Los aprovechamientos hidráulicos, de carácter exclusivo, no obstante la naturaleza de públicas de las aguas en cuestión,

confieren a su titular un derecho semejante a los reales, que debe ser protegido y tutelado por éstos, con sujeción a las limitaciones temporales y otras de signo administrativo que enmarque su ámbito legítimo de utilización. En particular, el régimen transitorio de la Ley de Aguas 29/1985, pese a la regla general que impide pueda adquirirse por prescripción el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico (art. 50.2) admite la continuidad en el disfrute de quienes fueran titulares de aprovechamientos de aguas públicas por prescripción acreditada con anterioridad a la vigencia de la Ley (DT 1.^a).

No se trata en este asunto de enjuiciar ningún acto administrativo sino de restituir la situación jurídica posesoria que, amparada por la Ley, disfrutaba la comunidad de regantes y usuarios respecto del aprovechamiento hidráulico o, dicho con otras palabras, de reparar la actuación anti-jurídica y lesiva de la Administración, realizada sin cobertura legal. En este sentido, la alusión concreta a los interdictos que contiene el artículo 125 LEF que, a su vez, debe conectarse con el artículo 103 de la antigua LPA, como medios admisibles de tutela procesal interina, que rectamente entendidos no sólo se refieren a la protección posesoria de derechos reales, sino también de derechos que generan o amparan estados o situaciones permanentes o estables, no agotan ni excluyen las acciones de Derecho Común sean meramente declarativas o declarativas de condena que, obviamente, habrán de ejercitarse por medio de los procedimientos ordinarios. La legitimidad del orden jurisdiccional civil para conocer en estos casos viene asimismo reconocida por la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

LEGITIMACION REGISTRAL: ACCION CONTRADICTORIA DE DERECHOS INSCRITOS. (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1998.)

Ejercitada una acción contradictoria del dominio de unas fincas sin haberse pedido la nulidad o cancelación de la inscripción registral, sin embargo, la jurisprudencia ha mitigado la dureza del artículo 38 LH y permite que, aún no pidiéndose, se admita la demanda y, en su caso, se pondrá en la ejecución de la sentencia en consonancia el Registro con lo declarado en la sentencia.

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITO DE IDENTIFICACION DE LA FINCA. SERVIDUMBRE LEGAL DE LUCES Y VISTAS. (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1998.)

Para que prospere la acción reivindicatoria se requiere la indicación clara de la finca. Cuando tal indicación se trata de obtener por el actor, precisamente mediante la acción de deslinde en relación con los demandados colindantes, difícilmente puede ello derivar en una estimación de la acción reivindicatoria tras la práctica del correspondiente deslinde sobre una zona incierta.

Se confirma lo razonado por la Audiencia Provincial, en el sentido de que el artículo 582 del Código Civil reglamenta la limitación del propietario para abrir huecos de vistas sobre la finca del vecino, mas para que produzca su eficacia es preciso probar que no se dan las distancias que para abrir ventanas con vistas rectas u oblicuas prescribe el artículo mencionado.

ADQUISICION DEL DOMINIO: TITULO Y MODO. EN SUBASTA JUDICIAL. TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITO DE TITULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO. ANOTACION PREVENTIVA: EFECTOS. (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1998.)

Hechos.—Subasta judicial en la cual se suspendió el remate, ya que la postura de licitación era inferior a las dos terceras partes del tipo que sirvió de base a la subasta, por lo que tuvo que entrar en juego lo previsto en el artículo 1.506 LEC, sin que se hubiere aprobado o mandado llevar a efecto el remate, ya que solamente se notificó el resultado de la subasta a los propietarios de los bienes subastados.

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 609 del Código Civil se puede catalogar como el precepto que establece en nuestro ordenamiento la teoría del título y el modo, exigiéndose la concurrencia de tales requisitos como medio para adquirir la propiedad.

En el caso de autos no existe un verdadero título suficiente para adquirir la propiedad, puesto que no hay un acta judicial de remate definitivo. Sobre todo cuando el problema jurídico planteado ha sido resuelto ya por la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencias que especifican el valor del remate y del pago del precio respecto de los bienes enajenados en subasta judicial pública y su eficacia sobre la transmisión de la titularidad dominical aún antes de la expedición del testimonio que sirve para la inscripción. En efecto, ya la STS de 22 de marzo de 1946, apunta en esta dirección no obstante referirse a créditos, pues anticipa la transmisión al tiempo del remate «por haberse hecho pago del precio...» Con mayor claridad, y refiriéndose a inmuebles, la STS de 12 de febrero de 1985 considera «suficiente para justificar su título dominical» el «acta de remate que tuvo lugar en el procedimiento judicial sumario», «aunque no sea bastante para efectuar la inscripción registral, para lo que el artículo 131, regla 17.^a LH exige el consiguiente auto judicial, indispensable para llevar a cabo dicha inscripción, pero no para acreditar la titularidad que se cuestiona», habida cuenta del sistema español vigente de transmisión y adquisición del dominio de bienes inmuebles. El retraso en la expedición del auto no puede perjudicar al interesado, con independencia también de la adquisición de la posesión que, según el artículo 438 del Código Civil tiene lugar no sólo por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad, sino también «por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho».

Pero es más, se rechaza la tercera de dominio destacando que el embargo que se pretende dejar sin efecto es de fecha sensiblemente anterior al título que invoca como base el tercerista.

La anotación preventiva de un derecho supone siempre una situación que surge cuando no se puede realizar una inscripción registral sobre el mismo, en otras palabras, sirve para otorgar la fe pública registral respecto de derechos, intereses o situaciones que no pueden alcanzar la categoría de inscripción registral.

Dentro de las situaciones que pueden ser objeto de una anotación preventiva en el Registro de la Propiedad se encuentra el embargo judicial, y así se proclama en el artículo 42.2.º LH.

Ahora bien, el rango de la anotación preventiva de embargo es de naturaleza limitada siempre en relación a la inscripción, y ello significa que la anotación preventiva no se sobrepone, sin más ni más, a actos posteriores, y desde luego nunca servirá como base de tracto sucesivo a otra anotación preventiva de embargo que aunque recaiga sobre los mismos bienes tiene una causa y titularidad distintas. Todo lo cual impide reconocer preferencia a la anotación de embargo letra D sobre las fincas litigiosas frente a la anotación de embargo letra C, con base en otra anotación preventiva letra B por mor de una declaración de consorcialidad de una deuda, la cual no fundamenta la retroacción de la fecha de la anotación preventiva D ni la conversión en inscripción definitiva de la anotación letra B.

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1998.)

Se hacen las siguientes puntualizaciones en relación con la acción reivindicatoria:

Primera.—El título de dominio puede acreditarse por cualquier medio de prueba, sin que haya de identificarse necesariamente con la constancia documental del hecho generador, sino que equivale a prueba de la propiedad de la cosa en virtud de causa idónea para dar nacimiento a la relación en que el derecho real consiste, de manera que, en un examen conjunto de la prueba, sí puede darse importancia a las certificaciones catastrales en unión de la documental.

Segunda.—Corresponde a los Tribunales de instancia determinar si es o no suficiente el título presentado para probar el dominio.

Tercera.—Constituye cuestión de hecho la decisión del Tribunal sentenciador en orden a la identificación de la finca reivindicada, de manera que hoy sólo puede impugnarse por error en la valoración de la prueba, con cita de la norma hermenéutica legal que se considere infringida.

Cuarta.—La mayor o menor cabida de un inmueble no empece su identidad, y la medida superficial es un dato secundario de identificación, para la cual, conocida su naturaleza y situación, bastan los linderos.

FE PUBLICA REGISTRAL: REQUISITOS Y EFECTOS. (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1998.)

Hechos.—Como consecuencia de un procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, una finca es inscrita a favor del rematante y posteriormente a favor de los terceros adquirentes. Otro adquirente anterior no inscrito pretende se declare su dominio y la cancelación de dichas inscripciones, basándose en la declaración de nulidad de la subasta.

Doctrina de la Sentencia.—La fe pública registral despliega su eficacia protectora en favor del tercer adquirente que, de buena fe contrata confiando en lo que publica el Registro, aunque éste sea inexacto.

La buena fe exigida por el artículo 34 LH, para dispensar la plena protección de la fe pública registral al tercer adquirente, consiste en el desconoci-

miento por dicho tercer adquirente (presunto tercero hipotecario) de la verdadera situación jurídica del derecho adquirido en la parte no reflejada exacta o íntegramente en el Registro; o, lo que es lo mismo, en la ignorancia o desconocimiento por el tercer adquirente de la inexactitud registral, presumiendo el referido precepto la buena fe del tercer adquirente mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

La jurisprudencia proclama que para el surgimiento de la figura del tercero hipotecario, conforme a los requisitos que exige el artículo 34 LH, el acto adquisitivo del tercer adquirente ha de ser necesariamente válido, pues dicho precepto sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio. Pero dicha doctrina jurisprudencial carece de aplicación al supuesto litigioso, ya que el acto adquisitivo de los terceros adquirentes no adolece de vicio alguno de nulidad, sino que era plenamente válido, pues habiendo comprado el piso litigioso, confiando de buena fe en lo que el Registro publica, para dichos terceros adquirentes el vendedor era el dueño del piso, según el Registro, siendo precisamente la adquisición *a non domino* la manifestación característica de la protección de la fe pública registral en favor del tercero hipotecario, aunque en la realidad extrarregistral el vendedor o transmitente (que era el titular según el Registro) no fuera el dueño del piso a virtud de la declaración de nulidad (que no constaba en el Registro, como es obvio) de la subasta por la que había adquirido el referido piso, cuya declaración de nulidad desconocían en absoluto los terceros adquirentes.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y SU IMPUGNACION. (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1998.)

Hechos.—Obras en elementos comunes acometidas por un grupo de propietarios: continuación de la construcción del edificio no terminado por el constructor, introduciendo importantes innovaciones en el proyecto inicial.

Doctrina de la Sentencia.—La regla de la unanimidad exigible para la validez de determinados acuerdos debe establecerse no en función de los asistentes a las respectivas Juntas de Propietarios, sino de los integrantes de la comunidad.

No habiendo asistido a la Junta la totalidad de aquéllos, ni acreditada la comunicación a los no asistentes a los acuerdos adoptados a los efectos del artículo 16.1, último párrafo LPH, la inobservancia de las formalidades que establece este precepto determina que el ejercicio de la acción impugnatoria contra el acuerdo nulo no resulte afectado por convalidación alguna.

TERCERIA DE DOMINIO: RECONVENCION. (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1998.)

Es procedente plantear la demanda de reconversión en las tercerías de dominio, tanto para solicitar la nulidad del título del tercerista, como para obtener la rescisión del contrato de adquisición del bien que resulta embargado y con ello se desprovee de eficacia al título en que se sostiene la tercería interpuesta.

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1998.)

La acción que se ejercita contra el tenedor o poseedor de la cosa para que la reintegre a su dueño requiere que éste pruebe cumplidamente el dominio de la finca que reclama, la identidad de la misma y su detentación o posesión por el demandado. Respecto a la identidad, se requiere que sea perfecta la identificación, de manera que no se susciten dudas racionales sobre cuál sea, debiendo determinarse la finca por los cuatro puntos cardinales con absoluta exactitud y precisión, pues de no estarlo y requerirse un previo deslinde al efecto, faltaría el requisito de la identificación, esencial para la viabilidad de toda reivindicación. La decisión del Tribunal sentenciador en orden a la identificación de la finca reivindicada es cuestión de hecho, de manera que hoy sólo puede impugnarse por error de derecho en la valoración de la prueba, con cita de la norma de hermenéutica legal que se considere infringida.

TERCERIA DE DOMINIO: NATURALEZA. (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1998.)

La tercera de dominio resuelve la cuestión de que, ante el embargo de un bien, el tercero que alega ser propietario —y que no lo es el demandado embargado— la interpone para que se declare que él es el titular verdadero del derecho de propiedad y se alce el embargo trabado sobre su cosa.

La verdadera naturaleza de la tercera de dominio es de acción declarativa de propiedad (a favor del demandante tercerista) y el levantamiento del embargo (trabado a instancia de un codemandado sobre un bien que aparentemente era del otro codemandado).

La función procesal de la tercera de dominio es la invalidación e ineficacia del embargo producido, o en otras palabras, la revocación de la decisión judicial del embargo, con lo cual la tercera de dominio es una acción cuya función es cambiar los efectos de una resolución judicial, que en este caso es dejar sin efecto el embargo con el alzamiento de la traba que había sido acordada. El auténtico —necesario y suficiente— *petitum* de la demanda de tercera de dominio es que se alce la traba sobre los bienes embargados.

Es preciso que medie un embargo para que tenga viabilidad la tercera de dominio. En el caso litigioso no ha habido un precedente juicio ejecutivo, ni una ejecución de sentencia que haya llevado consigo un embargo, sino que se ha declarado la efectividad de un derecho de opción. La tercera de dominio no procede, ni siquiera por la extensión que supone el artículo 1.543 LEC, pues en todo caso la tercera supone un embargo, cuyo alzamiento es su función, previa declaración de propiedad del tercerista. La simple declaración de propiedad es una acción distinta que nada tiene que ver con un embargo, pero si no media éste, no cabe tercera de dominio.

TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCION DEL TITULAR ANTERIOR. USUCAPION CONTRA TABULAS. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1998.)

Hechos.—Se cuestiona la prescripción adquisitiva *contra tabulas* de un local, configurado como elemento común de un edificio en régimen de comunidad horizontal.

Doctrina de la Sentencia.—Demostrados unos hechos relativos a la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, durante el tiempo preciso para la usucapición, sobre todo la prevista en el artículo 1.957 del Código Civil, la realidad extrarregistral ha de prevalecer frente a la registral, cuando concurren los requisitos exigidos para la prescripción adquisitiva *contra tabulas*.

No puede otorgarse la condición de tercero hipotecario a la propia comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, basándose en que en el título constitutivo aparece un local como elemento común y así se procedió a su inscripción, ya que esa cualidad de tercero hipotecario del artículo 34 LH se resquebraja, pues falta el requisito de que sea una inscripción subsiguiente a otra precedente. Si lo que se quiere pretender es que los distintos posteriores partícipes de dicha comunidad, esto es, los que después adquirieron los distintos elementos privativos, adquirieron del titular inscrito como es la comunidad, y luego inscribieron su propio derecho, no se cumplen los requisitos del artículo 36, párrafo 1.º, apartado a) LH, pues por la notoriedad de la posesión a título de dueño no cabe afirmar que esas circunstancias exhibidas de forma palmaria o notoria eran ignoradas por esos adquirentes, ya que existen medios racionales y motivos suficientes para que por los mismos se conociese que antes de perfeccionar su adquisición la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.

USUCAPION: REQUISITO DE POSESION. (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Es reiterada doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo la de que cuando los bienes hereditarios se poseen de consuno, en común y proindiviso por los coherederos, dicha posesión no es hábil para que los mismos puedan adquirir los bienes integrantes del indiviso caudal hereditario, por cuanto no prescribe entre coherederos la acción para pedir la partición de la herencia, según establece el artículo 1.965 del Código Civil.

COMUNIDAD DE BIENES: ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO. (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

En el caso litigioso, el edificio sobre el que recae la *actio communi dividundo* es divisible y por tanto según los preceptos que rigen la comunidad de bienes, puede imponerse su división, bien que las partes, en cualquier mo-

mento, podrán acogerse a cualquier otra fórmula de división (propiedad horizontal, creación de fincas independientes, etc.). Lo que no puede pretender un comunero es que, por existir un negocio de hostelería, sobre cuya duración no se hace cuestión y sobre cuyo cese tampoco se ha decidido nada, no sea posible llevar a cabo la división del inmueble.

ADQUISICION DE DOMINIO: EN CONTRATO DE LEASING. TERCERA DE DOMINIO: REQUISITO DE TITULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EM-BARGO. (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El contrato de *leasing*, de origen anglosajón, se puede definir como un contrato por el que la sociedad de *leasing* se obliga a financiar la posibilidad de utilización de un objeto a un usuario, comprándolo el suministrador según las instrucciones de aquél y transfiriéndolo directamente al usuario contra el pago de cantidades periódicas calculadas en relación con los costes de adquisición, previéndose a veces, para el término pactado, una opción de compra a favor del usuario.

En nuestro Derecho su regulación se encuentra en la DT 7.ª de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, ampliada por la Ley 28/1988, de 13 de julio (posterior a los hechos de la contienda judicial) en su DA 5.ª, que establece su posibilidad de inscripción en el Registro de Venta de Bienes Muebles a Plazos, siendo conocido en ambas normas con el nombre de arrendamiento financiero.

Ahora bien, como dicha regulación no es completa, se deberá tener en cuenta para su determinación y alcance la voluntad de las partes contratantes a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil, y sobre todo lo establecido en la doctrina jurisprudencial pacífica y basada esencialmente en la doctrina científica mayoritaria moderna.

Se distingue entre un *leasing* de amortización parcial —arrendamiento— o un *leasing* de amortización total —compraventa—. En el primero, por su naturaleza, la propiedad del objeto es de la sociedad de *leasing*; en el segundo, lo es del usuario adquirente del objeto. El criterio o el dato para distinguir ambas figuras y, sin duda, lo que caracteriza y distingue la última clase de *leasing*, es que el valor residual pactado sea insignificante, siendo la compra del objeto la única alternativa razonable, al término del *leasing*, para el usuario.

En el caso litigioso se califica el supuesto de compraventa a plazo, lo que conlleva al fracaso de la tercera de dominio ejercitada por la sociedad de *leasing*, en razón a que el usuario era el propietario del bien trabado.

SERVIDUMBRE: VALOR A EFECTOS DE CASACION. (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Es criterio reiterado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en materia de acceso a la casación de los juicios sobre servidumbres, que el último índice de la regla 4.ª del artículo 489 LEC no supone computar necesariamente el valor de toda la finca, sino sólo el de la parte de la misma que se vería afectada por la servidumbre discutida.

USUCAPION: REQUISITO DE POSESION. ADQUISICION DE DOMINIO: POR SUCESSION, OCUPACION Y USUCAPION. ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1998.)

En la posesión apta para la usucapión no bastaría un solo acto, sino una posesión continuada durante todo el plazo que ha de transcurrir para que se produzca la usucapión. La mera rectificación catastral en ningún caso lleva en sí misma presunción de que se continúa poseyendo en concepto de dueño. El Catastro afecta sólo a datos físicos de la finca (descripción, linderos, contenido, etc.), nada más, no sienta ninguna presunción de posesión dominical en favor del que en él aparece como el propietario. Si las certificaciones catastrales no prueban la propiedad, no pasan de ser meros indicios que necesitan conjugarse con otros medios probatorios, con más razón no pueden ser tampoco por sí mismas prueba de una posesión a título de dueño. Tan es así, que al discutirse en el Congreso de los Diputados el proyecto de ley de reforma hipotecaria, que fue aprobado el 3 de abril de 1909 y sancionado como Ley el 21 de abril de 1909, se rechazó la enmienda que pretendía una adición al artículo 24 del siguiente tenor: «También podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad la posesión de los inmuebles, en virtud de certificación que expidan las oficinas catastrales con referencia a los Registros Fiscales de la Propiedad Rústica y Urbana a favor de las personas que en los mismos figuren con el carácter de propietarios». Es decir, que el expediente para inscribir la posesión en el Registro cuando el propietario careciese de título escrito de su adquisición, o teniéndolo fuera defectuoso o por cualquier razón no pudiera inscribirlo, no podía ser sustituido por el certificado del Catastro.

TERCERIA DE DOMINIO: OBJETO. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Aunque la antigua jurisprudencia equiparó prácticamente a la acción reivindicatoria y la demanda de tercería, la moderna ha modulado tal criterio. Ciertamente que en ocasiones, cuando el demandante tercerista no posee, y sí los demandados ejecutante y ejecutado, y aquél demuestra su título legítimo de propiedad, la tercería produce el mismo efecto que la reivindicación; pero cuando falta algún requisito (por ejemplo, posesión en los demandados), puede también ser estimada la tercería sin que se produzca la reivindicación, y puede haber supuestos en que la paralización de la ejecución sea el único y fundamental efecto, común a todos los supuestos de estimación de la tercería, porque la verdadera naturaleza procesal de la acción es la de proceso incidental tendente a paralizar la acción, dejando en algunos casos para juicio declarativo posterior la determinación de los verdaderos propietarios.

La incompatibilidad del ejercicio simultáneo de las tercerías de dominio y mejor derecho es una simple consecuencia de sus distintos objetos. La primera tiende a impedir la ejecución porque el bien no es del ejecutado y el tercerista tiene interés legítimo en que así se declare; la segunda no paraliza la ejecución sino que simplemente gradúa los créditos para que una vez hecho trance y remate de los bienes en el encante, el dinero obtenido en la subasta se aplique según las preferencias establecidas.

El embargo de los bienes no altera la naturaleza de los créditos que dicha traba trata de asegurar, si el embargo es cautelar, o de transformar en dinero

para satisfacción del crédito que originó la ejecución. No crea derecho real alguno sobre los bienes y simplemente determina que el derecho cuya satisfacción persigue el embargo tiene preferencia sobre los derechos que nazcan con posterioridad.

En el supuesto de autos, los terceristas poseen las plazas de garaje adquiridas, unas por documento privado, otras por documento público, de personas que tenían poder de disposición sobre las porciones indivisas transmitidas, y con título y tradición, que son medio de adquisición del dominio según el artículo 609 del Código Civil, por lo que procede sentencia estimatoria de la tercera de dominio, ordenando el levantamiento de los embargos trabados.

E. M. A.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN

VALIDEZ DE LA CLAUSULA PACTADA DE VENCIMIENTO DE LAS CUOTAS POR IMPAGO DE DOS DE ELLAS. (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 2000.)

Se sostiene en el recurso la realidad de un contrato de arrendamiento financiero, pero en aras de su pactada cláusula quinta se trata de presentarlo como un contrato de compraventa a plazos, convirtiendo dicha cláusula en determinante de verdadera causa del contrato que así devendría en ilícita y productora de un enriquecimiento injusto de la financiera con la que contrató, cuestión esta última que se introduce de nuevo en el debate y que ha de ser excluida del recurso.

La expresada cláusula mira a la situación de incumplimiento contractual por parte del arrendatario y a sus consecuencias que en este caso se contraen a la posibilidad de exigir el cumplimiento por vencimiento de las cuotas de arrendamiento a causa del impago de dos de ellas o la resolución con la devolución de las prestaciones realizadas, pacto de posibilidad doble que no impugna con la libertad consagrada en el artículo 1.255 del Código Civil, cualquiera que hubiere de ser la naturaleza del contrato dentro de esa ambivalencia a que acude la recurrente, ni con las posibilidades que se derivan del cumplimiento sólo de parte ante el texto del artículo 1.124 del Código Civil.

La facultad así pactada no puede erigirse en causa del contrato por reflejo de su contenido, y menos aún, determinar la nulidad del contrato en que va inserta, como aquí se pide y a cuya pretensión hemos de ajustarnos. Si la causa es el fin inmediato que lleva a la celebración del contrato, en éste que nos ocupa habrá sido, de conformidad con lo que dispone el artículo 1.274 del Código Civil, el suministro a la recurrente, en arrendamiento con opción de compra, de la maquinaria que ella eligió para su industria y la obligación de hacer frente, con facilidades, al pago de su precio y renta a quien atendiendo el requerimiento de aquélla, hizo efectivo tal precio, surgiendo así unas obligaciones pactadas entre financiera y arrendataria que las cumple íntegramente y a satisfacción la primera mientras que, casi inmediatamente, se incumple las de reembolsos para desde ese incumplimiento exonerarse de la obligación asumida alegando ilicitud de la causa del contrato e instando por

ello la nulidad de éste, siendo así que la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que la causa es ilícita «cuando descansa en una finalidad comercial contraria a la ley o a la moral», lo cual no se ha producido aquí, y no cabe confundir la ilicitud de la causa con las cuestiones referentes a la exclusiva onerosidad de la prestación.

NULIDAD DE CONTRATO DE COMPRAVENTA DE INMUEBLE POR ERROR EN EL CONSENTIMIENTO SOBRE UN OBJETO EN RELACION AL FIN PARA EL QUE SE EFECTUABA LA COMPRA. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 2000.)

La sentencia de la Audiencia tiene muy presente la realidad de una menor superficie que la escriturada para la parcela vendida —lo que la hace legalmente de imposible utilización para el fin exclusivo de explotación agrícola que le asigna el recurrente, pues no alcanza la de la unidad mínima de cultivo que rige en la zona—, lo que va a imposibilitar la elevación a escritura pública del contrato privado de venta como se estipula en su condición 3.^a haciendo, incluso, condicionamiento a niveles generales que no se explican y a valores proporcionales, desde no se sabe qué, a dicho olivar o, alternativamente, a un extraño «dentro de lo global», introduciendo raras pluralidades.

La presentación del objeto del contrato a sus compradores con unas calidades que terminan resultando de imposible materialización de cualquiera de los dos fines que se dicen, opuestamente por uno y otro litigantes, más la fijación y aceptación de un precio desmesurado para el destino agrícola que el recurrente dice motivador del contrato —el informe pericial es minucioso en superficie, en valores y en equivalencia de producción y precios— lleva a la Audiencia a concluir que la culminación de ese contrato sólo puede responder, en el concurso de voluntades, cuando menos a error del comprador sobre las calidades de todo género que constituyen el propio objeto del contrato, desacordes absolutamente con la realidad por él buscada que por ello pasa a constituir la condicionante que se satisface con lo vendido.

La situación así creada, en este caso para el comprador, lleva a las conclusiones de nulidad que dispone la sentencia recurrida desde la apreciación que hace de las pruebas practicadas, como le corresponde, lo cual no puede ser sustituido por las deducciones que hace el recurrente en forma que no se corresponde ni al resultado de aquéllas ni al sentido que tienen las actas notariales que menciona en sustentación de los motivos que, por todo lo consignado, han de desestimarse.

EXISTENCIA DE MANDATO VERBAL. (SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 2000.)

Se trata de un acreditado mandato verbal expreso y no puede ahora desnaturalizarse alegando que dicha relación nunca existió y la única que pudo haberse creado sería la de venta de una participación indivisa de la propiedad adjudicada a J. (venta futura), alegación que resulta nueva y contradice abiertamente los hechos declarados probados y sólo corresponde a una interpretación propia e interesada, carente de toda prueba.

El artículo 1.709 ha sido correctamente aplicado, ya que el contrato de mandato se presenta como de efectiva cooperación que tiene por objeto cum-

plir el encargo recibido para llevar a cabo cualquier acto, servicios o realización de alguna cosa, ya que el precepto citado tiene contenido amplio.

En el caso de autos se trata de efectiva relación de mandato, aunque no medió otorgamiento de poder escrito y por ello, si bien el mandatario compró en nombre propio, no lo fue para sí, sino también por cuenta y para su mandante, no obstante ser mandatario *nomine proprio* y resultar de este modo obligado directamente con la parte vendedora, por lo que le pertenece la titularidad de las relaciones jurídicas, pero lo es sólo a título provisional, en tránsito hacia el patrimonio del mandante, el que es titular de la participación correspondiente.

El encargo fue transmitido de modo verbal expreso que autoriza el artículo 1.170 del Código Civil y para un cometido concreto, cual era la compra de fincas conocidas, y a tal efecto el mandante hizo entrega de cantidades dinerarias para el pago de lo adquirido, que si bien lo fue sobre una parte indivisa, con posterioridad a la compraventa los litigantes concretaron la participación dominical de cada uno de ellos, habiendo el recurrente, al ejecutar el encargo, cumplido el requisito de la aceptación voluntaria que establece el artículo 1.170, pues ningún precepto del Código le obliga a ello, pero que se produjo en forma tácita suficientemente acreditada.

NO HAY INCONGRUENCIA CUANDO SE DESESTIMA IMPLICITAMENTE LA EXCEPCION DEL DEMANDADO DANDO LUGAR A LA DEMANDA, SIN CONTENER EL FALLO DECLARACION EXPRESA AL RESPECTO NI SE CONTIENE DISPOSICION ALGUNA SOBRE CUESTIONES NO PEDIDAS EN LOS ESCRITOS DE ALEGACIONES. (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Se desestima el motivo referente a la incongruencia, ya que en lo que afecta a lo que podemos considerar primera causa de incongruencia, es evidente que, habiéndose promovido por la parte demandada al contestar la demanda, la novación como excepción perentoria, y no como nueva pretensión deducida por vía reconvenzional, no es preciso que su desestimación conste de forma expresa en el fallo, entendiéndose desestimada implícitamente, si se da lugar a la pretensión de la parte contra la que se esgrimió la excepción del demandado, situación que es la que se ha dado en el caso de autos. Respecto a la falta de declaración del destino que había de darse a las cantidades que la parte demandante había recibido para el pago del precio de la compraventa resuelta, y la correspondiente violación del artículo 1.295 del Código Civil en relación con el artículo 359 LEC, es evidente que como dispone este último precepto, las sentencias tienen que ser congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, por lo que es determinante a este efecto la comparación de los suplicos de la demanda y de la contestación a la misma y lo dispuesto en el fallo de la sentencia, y en lo que se refiere al objeto discutido en este punto del recurso, ni los tres apartados del suplico de la demanda, ni en el apartado único de la contestación a la misma, se refieren a la cuestión planteada en esta parte del recurso como defecto de incongruencia, por lo que no se puedan dar lugar a este extremo del recurso, ya que el fallo de la sentencia guarda total congruencia con lo pedido por las partes en sus escritos de alegaciones.

CONTRATO DE CONCESION O DISTRIBUCION EN EXCLUSIVA. DIFERENCIA CON EL CONTRATO DE AGENCIA. (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 2000.)

El contrato de agencia tiene por objeto la promoción de actos u operaciones de comercio por cuenta ajena del agente o intermediario independiente, en la concesión, ese objeto se circunscribe a la reventa o distribución de los propios productos del concedente, y por lo general, con un pacto en exclusiva —positivo y negativo— vender sólo el concesionario y no vender nadie más en su zona, siguiendo la definición del propio Reglamento número 1475 de la Comisión de las Comunidades Europeas del 28-6-1995 «...se trata de los acuerdos de duración determinada o indeterminada mediante los cuales el contratante proveedor encarga al contratante revendedor la tarea de promover en un territorio determinado la distribución y el servicio de venta y postventa de determinados productos del sector... y mediante los cuales el proveedor se compromete con el distribuidor a no suministrar, dentro del territorio convenido, los productos contractuales para su reventa, más que al distribuidor o, en su defecto, a un número limitado de empresas de la red de distribución.

EL AUMENTO DE MANO DE OBRA DEL ARTICULO 1.593 DEL CODIGO CIVIL EXIGE AUTORIZACION DEL PROPIETARIO Y NADA TIENE QUE VER QUE LA PROPIEDAD ENCARGASE EL PROYECTO A UN ARQUITECTO. (SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 2000.)

No puede pretenderse que la Comunidad de propietarios resulte responsable de los trabajos fuera de proyecto, tan sólo porque la misma celebre un contrato de arrendamiento de servicios con el arquitecto autor del proyecto y director de la obra y delegado de la Comunidad. La realidad es que tanto contratista como arquitecto contrataron con la referida Comunidad y con olvido de que como datos fácticos, inatacables en esta vía casacional, aparece que ambos demandantes, pese a tener conciencia del notable incremento en el precio de la obra con el convenido inicialmente con la Comunidad, no dieron a ésta la explícita información a que estaban obligados por el pliego de condiciones, sino que en menos de un mes el precio había subido un 54 por 100 más. Pero, con independencia de ello, el tema de si las obras que sustentan el aumento de precio fueron o no autorizadas por el dueño, que constituye la cuestión del artículo 1.593 del Código Civil, supone una cuestión de mero hecho y sujeta a la libre determinación del Juzgado de Instancia.

INCONGRUENCIA EXTRA PETITA. SE PIDE SE DECLARE UNA OBLIGACION PROPTER REM A CARGO DEL DEMANDADO Y SE CONCEDE OPE SENTENTIAE UN DERECHO A FAVOR DEL ACTO A UN FACERE MATERIAL OB REM. (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 2000.)

Hechos.—Una Comunidad de propietarios —demandante— insta a una Entidad Urbanizadora Inmobiliaria —demandada— a independizar propiedades sitas en el portal de la casa de la Comunidad de Propietarios y bajo las escaleras de tal inmueble y que indebidamente ha tomado, realizando el cierre medianil, dejando la escalera principal para uso exclusivo de la casa de la Comunidad de propietarios.

Doctrina.—La incongruencia denunciada, pues, es evidente, ya que el cambio operado en la sentencia recurrida entre el pedimento segundo del suplico de la demanda en el que se solicita «que la entidad demandada viene obligada a independizar ambas propiedades, realizando el cierre del medianil», por su pronunciamiento de que «la comunidad actora tiene derecho a cerrar e independizar el inmueble referido...» no es de recibo, ya que, incluso en la contemplación de la propia dogmática jurídica, no cabe entender que esa mutación de la «obligación», por el «derecho», se cohoneste a la misma prestación dentro del llamado sinalagma funcional, en cuanto que, en seno de las relaciones bilaterales, la obligación del deudor produce el correlativo derecho del acreedor, lo que no ocurre en el caso de autos, porque, además de que se cambia una relación personal por otra diferente, es claro que así, sin más, se está como identificando una pura «obligación *propter rem*» —cuando el deudor por razón de la cosa está obligado a la prestación (caso de la demanda)— con el llamado «derecho» al correlativo *facere* material cuando el titular del derecho, en razón al mismo y su relación con la cosa está facultando a ese *facere*, que el otro ha de consentir. Como es sabido con la mejor doctrina la interrelación entre la obligación *propter rem* con el derecho real *in faciendo*, comporta un medio técnico de solucionar los conflictos que surgen dentro de los derechos reales concurrentes, entre otros casos, en el seno de propietarios vecinos —supuesto de autos— siendo la primera especie aquella sujeción de un deudor a hacer algo a favor de otro precisamente por la conexión jurídica que tiene con una cosa sobre la que ha de ejecutar esa prestación, de la que, por lo general, puede liberarse si renuncia a su titularidad real, pues siempre el obligado lo será el que tenga esa posición con la cosa, mientras que el derecho real *in faciendo* —del que suele también predicarse su absorción por la primera— es cuando el titular dominical es el que ha de ejecutar una *facere* en su cosa y en beneficio de otro, supuesto típico del propietario gravado con un derecho real, v.g., en el caso más significativo, con una servidumbre. Insistir con que esa obligación *propter rem* suplicada no se compagina con el derecho del *facere* concedido, es pues, una verdad meridiana. Por todo ello el haberse reconocido el derecho y no la obligación, supone una alteración de la pretensión instada y por lo tanto, incurrir en el vicio de la vulneración del artículo 359 LEC, o incongruencia *extra petitia*, esto es, por conceder cosa distinta a la pedida.

I. I. M.

LOS REQUISITOS DE ACCION U OMISION, CULPA O NEGLIGENCIA, DAÑO Y RELACION DE CAUSA A EFECTO. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Calahorra, en sentencia de 7 de febrero de 1994, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de La Rioja, en sentencia de 6 de julio de 1994, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—El encargado de unas tareas de mantenimiento, con absoluta autonomía y poder de decisión de las distintas actividades, por su propia voluntad subió al tejado de la nave y pisó unas chapas de uralita que cedieron

y le precipitaron al suelo de la fábrica causándole la muerte. Todo sin intervención o encargo alguno de la empresa.

Doctrina de la Sentencia.—Se resuelve en la sentencia un supuesto de responsabilidad al amparo del artículo 1.902 del Código Civil.

Los hechos aludidos, indudablemente constitutivos de un accidente de trabajo que entra en el ámbito de la jurisdicción social, pudiera ser también base para reclamación civil en virtud de la jurisprudencia de la Sala, conforme a la cual son compatibles ambas vías jurisdiccionales cuando los daños rebasen la cobertura de las responsabilidades laborales, pero para que prosperen es preciso que se demuestre la concurrencia de los requisitos de acción u omisión, culpa o negligencia, daño y relación de causa a efecto, y en el caso de autos no aparece acción u omisión alguna imputable a la empresa, y sí la omisión de diligencia de la propia víctima de sus actos.

LA CONFESION JUDICIAL. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de los de Marbella, en sentencia de 29 de abril de 1993, estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª), en sentencia de 27 de julio de 1994, desestima el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Constituyen reglas generales de la confesión las que determinan que el confesante adquiere los deberes procesales de acudir al llamamiento judicial de contestar a las preguntas positivas o negativas de las posiciones deducidas de contrario, artículos 583, 586 y 593 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la transgresión de cualquiera de dichas exigencias legales puede alcanzar el efecto de tenerle por confeso, o sea, de considerar como contestadas afirmativamente las posiciones presentadas por el otro litigante, o las que se niegue a contestar o lo haga con evasivas, lo que no significa una imposición legal al juez, sino una facultad potestativa que autoriza a apreciar aquella particularidad.

RECURSO DE REVISION. (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Quart de Poblet (Valencia), en sentencia de 26 de junio de 1995, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª), en sentencia de 25 de marzo de 1996, declara desierto el recurso de apelación interpuesto.

Se declara improcedente el recurso de revisión.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de revisión por su naturaleza extraordinaria, por cuanto su estimación es una excepción al principio esencial de la irrevocabilidad de las sentencias que hayan ganado firmeza, precisa que la hermeneusis de los supuestos que lo enmarcan hayan de realizarse con un criterio sumamente restrictivo, ya que en caso contrario el principio de la

seguridad jurídica proclamado en el artículo 9-3 de la Constitución Española quedaría totalmente enervado, además de suponer una quiebra del principio procesal de la autoridad de la cosa juzgada.

TERCERIA DE DOMINIO. LOS ARTICULOS 359 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, 1.252 Y 1.253 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Denia, en sentencia de 19 de octubre de 1992, desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5.^a), en sentencia de 17 de septiembre de 1994, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Don Henryk y doña Erika Lebieczlejewski promueven demanda de tercera de dominio contra la sociedad «Marquesa Villas, S.A.», y la entidad mercantil «Banco Bilbao Vizcaya, S.A.», en relación con el embargo ordenado en autos y pretendiendo que la sentencia a dictar declarase que la finca embargada es de la exclusiva propiedad de los actores y acordase, en consecuencia, el levantamiento de los embargos, dejándola a la libre disposición de los mismos, cuyas pretensiones se basan en las siguientes alegaciones fácticas. En tal procedimiento fue embargada como de propiedad de «Marquesa Villas, S.A.», determinado «Bungalow». El expresado inmueble fue adquirido por los actores de la sociedad dicha, realizándose la compra en fase de construcción. El pago total de la propiedad se ha ido efectuando en las fechas señaladas al efecto.

Doctrina de la Sentencia.—El fallo de la sentencia infringe, por no aplicación, el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que la sentencia recurrida no hace ningún pronunciamiento sobre la petición de la parte de incorporar para mejor proveer, todas las actuaciones que constan en los dos procedimientos dictados por el Juzgado número 1 de Denia. Además, la jurisprudencia de la Sala viene entendiendo y aplicando que la Sala de casación debe formular declaraciones fácticas pertinentes porque está facultada para el examen de los autos objeto de juicio, a fin de integrar adecuadamente el *factum*. El Tribunal Supremo está facultado para el examen de los autos objeto del juicio, a fin de integrar adecuadamente el *factum* no explicitado con claridad por el Juzgador de instancia en la sentencia objeto del recurso.

En un primer momento y por la Sala se invoca infracción del artículo 1.252 del Código Civil, puesto que la identidad de los requisitos exigidos está acreditada y las alegaciones en que se basa pueden sintetizarse así: Existe jurídicamente identidad de personas aunque no sean físicamente las mismas que litiguen en los dos pleitos, cuando el que litiga en el segundo sea la que se ejercita la misma acción, invoca los mismos fundamentos y se apoya en idéntico título que el actuante en el primero, pues ello implica la solidaridad jurídica a que se refiere el artículo 1.252 citado. Así las cosas, la excepción de cosa juzgada puede ser apreciada de oficio en nuestra litis, pero no cabe entenderla acreditada, toda vez que la parte recurrente se limitó, en el trámite de apelación, a solicitar de la Sala fuese traída a los autos determinada sen-

tencia, a lo que recayó providencia en el sentido de que se instruyese el Tribunal en relación con el juicio de menor cuantía celebrado por las partes procesales que intervienen en el mismo, clase de pretensión ejercitada y fecha de la sentencia firme, y con ello se acordaría y en cumplimiento de lo acordado, resolución en la que expresar el estar en correlación con la sentencia apelada. También se alega infracción por no aplicación del artículo 1.253 del Código Civil, argumentándose que la sentencia, que es firme, deja probado que el bien objeto de ejecución es de plena propiedad de los actores.

TERCERA DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Cuenca, en sentencia de 23 de diciembre de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Cuenca, en sentencia de 25 de julio de 1994, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Doña Eloísa Solera Sánchez interpone demanda de tercera de dominio contra la Tesorería de la Seguridad Social-Dirección Provincial de Cuenca (ejecutante) y su esposo don Pedro Muñoz Redondo (ejecutado), por haberse embargado tres inmuebles que decía pertenecerle, dos por habersele adjudicado en escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada ante Notario el día 23 de febrero de 1983, y la tercera por haberla comprado en escritura pública de 19 de febrero de 1991. La Seguridad Social le comunicó el embargo y doña Eloísa formuló reclamación. Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la pretensión, señalando en esencia que: las capitulaciones matrimoniales no se inscribieron en el Registro de la Propiedad; el expediente incoado contra el marido de la actora lo había sido por débitos a la Seguridad Social correspondientes a un período anterior; era preciso que el tercerista probase la propiedad de los bienes con anterioridad al embargo, al ser irrelevantes las situaciones dominicales posteriores, etc.

Doctrina de la Sentencia.—Se exige por la Sala la concurrencia inexcusable de dos requisitos: uno, que se haya pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia en que se hubiese cometido con la salvedad en cuanto a las cometidas en segunda instancia de que fuere ya imposible la reclamación, y dos, que la denunciada infracción haya producido indefensión a la parte que la alega. Además, los datos tenidos en cuenta por Juzgado y Audiencia ya figuraban en la demanda y en los documentos a ella acompañados, el demandado en la tercera nada tiene que probar pues no conviene, siendo la actora la que tiene que acreditar su cualidad de tercero, es decir, su cualidad de ajena a la deuda, y su propiedad de los bienes al tiempo del embargo y al momento del ejercicio de la acción, sin que sea suficiente siquiera demostrar que al tiempo de aquél era propietario quien después la transmitió dichos bienes, ya que no cabe el ejercicio de la tercera por otra persona. La tercera no tiene por objeto impugnar la cuantía de la deuda que da lugar al embargo, ni el embargante tiene que probar en ella que el *quantum* es el adecuado y, en definitiva, la admisión de prueba a la demandada en nada afecta a la carga probatoria de la actora. Se consideró por la Sala que lo único que ha de

examinarse en un procedimiento como el que nos ocupa, dado su carácter sumario, es el título que esgrime el tercerista y no la naturaleza de las obligaciones que han originado el embargo, en el caso si eran carga de la sociedad de gananciales la identidad de las cosas y el hecho mismo de la traba, sin que pueda resolverse sobre otras cuestiones, cuál es la naturaleza ganancial de la deuda o que la adquisición del tercer inmueble fue posterior al mandamiento de anotación preventiva de embargo. Al final, alega como infringidos los artículos 348 y 1.401 del Código Civil y aún admitiendo que la actora tercerista no sea propiamente tercero sino deudor por la existencia de la sociedad de gananciales, sólo podría serlo hasta donde alcancen los bienes que le fueron adjudicados por la deuda existente hasta esa fecha y que nunca han de responder los bienes adquiridos ocho años después de las capitulaciones matrimoniales para el patrimonio particular. La primera de las cuestiones que debe quedar clara en la tercería, antes incluso que la titularidad del bien o derecho, es la atinente a determinar si el demandante es tercero, es decir, no es el deudor. El objetivo prioritario en la de dominio no es la recuperación del bien trabado sino el levantamiento del embargo, de manera que el título de tercerista debe referirse al tiempo en que el embargo se efectuó y no a las situaciones dominicales que pueden surgir con posterioridad y para impugnar el título de tercerista, del que deriva su legitimación activa, no es preciso reconvenir, bastando la excepción perentoria a la demanda, que es lo que acaece en este caso, y está respaldado por la doctrina de esta Sala. Y es que la tercería de dominio habrá de fundarse en el dominio de los bienes embargados al deudor que ha de corresponder al «tercero» que demanda, de donde deriva como esencial que antes de examinar el problema de la propiedad de los bienes embargados ha de indagarse acerca de si el demandante de tercería es propiamente «tercero», es decir, no es el «deudor». No se trata de cuestionar la propiedad de unos bienes anteriormente gananciales y después adjudicados a la esposa en las referidas capitulaciones, sino de hacer efectivos, sobre ellos, los derechos adquiridos por terceros con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial; y es que existe una responsabilidad de los bienes gananciales que no desaparece en estos casos por el hecho de esa atribución, lo que determina que, aún después de la disolución, puedan accionar los acreedores contra los bienes consorciales que hubiesen, incluso, sido adjudicados a uno de los cónyuges no deudor. En definitiva, la justificación dominical del tercero ha de referirse a una fecha anterior a aquélla en que se realizó la diligencia de embargo y es que quien compra tras el embargo subordina su derecho al resultado de la ejecución en que se practicó aquél, aunque el titular del embargo no tenga la cualidad de tercero hipotecario ni aunque el embargo fue inscrito.

INEXISTENCIA DE RELACION DE CAUSALIDAD. (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 50 de los de Madrid, en sentencia de 25 de febrero de 1993, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª), en sentencia de 17 de mayo de 1994, estima los recursos de apelación interpuestos.

Prospera el recurso de casación.

Relato de los hechos.—El actor desde mayo de 1983 tenía una póliza de seguro de asistencia sanitaria con la demandada, y que comprendía la atención tanto al demandante cuanto de su esposa doña Consuelo Baeza Rodríguez, hallándose en diciembre de 1989 al corriente en el pago. El 10 de diciembre de 1989 solicitó el actor los servicios de urgencias de Sanitas, dadas las dificultades respiratorias de su esposa, acudiendo con celeridad al doctor Gimeno Garcfa, que ya la había tratado con anterioridad y que tras examinarla constató que tenía una broncoconstricción y alguna mucosidad que originaba dificultad respiratoria, pero no juzgó su estado tan grave como para ser ingresada hospitalariamente, por lo que prescribió la continuación del tratamiento médico que la enferma ya tenía establecido y oxígeno, solicitando a Sanitas el suministro urgente de una bombona. Sanitas recibió el encargo, se le reiteró varias veces pero no llegó a efectuarlo, de manera que la enferma falleció con parada cardiorespiratoria. Sanitas alegó que la responsabilidad debía residenciarse en la entidad con la que tenía contratado el suministro del producto.

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina reiterada de la Sala la de que el artículo 1.214 del Código Civil no contiene norma alguna de valoración de la prueba, por lo que sólo puede invocarse en casación como infringido cuando el Juzgador de instancia ha alterado la regla del *onus probandi*, haciendo recaer sobre una parte las consecuencias de la falta de prueba de un hecho cuya prueba incumbía a la otra parte contendiente. No se infringe la norma en aquellos supuestos en que el Tribunal *a quo* establece un resultado fáctico determinado, apreciando y valorando las pruebas aportadas a los autos, independiente de cuál de las partes haya traído al proceso esos elementos probatorios. En el caso enjuiciado, la Sala de instancia ha partido para fijar los hechos que sirven de fundamento a su fallo de las pruebas practicadas, por lo que no puede afirmarse que se haya alterado la regla distributiva de la carga de la prueba contenida en el artículo 1.214.

La infracción que se denuncia del artículo 1.902 del Código Civil afirma la inexistencia de relación de causalidad entre la muerte de la esposa del demandante y la falta de aplicación de oxígeno, estando sin determinar la razón del fallecimiento. Y es que es doctrina jurisprudencial la de que la suficiencia o deficiencia del elemento causal fijado en la sentencia de instancia es productor del daño que se trata de indemnizar, como cuestión de derecho que es. Por otra parte, para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo, la acción u omisión —causa— y el daño o perjuicio resultante —efecto—, la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de la causalidad adecuada, que exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad, debiendo entenderse por consecuencia natural, aquélla que propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad conforme a los conocimientos aceptados y debiendo valorarse en cada caso concreto si el acto antecedente que se presenta como causa tiene una virtualidad suficiente como para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficientes las simples conjeturas o la existencia de datos fácticos que, por una mera coincidencia, induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos, sino que es preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo del agente y la producción del daño, de tal manera que haga patente la culpabilidad que

obliga a repararlo. En orden al nexo causal entre el fallecimiento y la falta de suministro de oxígeno, no parece difícil el establecerla en base al propio dinamismo fáctico de los acontecimientos. La esposa del actor falleció por parada cardiorespiratoria, el que la enfermedad fuera previa, estando la paciente sometida a tratamiento y que el médico, conocedor de esta circunstancia, considerara innecesario el ingreso hospitalario por entender suficiente el tratamiento con la bombona de oxígeno son circunstancias que explican la incidencia del actuar negligente de la demandada con el agravamiento hasta la parada cardiorespiratoria del estado de la enferma en el prolongado período de inútil espera. Pero la Sala no comparte las conclusiones a las que llega la sentencia, afirmando la existencia de un nexo causal entre la falta de oxígeno provocada por la conducta negligente de la demandada y el fallecimiento de la esposa del actor. En los autos no existe prueba alguna que, de la forma terminante que requiere la doctrina jurisprudencial citada, permita afirmar que el fallecimiento fue consecuencia de la falta de suministro de oxígeno. En autos no existe prueba pericial que permita determinar cuál fue la causa que produjo la parada cardiorespiratoria, causa esta genérica de la muerte que puede ser debida a distintas y variadas causas; ni siquiera existe prueba alguna que permita afirmar cuál fue la causa del repentino agravamiento de la enferma que, en pocas horas, condujo al fallecimiento ni que tal agravamiento fuese consecuencia directa de no haberse podido administrar oxígeno a la paciente. Por lo tanto y en conclusión hemos de decir que la sentencia recurrida establece el nexo causal a base de conjeturas fundadas en una simple sucesión temporal de los hechos, no en una indiscutible certeza probatoria.

LA LEY DE MARCAS. RETIRADA DE ROTULO E INDEMNIZACION. (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 55 de los de Madrid, en sentencia de 18 de septiembre de 1992, estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª), en sentencia de 11 de julio de 1994, estima el recurso de apelación.

No ha lugar al recurso de casación.

Objeto del litigio.—La presente litis trata del diferente significado aplicado al siguiente rótulo: «Apartamentos de la Plaza Basílica» o «Apartamentos Basílica Plaza», en este último el énfasis se pone en la palabra «Plaza» y esto, en principio, puede sugerir el deseo de aprovechar el prestigio hotelero de una cadena consolidada.

Doctrina de la Sentencia.—«La Ley de Marcas» tratándose de signos o medios es rigurosa y obstaculiza la creación de nuevas marcas que, por su semejanza con otras preexistentes, impide distinguir en el mercado ciertos productos o servicios de una persona con respecto a otros idénticos o similares. De tal forma que, basta con la similitud, con la semejanza de productos o servicios que puedan crear confusión en el consumidor, para que se prohíban nuevos signos que por su parecido fonético, gráfico o conceptual con una marca anteriormente solicitada o registrada puedan generar un riesgo de asociación con aquella marca protegida. Pero, tratándose de ROTULOS, la Ley es más restrictiva y no permite invocar la similitud para poder neutralizar

en el mercado un nuevo rótulo. Para prohibir la aceptación de un nuevo cartel publicitario muy rigurosamente exige que entre el ya registrado y el que pretende introducirse exista una total ecuación, así el artículo 12 de la Ley, literalmente es como sigue: «No podrán registrarse como marcas los signos o medios que sean idénticos a un rótulo de establecimiento anteriormente solicitado o registrado para designar las mismas actividades que los productos o servicios para los que se solicita la marca».

CONTRATO DE SEGURO. (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Villagarcía de Arosa, en sentencia de 20 de enero de 1994, desestima las excepciones de falta de litis-consortio pasivo necesario y falta de legitimación pasiva. La Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 2.^a), en sentencia de 22 de julio de 1994, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—La entidad «Mar-kiel, S.L.» demanda a las compañías «Allianz Ercos, S.A., de Seguros y Reaseguros» e «Hispano Americano Correduría de Seguros, S.A.» y, entre otras peticiones interesó la condena a la litigante pasiva primeramente reseñada, de forma principal, y a la segunda, de forma subsidiaria, a que indemnicen a la actora una determinada cantidad como precio de una mercancía siniestrada el 29 de febrero de 1992 o la que se acredite en período de prueba o en fase de ejecución de sentencia como de valor de las mercancías en el lugar de destino, más otra cantidad por gastos de rescate y peritación, más el 20 por 100 anual desde la fecha del siniestro de las sumas pecuniarias referidas. La cuestión litigiosa se centra principalmente en si la segunda póliza de seguros contratada se diferenciaba de la primera sólo en la cobertura de otro camión, según se deduce de la propuesta de suscripción o de mención a la mercancía asegurada.

Doctrina de la Sentencia.—La decisión de instancia expresa que la intención de los contratantes era conservar la cobertura de la primera póliza y llega a esta conclusión en consecuencia con la abundante doctrina jurisprudencial de que las dudas no pueden surgir en las relaciones dimanantes del contrato de seguro sino que deben ser resueltas aplicando el principio *in dubio pro asegurado*. Además, en nuestra litis no concurren los supuestos de hecho necesarios para la aplicación del recargo moratorio del 20 por 100, al que hemos hecho alusión en los hechos, pues a tenor del sentir de la Sala la recurrida acudió, tal como estaba pactado en las condiciones particulares de la póliza, al Comisariado Español Marítimo, que levantó la correspondiente acta y fijó el importe del siniestro en una determinada cantidad de dinero, que le fue comunicado a la compañía aseguradora, la cual rechazó el pago, y así se cumplen los presupuestos del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, como conculcado para el incremento de la indemnización en un 20 por 100 anual, toda vez que, en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro, la aseguradora no ha realizado la producción del daño o indemnizado su importe en metálico por causa no justificada o que le fuera imputable, y sin que el contenido de la póliza valga como justificación para la negativa al pago, y ello, además, habida cuenta de que la aseguradora

conocía la propuesta de suscripción de una nueva póliza de seguros, donde el único cambio, respecto a la primera, consistía en el camión objeto del seguro.

ERROR JUDICIAL. (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1999.)

Se desestima la demanda por error judicial interpuesto.

Doctrina de la Sentencia.—El error, en sentido jurídico propiamente dicho, supone el conocimiento equivocado de una cosa o de un hecho basado sobre la ignorancia o incompleto conocimiento de la realidad de esa cosa o hecho o de las reglas jurídicas que lo disciplinen. La construcción dada del error judicial por la Sala es netamente jurisprudencial e incluye equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la interpretación y aplicación de la Ley. No puede dar lugar a una tercera instancia, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el Tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquéllos que hubieran sido objeto de debate, sin que pueda traerse a colación el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas dentro del esquema traído al proceso. Es debida a una equivocada información sobre los hechos enjuiciados por contradecir lo que es evidente o a una aplicación del derecho que se basa en normas inexistentes o entendidas fuera de su sentido o alcance, no comprende el supuesto de un análisis de los hechos y de sus pruebas, ni interpretaciones de la norma que acertada o equivocadamente obedezcan a un proceso lógico y que, por ello, sirvan de base a la formación de la convicción psicológica en la que consiste la resolución, cuyo total acierto no entra en el terreno de lo exigible, puesto que en los procesos, aunque se busca, no se opera con una verdad material que pueda originar certeza, y no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración del error judicial, sino la desatención a datos de carácter indiscutible, generadora de una resolución absurda que rompe la armonía del orden jurídico. No puede basarse en la interpretación de las leyes que el Tribunal aplicó con criterio racional y lógico, dentro de las normas de hermenéutica jurídica, sin que pueda prejuzgarse si dicho criterio es el único aceptable o si existen otros, pues unos y otros pueden considerarse constitutivos de error judicial generador de indemnización y se reserva a supuestos de decisiones injustificables desde el punto de vista del derecho.

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS PROFESIONALES. (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 44 de los de Madrid, en sentencia de 25 de julio de 1992, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.ª), en sentencia de 9 de junio de 1994, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación triunfa.

Base fáctica.—Demanda interpuesta por un médico con base al contrato de arrendamiento de servicios concertado con la demandada con fecha 1 de diciembre de 1977. Frente a esta decisión, la demandada Sanitas, S.A. de Seguros, ejercita recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—En un principio y por la Sala se denunció una incongruencia *extra petita* y su apreciación de oficio por la Sala que juzga y además se declara que la entidad ha incumplido el contrato de arrendamiento de servicios profesionales de 1 de diciembre de 1977, ocasionándole perjuicios económicos y morales.

El actor (médico) al prestar confesión judicial reconoció que nunca había tenido asignados un número de asegurados para su atención médica, si bien es cierto esto, también es verdad que al venir en el boletín de la Sociedad le entraba un cupo en el número suficiente de enfermos y por tanto no tuvo que reclamar nunca la cuota, y que en ese momento había perdido un 75 por 100 de enfermos, solicitando reiteradamente que le asignasen cuota o boletín. Y el hecho de que en esta situación, a la que hemos hecho alusión, no se hubiese reclamado nada, podía sin duda, no sólo obedecer a una conducta consecuen- te por parte del actor ante el correlativo respeto a lo pactado por la contra- parte, sino porque la situación era distinta a la que se presentó y que justificó el ejercicio de tal acción reclamatoria y ello en consonancia con la valoración de la respuesta íntegra a la prueba de confesión.

I. M. G.

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

ACCESO A LA PROPIEDAD.—**EL ARTICULO 39 DE LA LEY DE EXPROPIACION FORZOSA ES EL PRECEPTO ESPECIFICO DE VALORACION DE LAS FINCAS RUSTICAS, PERO NO IMPIDE LA APLICACION DEL ARTICULO 43 QUE ES UNA NORMA APLICABLE A TODA CLASE DE BIENES. TAMPOCO SE PUEDEN EXCEPTUAR FINCAS DEL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD EN TRAMITE DE EJECUCION DE SENTENCIA, PUES SERIA IR CONTRA LOS PROPIOS ACTOS.** (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1995.)

El Juzgado número 2 de Pamplona desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revoca la anterior. En ejecución de sentencia se declaró el valor real de las fincas agrícolas, e interpuso recurso de apelación que fue desestimado.

No procede la casación. Dice el recurrente que la sentencia firme dijo que la valoración de las fincas se haría de acuerdo con el artículo 39 de la Ley de Expropiación Forzosa, pero el auto de ejecución aplicó el artículo 43 de dicha Ley. Este artículo es una norma subsidiaria que implica la previa aplicación del artículo 39 conforme a la facultad que concede el artículo 43 para evitar una valoración injusta de los bienes. El artículo 39 es el específico de las fincas rústicas, pero no elimina la norma de cierre de los sistemas de valoración de los bienes, cualquiera que sea su naturaleza que es el artículo 43. Por

otra parte, se pretende en ejecución de sentencia que una finca, por su calificación forestal debe ser excluida de la valoración total, lo que significa ir contra los propios actos y contra la buena fe que debe presidir el ejercicio de los derechos. Igualmente tampoco procede la apreciación del carácter de urbanas que se alega respecto a otras fincas, objeto del derecho de acceso, ya que las sentencias firmes no pueden modificarse en fase de ejecución, porque lo contrario supondría una vulneración del artículo 24.1 de la Constitución y una modificación retroactiva, contradictoria con los principios que rigen el proceso civil. Lo contrario sería permitir una vulneración de la doctrina que prohíbe ir contra los propios actos.

EXTINCION DE ARRENDAMIENTO.—EL ARTICULO 13 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS ESTABLECE LA EXTINCION DEL ARRENDAMIENTO AL CONSOLIDARSE EL DOMINIO, PUDIENDO EJERCITAR EL DESAHUCIO DEL ARRENDATARIO UNA VEZ EXTINGUIDO EL AÑO AGRICOLA EN CURSO. (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Puertollano estimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó la anterior.

No se admite la casación. La arrendadora era titular fiduciaria de las fincas, que adquirió por herencia de su esposo y falleció en 1988, siendo herederos fideicomisarios sus sobrinos, habiendo arrendado aquélla las fincas a los demandados. Se da por extinguido el arrendamiento, no por denegación de prórroga, sino por extinción del arrendamiento, facultándose a quien consolida el dominio para instar el desahucio frente al arrendatario, una vez transcurrido el año agrícola en curso. Incluso, prescindiendo de la calificación jurídica de fideicomiso de residuo de la figura establecida en el testamento, precisamente la no limitación de la posibilidad de disponer «intervivos», paliaría la dificultad que surgiría del artículo 12.1 LAR para concertar arrendamientos, pero un contrato de arrendamiento no desvirtúa los derechos de quienes ostentan expectativas sucesorias sobre los bienes arrendados, sino que, por el contrario, han de incluirse estos derechos en la fórmula amplia de «otros derechos análogos de goce» que el artículo 13 de la Ley prevé, por lo que produce el efecto de consolidación del dominio en las personas designadas como herederos para el caso de que subsistan bienes a la muerte de la arrendadora, adquiriendo la condición de arrendadores durante el año agrícola y de ahí su legitimación para ejercitar la acción judicial correspondiente y, en consecuencia, pasado el año, se considera extinguido el arrendamiento. No es necesario el requerimiento, ya que no se basa la extinción en la finalización del plazo fijado para el arrendamiento, lo que hubiera permitido las prórrogas de los artículos 25 y 26, sino la extinción por consolidación del dominio con otros derechos de goce que regula el artículo 13 LAR que no exige requerimiento alguno.

Arrendamientos urbanos

DESAHUCIO.—EL ARRENDAMIENTO DE UN LOCAL SITUADO DENTRO DE UN PARQUE DE ATRACCIONES PARA EJERCER UNA ACTIVIDAD COMPLEMENTARIA DEL MISMO, NO ESTA SOMETIDO A LA LEGISLACION ARRENDATICIA SINO AL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1995.)

El Juzgado número 33 de Madrid desestimó la demanda y la apelación fue rechazada.

Triunfa la casación. En enero de 1989 se arrendó un local, dentro del Parque de Atracciones de Madrid, por el plazo de un año, y transcurrido éste se interpuso demanda para dar por resuelto el contrato por expiración de plazo, pero el demandado opuso que el contrato era de local de negocio y, por tanto, sujeto a prórroga forzosa, que es la tesis que acogieron tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial. El recurrente dice que el contrato está excluido de la legislación arrendaticia y sometida al Código Civil, por cuanto el arrendatario no explota con establecimiento abierto y con carácter autónomo su propia industria, sino que lo hace subordinado a la industria global que lleva la recurrente en el Parque de Atracciones de la Casa de Campo de Madrid, en virtud de concesión administrativa del Ayuntamiento, debiendo ajustarse al pliego de condiciones que rigió el concurso para adjudicar la concesión. Todo ello implica para el arrendatario limitaciones esenciales, no sólo en cuanto a su destino sino también en cuanto a precios, horarios, personal, etc., constituyendo una actividad complementaria de la industria mayor que es el Parque de Atracciones. Esta Sala tiene declarado que en esta clase de arrendamientos sin autonomía, en cuanto a su destino y clientela, que no rige la legislación arrendaticia sino el Código Civil (sentencia de 25 de mayo de 1992 y otras), siendo ésta la situación del caso de autos.

NULIDAD DE CONTRATO.—EL CONTRATO POR EL QUE SE PACTO UNA INDEMNIZACION PARA DESALOJAR EL LOCAL A PESAR DE QUE EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO SE HABIA ESTIPULADO QUE EN EL CASO DE ENAJENACION DE LA FINCA NO HABRIA LUGAR A INDEMNIZACION ALGUNA POR LLEVAR ANEJA LA RESCISION DEL ARRIENDO, ES NULO DE PLENO DERECHO POR NO EXISTIR CONSENTIMIENTO LIBRE EN SU FORMULACION. (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1995.)

El Juzgado número 20 de Barcelona estimó la demanda y la apelación fue desestimada.

No procede la casación. La cláusula 6.ª del contrato de arrendamiento dice que en el supuesto de enajenación de la finca a terceros o por causa de fuerza mayor, la arrendataria no tendría derecho a indemnización alguna, ya que ello conllevaría la rescisión del arriendo. Esta cláusula no se aplicó en una primera venta y la sentencia se refiere a una segunda venta, siendo el comprador un tercero totalmente ajeno a las relaciones contractuales existentes por considerar el pacto válido conforme a los artículos 1.255 y 1.271 del Código Civil. En realidad, la pretensión principal y única deducida, que conforma el verdadero objeto del pleito es la nulidad del contrato de 15 de diciembre de 1989, en virtud del cual se pactó el pago de la cantidad de treinta millones para que

la arrendataria desalojase la finca. No existe incongruencia en la sentencia recurrida, ya que los fundamentos jurídicos de la sentencia, aunque no sean certeros o se basen en razones jurídicas diferentes a las aportadas si no tienen reflejo en la decisión final. El fallo dictado en apelación no hace referencia al contrato locativo que autoriza a la recurrente a ocupar los terrenos que se enajenaron y la obligación al desalojo, al cumplimiento de la condición pactada al efecto. El negocio cuya nulidad se postula vino generado por las circunstancias que se imponían, ineludibles, para evitar un detrimento patrimonial, es decir, tener la libre disposición del inmueble antes del plazo final de 31 de diciembre de 1989. La sociedad recurrida no actuó con un consentimiento libre, llegando al contrato dicho con notas claras de apresuramiento, provocado para favorecer los intereses de la recurrente que de esta manera burlaba la cláusula 6.^a del contrato arrendaticio, actuando con clara deslealtad contractual al permanecer en la posesión de la finca, ya que se había transmitido a un tercero, utilizando, en descarado provecho propio, las condiciones pactadas en la venta de 17 de mayo de 1989, con lo cual la vendedora se vio forzada a aceptar las condiciones impuestas que contradicen la libertad de pacto por la concurrencia de consentimiento viciado por coacción moral intimidatoria. La existencia de consentimiento libre es cuestión de hecho, apreciable por los tribunales de instancia, y sólo cabe su impugnación por errónea apreciación por los tribunales de instancia del contenido probatorio, lo que no se da en este caso.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EXISTE FRAUDE DE LEY CUANDO EL ACTO SEA CONTRARIO AL FIN PRACTICO QUE LA NORMA DEFRAUDADA PERSIGUE Y QUE LA NORMA EN QUE PRETENDE APOYARSE NO VAYA DIRIGIDA DIRECTAMENTE A PROTEGERLO. ES TAMBIEN DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE SE PUEDE PENETRAR EN EL SUSTRATO PERSONAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS A FIN DE EVITAR UN MAL USO DE SU PERSONALIDAD. ES EVIDENTE QUE SE HAN UTILIZADO LAS NORMAS REGULADORAS DE LA TRANSMISION DE ACCIONES Y DEL NOMBRAMIENTO Y COMPOSICION DE SUS ORGANOS PARA CONSEGUIR UN FIN PRACTICO NO AMPARADO POR DICHAS NORMAS COMO ES EL TRASPASO DE UN LOCAL. (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1995.)

El Juzgado número 3 de Zaragoza desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

Tiene éxito la casación. Se ejercita la acción resolutoria por traspaso ilegal del local de negocio, basada en que la venta de acciones de la sociedad arrendataria supone la introducción de un tercero en la relación arrendaticia sin el consentimiento de los arrendadores. Es doctrina jurisprudencial consolidada que para que el acto sea fraudulento se requiere que el acto sea contrario al fin práctico, que la norma defraudada persigue, y que la norma en que el acto pretenda apoyarse no vaya dirigida, directa y expresamente a protegerlo, bien por constituir el supuesto normal, bien por ser el referido un medio de vulneración de otras normas, aparte de ser preciso, según reiterada jurisprudencia, que haya de manifestarse inequívocamente la producción de un resultado contrario o prohibido por otra norma, tenida por fundamental en la regulación de la materia. Asimismo es doctrina jurisprudencial consolidada aquélla

que permite penetrar en el sustrato personal de las personas jurídicas a fin de evitar un mal uso de su personalidad en un ejercicio antisocial de su derecho o en perjuicio de terceros, como hace la sentencia de 18 de febrero de 1993, diciendo que nadie puede desposeer a otro, sin voluntad del despojado y por su propia decisión, cualquiera que sea el medio aparentemente empleado, y en la de 28 de mayo de 1984 se dice que en el conflicto entre seguridad y justicia se ha de decidir por la aplicación por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe por la práctica de penetrar en el «sustratum personal» de las entidades o sociedades a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que se puedan perjudicar intereses públicos o privados como causantes del fraude, admitiendo que los jueces puedan levantar el velo de esas personas para evitar el abuso de esa independencia. La sentencia de 9 de julio de 1986 prescinde de la forma social por la particular composición de la sociedad. Es evidente que se han utilizado las normas reguladoras de la transmisión de acciones y del nombramiento y composición de sus órganos rectores para conseguir un fin práctico, no amparado por dichas normas, como es el traspaso de un local a terceras personas, eludiendo la aplicación de las normas imperativas reguladoras de esta figura, introduciendo personas nuevas en el local mediante el control absoluto de la sociedad arrendataria y apartando del mismo a los anteriores propietarios de la sociedad arrendataria, a pesar de la mayoría accionarial que mantienen todavía.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LAS OBRAS REALIZADAS ALTERAN LA CONFIGURACION DEL EDIFICIO SIN QUE CONSTE EL CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR NI ALCANCE A ELLAS LA AUTORIZACION CONTRACTUAL PARA OBRAS DE ADECUACION Y MEJORA. (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Terrassa estimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No procede la casación. Las obras realizadas consisten en la ampliación y sobreelevación de una antigua bodega de la masía arrendada con la construcción de un cuerpo de edificio sobresaliente de la fachada trasera y con una altura que supera la de la originaria bodega y, de otra parte, en la adición en el extremo opuesto al anterior de un cuerpo de edificio, también sobresaliente de la alineación de la fachada. La autorización contractual era para obras de adecuación y mejora que estimase necesarias sin otras limitaciones que la de respetar el general aspecto exterior del edificio y su solidez, alcanzando el permiso a la construcción e instalación de piscinas, campos deportivos y demás dotaciones que quepa efectuar en los terrenos, siendo el destino del local arrendado la hostelería en general y la vivienda. La modificación, apreciable desde el exterior de una de las partes del edificio ya existente y la adición de una nueva pieza aumentando el volumen de lo edificado, supone dar al conjunto una nueva forma o figura, una configuración distinta de la que tenía, con lo que se da un aspecto diferente al edificio, modificando el que antes tenía. Por otra parte, el permiso que se concede a la construcción e instalación de piscinas, campos deportivos y demás dotaciones que se puedan efectuar, no se extiende a otras obras distintas, conforme a las reglas de interpretación del artículo 1.281.1 del Código Civil. El consen-

timiento para las obras no puede ser presunto ni el conocimiento significa consentimiento, según reiterada jurisprudencia, y su apreciación se reserva al prudente arbitrio del juzgador. Es evidente que las obras exceden del permiso concedido, alterando la configuración del edificio y sin consentimiento del arrendador. No cabe apreciar la falta de buena fe en el arrendamiento ni abuso de derecho en el ejercicio de la acción resolutoria, como pretende el recurrente.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—NO SE CUMPLEN LOS REQUISITOS LEGALES PARA EL TRASPASO, PUES LA AUTORIZACION DADA PARA HACERLO A OTRAS SOCIEDADES DEL GRUPO, NO SIGNIFICA LA RENUNCIA AL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA LA VALIDEZ DE DICHO TRASPASO. (SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1996.)

El Juzgado número 5 de Pamplona estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

Triunfa la casación. En el contrato existe la cláusula 8.^a que regula las condiciones del traspaso, prohibiendo la cesión, tanto total como parcial, expresándose la renuncia de la arrendataria a este derecho. Sin embargo se acordó, como excepción, que sí se podrá traspasar a las sociedades del grupo «Arthur Andersen» y a las sociedades que se constituyan como segregadas de alguna de las actividades que desarrolla «Arthur Andersen». La arrendataria remitió por conducto notarial una carta en 20 de noviembre de 1990, notificando la cesión a «Arthur Andersen auditores» de los derechos y obligaciones como arrendatario en el local del contrato, pero de ella se deducía que ya se había producido la ocupación efectiva de los locales y había pasado casi un año entre la escisión de la sociedad y la cesión del local a ésta. Se ha producido una efectiva situación de traspaso en cuanto ha de relacionarse con la renuncia pactada de los derechos de tanteo y retracto de los artículos 35 y 36 LAU. La sentencia recurrida no aplicó el Real Decreto Legislativo de 29 de diciembre de 1989, que modificó el artículo 31.4 LAU, en cuanto viene a disponer que no se considera traspaso el caso de escisión de sociedad, pero la escisión se produjo antes de su entrada en vigor, el 1 de enero de 1990, sin efectos retroactivos. Conforme a lo concertado, la entidad locataria podía traspasar a la sociedad escindida, pero no podía hacerlo prescindiendo del cumplimiento de los requisitos y formalidades del artículo 32 LAU, ya que no consta la renuncia expresa a estos efectos y debió cumplir con lo convenido en el contrato. No se llevó a cabo la notificación fehaciente al arrendador, pues no lo es la carta de 20 de noviembre de 1990, ya que el traspaso se había producido con anterioridad, ya que la notificación debe hacerse antes de la cesión, sin que en la carta se hubiese fijado el precio del traspaso. La renuncia del contrato sólo se refiere a la concreta hecha en él y no a todos los requisitos del artículo 32, ya que la renuncia ha de interpretarse restrictivamente. Habían de cumplirse los requisitos legales exigibles al arrendatario, para dar vía libre al ejercicio de los derechos que la Ley otorga al que arrienda y a los que no había renunciado previamente.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—SE PRODUJO LA MAQUINACION FRAUDULENTE EXIGIDA PARA LA REVISION, YA QUE EL ACTOR CONOCIA EL DOMICILIO HABITUAL DEL DEMANDADO QUE ERA DISTINTO AL DEL LOCAL ARRENDADO, SIN QUE LO PROPORCIONASE. (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1996.)

El Juzgado número 9 de La Coruña declaró haber lugar al desahucio del local de negocio por cierre y abandono del mismo, así como a la falta de pago de la renta, declarándose la rebeldía de la demandada por desconocerse el domicilio de la misma.

El recurso de revisión es admitido. Se ha producido la maquinación fraudulenta, por cuanto en la demanda se indicaba como domicilio del demandado el que constaba en el contrato y la cédula de citación fue correcta. Pese a ser requerido el actor para que indicara si conocía otro domicilio del demandado, distinto al lugar del arrendamiento, afirma que lo desconoce, por lo que se le cita por edictos y en estrados, mientras que al tener en su poder el documento acreditativo de la cesión de derechos arrendaticios y disolución de la sociedad civil existente entre los inquilinos, que actúan como demandantes en esta revisión y que fue aportado por el mismo al proceso, podía perfectamente conocer que en ese documento constaba un domicilio habitual distinto al del local arrendado en que se les citó, por lo que, con una mínima diligencia, debía haber facilitado esa localización para que fuese demandado en debida forma el destinatario de la acción y, al no hacerlo así, produjo la rebeldía de éste, su evidente indefensión y la subsunción de su conducta en la maquinación base de la acción entablada.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE UN LOCAL PARA BAR EN UNA ESTACION DE RENFE ESTA EXCLUIDO DE LA LEGISLACION ARRENDATICA, POR EL PLIEGO DE CONDICIONES GENERALES QUE RIGE ESTOS CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIO DE BAR EN LAS ESTACIONES FERROVIARIAS. (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1996.)

El Juzgado número 2 de Barcelona estimó la demanda y la Audiencia confirmó la anterior.

No procede la casación. RENFE arrendó los servicios de bar en la estación de Hospitalet, estableciendo en las condiciones generales del contrato que no se sujetaría a la legislación arrendaticia y fijando un plazo de duración de un año. Se comunicó al arrendatario, antes de la extinción, la fecha de la misma, así como la convocatoria del oportuno concurso para la nueva adjudicación del servicio de bar de la estación referida. Celebrado el concurso, sin participación del anterior arrendatario, se adjudicó a otra persona sin que pudiera RENFE recuperar la posesión, por lo que se entabla la demanda correspondiente, oponiendo los arrendatarios la sujeción del contrato a la LAU. La sentencia recurrida consideró que el contrato es de arrendamiento de local de negocio, pero no sometido a la legislación especial. No es incongruente la sentencia, ya que llega a la conclusión de que el contrato no está sometido al Código Civil y procede la resolución del contrato por expiración del plazo de su vigencia, sin que, al hacerlo se haya alterado la *causa petendi*. El contrato está sometido a unas condiciones detalladas en el «Pliego de Condiciones

Generales» que rigen los contratos de prestación de servicios de bares, cafeterías y restaurantes en las estaciones que el adjudicatario aceptó libremente al celebrar el contrato y en el que se exceptuaba de la LAU. Esta doctrina se recoge en la sentencia de 27 de octubre de 1967, resolutoria de un caso análogo: servicio de fonda o cantina de una estación. De la prueba practicada se desprende que, conocida desde el inicio, que la duración del contrato era improrrogable y que se procedería a convocar nuevo concurso, al no participar en él y no desalojar el local, se hizo merecedor de la indemnización de daños y perjuicios, solicitada por la actora.

RETRACTO.—PROCEDE EL EJERCICIO DE ESTE DERECHO EN LAS VENTAS EN SUBASTA JUDICIAL SEGUN REITERADA JURISPRUDENCIA.
(SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1996.)

El Juzgado número 7 de Barcelona estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

Triunfa la casación. La sentencia recurrida se funda en que en las subastas judiciales no cabe el retracto, y la recurrente cita las sentencias de 2 de mayo de 1959, 19 de febrero de 1968, 23 de enero de 1971 y 6 de mayo de 1991, en contra de la tesis de la sentencia. Sea cual sea la opinión doctrinal sobre la adjudicación en subasta, lo cierto es que el legislador las considera aptas para dar lugar al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, equiparándolas a las ventas ordinarias. Así lo hace el Código Civil en el artículo 1.640, y la LAU en su artículo 33, y la jurisprudencia de esta Sala al declarar que las ventas en subasta son un supuesto comprendido en los artículos 47 y 48 LAU.

NULIDAD DE ADJUDICACION.—LA ADJUDICACION HECHA EN UN PROCEDIMIENTO DE EJECUCION HIPOTECARIA NO PRODUCE LA EXTINCION DE LOS ARRENDAMIENTOS EXISTENTES, SALVO EN LOS CASOS DE SIMULACION, DE CONFABULACION O DE PERJUICIO ECONOMICO PARA EL ARRENDADOR, SUPUESTOS QUE NO SE DAN AQUI. (SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1996.)

El Juzgado número 11 de Barcelona desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No se admite la casación. El problema jurídico que se debate consiste en determinar si los arrendamientos pactados con posterioridad a la hipoteca continúan vigentes después del auto de adjudicación de la finca o, por el contrario, es de aplicación la regla 17.ª del artículo 131 LH, en que se ordena la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca. El Juzgado estimó que los arrendatarios no podían pedir la acción de nulidad y la Audiencia sigue al Tribunal Constitucional en su sentencia de 16 de enero de 1992, que entendió que sólo se da el supuesto de falta de legitimación si el contrato continúa vigente después de la adjudicación pero no en caso contrario. De aquí que se plantee la posible subsistencia de los arrendamientos referidos. La Sala viene manteniendo en las sentencias de 9 de junio de 1990, 23 de febrero de 1991 y 6 de mayo de 1991 que, partiendo de un arrendamiento válidamente constituido y de la compatibilidad del derecho real con el derecho personal arrendaticio sobre una misma cosa, no puede declararse

extinguido el segundo cuando la finca se ha transmitido mediante adjudicación hipotecaria, por las siguientes razones: *a)* porque la atribución dominical que del inmueble se hace al adjudicatario, mediante la subasta establecida en el artículo 131 LH, afecta únicamente a las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca, que se ha realizado, pero no se deduce que haya de afectar también a los derechos personales, que no tienen acceso al Registro, como el arrendamiento; *b)* porque de seguirse criterio distinto se daría lugar a una causa de extinción del arrendamiento no enumerada en el artículo 114 LAU, y *c)* porque, tratándose de derecho de arrendamiento con derecho a prórroga forzosa, se quebranta el artículo 57 LAU. Esta doctrina quiebra cuando se ha declarado la inexistencia por simulación de la relación arrendaticia cuando se aprueba que ha mediado fraude, dolo o confabulación entre arrendador y arrendatario y cuando se cause un gran perjuicio económico al acreedor, disminuyendo el valor de garantía de la finca. Esta es la reiterada doctrina de la Sala. En el caso no concurren las circunstancias del artículo 219 RH (limitación del 6 por 100 de capitalización de la renta). Una simple operación aritmética nos lleva a la afirmación de que esta capitalización de la renta excede ampliamente las cantidades que tenían asignadas como responsabilidad hipotecaria. El Tribunal *a quo* no aprecia confabulación entre arrendador y arrendatario, siendo esta cuestión de hecho de su exclusiva competencia y no revisable en casación. Tampoco existen abuso del derecho ni fraude de ley, pues los demandantes no han cometido acto alguno que viole el contenido ético del precepto legal en el que se amparan. Lo que el recurrente pretende a su favor es lo contrario: que se modifique la doctrina jurisprudencial que extiende la sanción cancelatoria de la regla 17.ª del artículo 131 a supuestos no contemplados expresamente en la misma, dando lugar a una causa de resolución, no mencionada en la Ley.

C. R. R.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

SENA FERNÁNDEZ, FRANCISCO: *Diccionario de Jurisprudencia Registral*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1999. Un tomo de 1459 págs.

En la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 se creó la Dirección General del Registro de la Propiedad, encomendándole, entre otras, la función de «resolver los recursos gubernativos que se interpongan contra las calificaciones que de los títulos hagan los Registradores», y en la Exposición de Motivos se justificaba esta medida como necesaria para la buena interpretación y adecuada aplicación del sistema registral que venía a introducirse.

Es conocido el párrafo en que se dice: «Así se formará prontamente y se conservará una jurisprudencia tan general como ajustada al espíritu de la Ley, que será el complemento necesario del precepto escrito por el legislador y habrá un depósito de tradiciones y doctrinas del que, aun más que la generación actual, se aprovecharán las venideras».

Esta nueva fuente de interpretación a la que se titulaba expresamente de «jurisprudencia», venía a ensanchar el concepto de ésta, antes exclusivamente judicial, lo que no dejó de promover recelos. Los juristas anduvieron divididos ante la posibilidad, poco edificante, decían, de que se produjesen contradicciones interpretativas entre el Tribunal Supremo y la Dirección General. Las opiniones fueron opuestas, pero el problema doctrinal fue enfocado certeramente por don JERÓNIMO GONZÁLEZ, replicando que en realidad no hay una dualidad de órganos jurisdiccionales, debiendo entenderse que se trata simplemente del enlace o relación entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria. Esta última a veces auténticos hechos, define situaciones y sienta presunciones, y ello puede repercutir en casos contenciosos; pero las Resoluciones de la Dirección General no sientan doctrina legal ni pueden servir de base para la casación, sino que se limitan a resolver si se debe inscribir, suspender o denegar el asiento concreto de que se trate.

Aclarados los términos, el Tribunal Supremo, caballerosamente, ha reconocido de modo reiterado la gran altura científica de la doctrina contenida en las Resoluciones de la Dirección General en sus sentencias de 6 de junio de 1927 y 26 de junio de 1933, entre otras. En la de 28 de septiembre de 1956 se dice que la doctrina de la Dirección General, aun no siendo vinculante para los Tribunales, «constituye una fuente informativa de gran densidad y cuya autoridad nace de la frecuencia de sus aciertos doctrinales».

Superada, pues, la inútil polémica, se ha generalizado el término de «jurisprudencia hipotecaria o registral», a pesar de que su doctrina no sea alegable en casación. Y es porque, aparte el indudable valor doctrinal y orientador, reconocido y respetado por todos y que coopera de modo importante a la hora de aplicar tanto las normas hipotecarias como las civiles y administrativas relacionadas con los inmuebles, las decisiones de la Dirección General son ejecutorias en cuanto a su ámbito respecto al caso planteado y, además, en

cierto modo vincula a los Registradores. Así, en la Resolución de 27 de septiembre de 1978, se dice que los Registradores, dentro de la independencia con que ejercen su función, han de tener en cuenta al calificar la doctrina de este Centro sobre el particular resuelto.

Lo más importante es la notable y decisiva influencia de la jurisprudencia registral a la hora de interpretar las distintas normas legales para aplicarlas a supuestos análogos a los ya resueltos. Es la formación de una pauta, de una doctrina, que permite a los Registradores y a los juristas en general contrastar debidamente las formulaciones generales de la Ley con el caso concreto, obteniendo una imprescindible conjugación de teoría y práctica.

El autor, FRANCISCO SENA FERNÁNDEZ, Registrador de la Propiedad, ha empleado tiempo en recoger y ordenar las Resoluciones desde 1950 a 1999, o sea, casi medio siglo, con lo que se tiene a la vista prácticamente toda la doctrina del Centro Directivo que puede resultar aplicable. Tarea ingente, por cierto, él dice en el prólogo que en los últimos años se observa el aumento exagerado de dichas Resoluciones, pues mientras en 1976 se dictaron sólo seis, a partir de 1986 el aumento es espectacular, llegando a 1998, en que se han resuelto nada menos que 131 recursos. Pues en 1999, si las hubiera contado, el número de Resoluciones ha sido de más del doble, o sea, concretamente, nada menos que 265. Ahí queda eso.

Digan los lectores si es posible tener en la cabeza tanta y tan variada doctrina sobre los múltiples casos que se presentan.

Las razones de este aumento las explica el autor. Aparte de los recursos que estaban un tanto acumulados y ahora se les da salida, hay que advertir que en España todo ha cambiado y el desarrollo de la propiedad inmobiliaria se ha transformado hoy en un panorama en que son muchos los que consideran casi normal tener no sólo la vivienda principal, sino otra u otras secundarias. Todo ello se refleja en un mayor movimiento del tráfico inmobiliario, otorgamiento de muchos más títulos y sobreveniencia de más problemas. Se traduce en mayor número de asientos y mayor número de notas calificadoras adversas y consiguientes recursos. Téngase en cuenta que ya no hay sólo, como antaño, Código Civil y Ley Hipotecaria, sino que han aparecido multitud de leyes especiales nuevas que comportan requisitos, a veces molestos, que provocan dificultades a la hora de inscribir. Por supuesto, lo que el legislador pretende no es hacer más difícil la tarea, sin más, sino reforzar las garantías que permitan a los titulares culminar sus pretensiones de seguridad, que se logran a través de una inscripción salvaguardada. De ahí los requisitos y de ahí las supuestas dificultades que el Registrador se ve obligado a exigir.

El libro es de una utilidad grande, pues comprende un resumen suficiente de las Resoluciones en estos años, clasificadas en las referentes al Registro de la Propiedad, al Mercantil, al Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento y al de Ventas a Plazos de Bienes Muebles. Dentro de cada sección se ordenan por materias, según el alfabeto, para facilitar su busca, y dentro de cada concepto, ya por orden cronológico.

El libro tiene además dos índices, uno alfabético y otro cronológico, para ir directamente a la Resolución que se desea buscar por cualquiera de los dos cauces.

Todo ello a lo largo de 1.459 páginas que, a buen seguro, habrá llevado al autor a una larga tarea de fichaje y clasificación, que habrá resultado enormemente laboriosa.

Como dice el autor, hay algunos recursos que se resuelven causando inquietud y a veces asombro, pero el conjunto hace invisibles estos casos aislados. Y como final nos dice que, como en el teatro clásico, digamos: «Si os ha gustado la obra, aplaudid, y si no, por favor, disimulad». Pues no hay nada que disimular y mucho que aplaudir, la obra lo merece.

JOSÉ MARÍA CORRAL GUJÓN
Profesor Ayudante de la UNED

PAU PEDRÓN, ANTONIO: *Historia del Colegio de Registradores*, Editado por el Colegio, Madrid, 2000. Un tomo de 156 págs.

En mayo de 1994, con ocasión de cumplirse los sesenta años de la creación del Colegio, el autor pronunció una conferencia de contenido interesante sobre las vicisitudes de este órgano que acoge a los Registradores de la Propiedad, desde sus antecedentes a su biología posterior.

Varios años después, ANTONIO PAU, que es ahora su Decano, ha ampliado y actualizado aquella conferencia, obteniendo este libro al que se incorporan nuevos interesantes datos y anécdotas, junto con valiosas fotografías de personajes y documentos que completan la obra. Dedicar el libro al que fue Decano, CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO, por todos querido y admirado, resaltando la pasión que CARLOS sentía por la carrera y la abnegación y honradez con que luchó por defenderla y enaltecerla.

En la exposición sigue su natural ciclo cronológico, dividiendo su discurso en tres capítulos: La Asociación, el Colegio y su época moderna o de apertura.

Comienza exaltando la labor de lo que se llamó «el heroico apostolado» de los primeros 473 Registradores nombrados *ab initio* para poner en funcionamiento los Registros creados por la Ley Hipotecaria de 1861. Aquellos primeros Registradores, nos dice PAU, se hubieron de sentir en la más absoluta soledad, cada uno en su despacho, aislados y sin vínculo alguno de comunicación y menos de unión con sus restantes compañeros, en aquellos tiempos llenos de dificultades. Sólo hubo una voz que los defendiera en el Parlamento y fue la del Diputado don LEÓN GALINDO DE VERA, que consiguió al menos que se indemnizara a los Registradores de las inversiones que hubieron de realizar para montar sus despachos y para comprar los libros necesarios.

La llamada Revolución Gloriosa de 1868 fue negativa para los Registradores, varios de los cuales sufrieron las tarascadas y desmanes de las turbas que querían «salvar» a España quemando los Registros. Pasada la negra nube, los Registradores se dirigen al Congreso de los Diputados, haciéndole llegar iniciativas en el sentido de procurar la agrupación o asociación; en su escrito de 1878 resaltan su fidelidad y el empeño puesto en el cumplimiento de la misión que se les encomendó y llenos de esperanza en el porvenir confían en las repetidas promesas que se les habían hecho de cumplir sus deseos... cosa que siguió sin realizarse.

El primer paso se inicia con los varios congresos regionales que tuvieron lugar en Valladolid, La Coruña, Valencia, Sevilla y Albacete a lo largo del año 1886. En los últimos días de este mismo año, en noviembre se celebró el primer congreso nacional, del que surgió el Montepío de Registradores, para el que se señalaron las cuotas de participación en diez pesetas de entrada, más dos pesetas anuales, creándose unos modestísimos socorros de jubilación,

incapacidad, viudedad y orfandad. La vida de este Montepío fue efímera, pues desapareció en 1905.

Dedica el autor un sentido capítulo a recordar a los Registradores que sirvieron su cargo en Cuba y Filipinas. Tras el desastre de 1898 vuelven a España los que ejercieron la profesión en aquellos lejanos dominios, y entre ellos destaca la biografía del Registrador ANTONIO ROURA, gran amigo del poeta MARAGALL, transcribiéndonos parte de su correspondencia que nos trasluce detalles curiosos de su vida.

Durante los tres años siguientes a la disolución del Montepío se careció de toda representación corporativa, pero fue precisamente esta dificultad la que hizo posible la creación de una Asociación oficial que agrupara a los Registradores.

En noviembre de 1908, el Gobernador Civil de Madrid aprobó el primer reglamento de la Asociación de Registradores, cuyo texto fue promovido por una junta provisional en la que ya aparece la figura de don JULIÁN ABEJÓN, que años más tarde será el primer Decano del Colegio.

La pertenencia a la Asociación es, naturalmente, voluntaria. Según su Reglamento tenía como fines fomentar la convivencia de los compañeros y el adelanto y progreso de la institución en consonancia con el interés público y lograr el mejoramiento de la clase. En su honor hay que decir, apunta PAU, que la Asociación orientó en sus primeros trabajos hacia el interés general del sistema inmobiliario.

Las preocupaciones de la Asociación son técnicas, corporativas o personales. En cuanto a las técnicas, se resalta el problema de la corriente desinscribitoria y la coordinación con el Catastro. En cuanto a las corporativas, la atención a los Registros indotados, y entre las preocupaciones de carácter personal estaban las prestaciones mutualistas. La situación de estas últimas, que era bien precaria, se mejoró algo, no mucho, por el Estatuto de Clases Pasivas de 1926.

Hacia 1915, con el Presidente don DIEGO PAZOS GARCÍA, la Asociación está consolidada y por eso causa perplejidad el texto del artículo 425 del nuevo Reglamento Hipotecario, que venía a exigir autorización expresa del Ministro de Justicia para que los Registradores se constituyeran en colectividad y, en consecuencia, se solicita el permiso correspondiente.

La Asociación publicó, a partir de 1920, un Boletín que con periodicidad de cada diez días, llegó a alcanzar 180 números. Este Boletín es una importante fuente de noticias y de doctrina registral.

Como anécdota curiosa de este Boletín merece recordar que incluyó la nota del fallecimiento de un Registrador, acompañándola de ciertos comentarios poco caritativos hacia su persona, pero... resultó que ¡no había muerto! En el número siguiente se corrige la errónea noticia, diciendo que tal fallecimiento, afortunadamente, no había tenido lugar. Se pregunta PAU si el sobreviviente, si llegó a leerlos, olvidaría los reproches que se le hicieron creyéndole muerto.

En 1925 se creó la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, bajo los auspicios de la Asociación de Registradores, aunque con la cobertura de la sociedad denominada «Publicaciones Jurídicas». El primer Director fue, por largos años, don JERÓNIMO GONZÁLEZ. La Revista no sólo ha desarrollado una estimable función científica, dice PAU, sino que también ha servido de vínculo personal entre los Registradores.

Los tiempos republicanos fueron de indudable trascendencia para los Registradores. Aunque varios de ellos desempeñaron cargos políticos de importancia, también tuvieron que soportar fuertes crisis como la producida por la paralización de las transmisiones de fincas a que dio lugar la reforma agraria.

Algo positivo había de tener aquella época y es que uno de los Registradores más sobresalientes, el señor CANTOS FIGUEROA, fue Ministro de Justicia en 1934, y pocos días después de tomar posesión se dio cumplimiento a una de las mayores ansias corporativas, firmándose el 18 de mayo el Decreto por el que se creaba el Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad de España. Tal como se decía en la disposición, con este proyecto se daba satisfacción a uno de los anhelos más fervorosamente sentidos por el Cuerpo de Registradores.

El primer Decano fue, como se dijo, don JULIÁN ABEJÓN, cuya semblanza se hace, resaltándose su labor y la admiración de sus compañeros en unos curiosos versos laudatorios que se recogen en el libro.

La guerra civil fue un desgraciado y sangriento paréntesis en la vida española y también para el Cuerpo de Registradores. ANTONIO PAU recoge el trágico balance de veintidós Registradores muertos en el frente o asesinados, más de 20 separados o destituidos y 93 Registros arrasados. El Colegio no actuó en la zona republicana y sus fondos fueron incautados y destinados a fines distintos y sólo pudieron seguir en activo contados Registradores que por su edad no habían sido movilizados. Muy distinta fue la situación en la llamada zona nacional, donde se respetaron los Registros y se mantuvo a los Registradores en sus puestos, aun los que estaban en edad militar, por considerar que su función era esencial y necesaria.

Tras unas estancias temporales en Burgos y Vitoria, el Colegio vuelve a Madrid y se instala en la calle Eduardo Dato y después en la Gran Vía, con una Junta Directiva designada a tenor de los tiempos, bajo la presidencia de EDUARDO FUENTES CERVERA, que además de Registrador era militar.

Capítulo aparte es el de las Registradoras. Las mujeres tuvieron vedada su entrada en el Cuerpo, según una Real Orden de 1924. La República las admitió, pero la Ley Hipotecaria de 1944 volvió a repudiarlas. A partir de 1961 se abrió definitivamente el acceso a la carrera y desde entonces ya conocemos el abundante ingreso de mujeres que desempeñan su profesión con la misma dedicación, energía y aptitud que sus compañeros.

En 1942 inicia sus actividades el Centro de Estudios Hipotecarios y a partir de 1956, tras el Decanato de don RAMÓN CORTIÑAS, se inicia la imagen actual del Colegio, siendo Decano don RAMÓN DE LA RICA. En 1961 se conmemora el centenario de la Ley Hipotecaria con un número extraordinario de la Revista Crítica y varias conferencias y el I Congreso de Derecho Registral. En 1963 el Colegio adquiere las acciones de la sociedad «Publicaciones Jurídicas» y la Revista pasa a su propiedad, nombrando Presidente del Consejo de Redacción a don RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE. En 1965 se inaugura el edificio actual, destinado al Colegio y Registros de Madrid que, como es sabido, ya se ha quedado pequeño.

El apartado último del libro se titula «Las aperturas» y comprende los Decanatos de JOSÉ POVEDA MURCIA, PÍO CABANILLAS y CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO, reflejándose la labor realizada en estos períodos y que culminó con la Asamblea General celebrada en Barcelona en diciembre de 1988. Antes, en 1984, se celebró el cincuentenario del Colegio.

Se termina el libro pasando de la historia a la crónica con el Decanato de JOSÉ POVEDA DÍAZ, que supone la apertura internacional del Colegio y la redac-

ción de los nuevos Estatutos que se aprobaron por Real Decreto de 14 de abril de 1997. A finales del mismo año se elige como nuevo Decano al actual, ANTONIO PAU PEDRÓN, autor del libro.

Hay un epílogo titulado «Desde el recuerdo a la esperanza» en el cual se concluye que el Colegio de Registradores ha estado permanentemente atento a los intereses profesionales y a los sociales. Esta breve historia constituye una relación de ilusiones, de personas y de hechos que se han plasmado en varias décadas de servicio.

Termina el libro, magníficamente presentado y muy bien escrito, con unos apéndices nominativos de cuantos han tenido cargos o intervención en la vida colegial, para que podamos recordarlos y agradecerles lo que hicieron en favor de la profesión.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

RODRIGO URÍA y AURELIO MENÉNDEZ: *Curso de Derecho Mercantil (Tomo I)*, Civitas, Madrid, 1999. 1395 págs.

Para todos aquellos que estudiamos la carrera universitaria, hace ya muchos años el simple título de esta obra evoca gratos y nostálgicos recuerdos. Nada menos que el clásico manual del maestro GARRIGUES llevaba el mismo título. Y no es una simple casualidad, como pone de relieve don AURELIO MENÉNDEZ en el Prólogo. Las palabras que abren el libro aclaran cómo un grupo de los más significativos Catedráticos de Derecho Mercantil de hoy en día han pretendido, por un lado, continuar la obra de don RODRIGO URÍA (el conocido «Uría» que todos hemos tenido tantas veces en nuestras manos), y por otro lado quiere ser un reconocimiento al magisterio de don JOAQUÍN GARRIGUES, y de ahí en parte el título elegido para la obra. Pero, como el propio Prólogo pone de relieve, la obra no pretende ocupar el lugar que ha ocupado y sigue ocupando el Manual de don RODRIGO URÍA, sino que es distinta, aunque se fundamenta en aquél.

Bajo la dirección del maestro AURELIO MENÉNDEZ, un conjunto de catedráticos de gran prestigio, todos ellos discípulos suyos, han acometido la ingente labor de elaborar un completo Curso de Derecho Mercantil, de la que la obra que comento constituye el Tomo 1.º. El hecho de que en su redacción hayan colaborado diferentes autores puede privar a la obra de unidad, pero, creo, la enriquece en muchos aspectos. La formación en una misma escuela mercantilista hace además que sus autores sepan mantener una concepción uniforme de las instituciones mercantiles.

La obra consta de un Prólogo debido a la pluma de AURELIO MENÉNDEZ; una Introducción, dedicada al concepto y fuentes del Derecho Mercantil; y tres partes, la primera acerca del empresario, el establecimiento mercantil, la contabilidad y el Registro Mercantil; la segunda sobre el Derecho de la competencia, la propiedad industrial e intelectual, y la tercera, la más extensa, dedicada al Derecho de Sociedades.

Los dos primeros capítulos, integrantes de la Introducción, abordan el concepto y las fuentes del Derecho Mercantil, y su autor es don AURELIO MENÉNDEZ (probablemente nadie podría en la actualidad explicar estos conceptos con mayor claridad que este autor). A través de estas páginas asistimos al origen del Derecho Mercantil, su caracterización y diferenciación de otras

ramas, y al análisis de las características del Derecho Mercantil contemporáneo. Resalto el estudio que hace el autor de este último aspecto, llamando la atención sobre la globalización de la economía y su repercusión sobre esta disciplina, con el reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad como factor esencial y la creación de nuevas instituciones e instrumentos jurídicos (págs. 35 y 36). También resalta la llamada de atención sobre la lenta invasión de los derechos autonómicos en esta disciplina a través de vías indirectas (así, por ejemplo, la legislación de cooperativas). Termina la Introducción con una referencia a la aplicación del Derecho Mercantil, y singularmente el estudio del arbitraje en materia mercantil, resaltando la importancia del arbitraje comercial internacional.

La primera parte del libro es obra íntegramente del profesor ANGEL ROJO. Analiza el concepto de empresario (con una definición simple y clara, «empresario es quien ejercita en nombre propio una actividad empresarial»), su diferenciación con las profesiones liberales, su estatuto jurídico, sus clases, para analizar a continuación, con una profundidad no fácil de encontrar en obras de este tipo, la responsabilidad civil del empresario (analizando su responsabilidad contractual, extracontractual, e incluso la del empresario industrial). Incide el autor en el estudio de esta cuestión al comentar el régimen del empresario individual casado bajo el régimen de gananciales, distinguiendo los tres tipos de ámbitos de responsabilidad, mínimo, medio y máximo (págs. 89 y sigs.). Concluye el estudio del empresario abordando el carácter empresarial que pueden revestir Asociaciones y Fundaciones.

Los dos últimos capítulos de esta parte los dedica el profesor ROJO al estudio del establecimiento mercantil, su concepto, naturaleza jurídica, clases, elementos integrantes del mismo, etc. Creo que deben resaltarse las páginas dedicadas al análisis de la transmisión del establecimiento mercantil, que no pocas dudas plantea en la práctica diaria. Se aborda la diferencia entre transmitir el establecimiento o sus partes integrantes, la situación de los contratos del empresario o la posibilidad de embargo del mismo. Al referirse a la compraventa, analiza si, para el supuesto de corresponder la titularidad a una sociedad, la enajenación requerirá autorización de la Junta o será suficiente que intervenga el órgano de administración, entendiendo el autor que es una materia de posible regulación estatutaria, y ante el silencio de los Estatutos (que es lo usual), dependerá del valor del establecimiento respecto del valor del patrimonio social (pág. 125). Solución, pues, análoga a la que suele defenderse en relación al órgano competente para aprobar aportación de una rama de actividad.

Una de las cualidades que sin duda acompañan al profesor ROJO es la claridad de sus exposiciones (cualidad que, como la salud, sólo se suele apreciar cuando falta). Vuelve a demostrarlo en los dos capítulos dedicados a la contabilidad, materia extraordinariamente árida, y que sin embargo él es capaz de explicar con sencillez y en forma comprensible para cualquiera. Conceptos como cuentas anuales, balance, cuentas de pérdidas y ganancias, memoria, etc., resultan comprensibles, lo cual parece casi un milagro. Resalto las páginas dedicadas a explicar los principios contables y la función que cumplen (págs. 156 a 159). El autor desgrana uno a uno estos principios, su aplicación y el resultado final que persiguen (presentar la imagen fiel). Terminan estos capítulos con un análisis de la figura del auditor, función que cumple la auditoría, estatuto jurídico del auditor, y el espinoso tema, tan debatido en los últimos tiempos, de la responsabilidad del auditor.

Los dos siguientes capítulos (9 y 10 de esta primera parte) se dedican al estudio del Registro Mercantil. No descubro nada nuevo al afirmar que en los últimos años, o más bien meses, asistimos desde varios flancos (y con diversos objetivos) a un desaforado ataque a la institución registral. Se emplean argumentos absolutamente inconsistentes (incluso por parte de lo que se ha dado en llamar «operadores jurídicos»), se recurre a anécdotas, se manipula descaradamente el Derecho Comparado o se utilizan conceptos que, como el de «convergencia europea», suenan bien y sirven para apoyar cualquier idea, sobre todo frente a los desconocedores de la realidad jurídica de los países de nuestro entorno. Por ello recomiendo encarecidamente la lectura de estas páginas a todos aquellos que quieran empezar a conocer lo que es el Registro Mercantil. Son de una claridad meridiana, y pueden servir para situar más de un ataque en donde debe estar. A través de estos capítulos se explican (con la brevedad propia de un curso como el que comento) porqué es necesario el Registro Mercantil, para qué sirve, cómo es una institución básica para la seguridad jurídica del tráfico mercantil, etc. Asistimos en los últimos años en nuestro país a una auténtica revolución de las empresas (¿alguien hubiese pensado hace poco que España iba a tener una serie de empresas punteras en el mundo? El enorme desarrollo de la empresa española se ha debido a múltiples factores, entre ellos, sin duda alguna, la seguridad jurídica que brinda la institución del Registro Mercantil).

ANGEL ROJO explica el Registro Mercantil con una esquemática poco usual, pues no sigue la habitual enumeración de principios, sino que, tras referirse a la publicidad legal y al Registro como instrumento técnico de la misma, aborda la organización y funcionamiento del Registro, el proceso de inscripción y el acto inscrito (analizando en este punto la base del Registro, como es la presunción de exactitud y validez). El autor aclara como el objeto de la oponibilidad no es lo publicado en el BORME, sino lo inscrito, como queda patente en los poderes, en los que sólo se publica el nombre del apoderado, pero son oponibles a tercero las facultades que hayan sido inscritas (pág. 181 o pág. 214 al referirse al poder del factor y sus posibles limitaciones). Terminan estos capítulos con un estudio del Registro Mercantil Central, y las nuevas funciones que la Ley de 1989 atribuyó a los Registradores Mercantiles.

Aborda a continuación ANGEL ROJO el estudio de la representación en el Derecho Mercantil, distinguiendo entre la voluntaria, legal y la orgánica. Desfilan por estas páginas conceptos tan clásicos como el factor (destaca el análisis de los efectos de su representación, distinguiendo entre eficacia directa e indirecta y el factor notorio, págs. 215 y sigs.), los dependientes y mancbos, etc.

Termina esta primera parte de la obra con el Capítulo 12, dedicado a la Fe Pública Mercantil. Estas páginas están escritas antes de acordarse la fusión entre Notarios y Corredores de Comercio, que, obviamente, cambia por completo esta materia, que será objeto de nueva regulación en los próximos años. No obstante, merece la pena leer estas páginas a lo largo de las cuales el profesor ROJO aborda cuestiones que no han sido pacíficas hasta hace pocos días, emitiendo opiniones comprometidas (fundamentadas en textos legales y jurisprudenciales). Pero, insisto, toda esta materia ha de ser objeto de importantes reformas en los tiempos venideros.

La segunda parte de la obra, que comprende los capítulos 13 a 18, estudia el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial e Intelectual. El estudio de todo lo relacionado con la competencia corresponde al profesor

ALONSO SOTO, quien a lo largo de los capítulos 13 a 16 realiza un completo examen de esta materia, hoy en día de gran actualidad. En el primero de los capítulos aborda el análisis de la legislación aplicable, tanto nacional como comunitaria, así como el difícil encaje entre ambas. Destaca, entre otras cuestiones, el estudio del artículo 86 del Tratado de la Comunidad Europea (págs. 257 y sigs.), así como el difícil problema de la coexistencia entre normas nacionales y comunitarias, sentando la conclusión de que la declaración de la existencia de una práctica prohibida por la Comisión Europea en aplicación del Derecho comunitario deberá ser respetada por las autoridades nacionales de defensa de la competencia, pero que, sin embargo, dichas autoridades podrán invalidar una práctica autorizada por la Comisión por lo que respecta exclusivamente a su ámbito territorial de actuación.

Analiza el profesor ALONSO SOTO, a continuación, la defensa de la libre competencia, estudiando la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, su ámbito de aplicación, prácticas que prohíbe, así como el sistema de autorizaciones, tanto legales como administrativas, los órganos de defensa de la competencia (Tribunal y Servicio de Defensa de la Competencia), con sus procedimientos, sanciones y recursos. Aunque dada la fecha de publicación de la obra, la misma no puede recoger la nueva Ley promulgada recientemente en esta materia, sí estudia el autor las líneas básicas de lo que era el Proyecto de Ley, hoy ya derecho positivo.

El capítulo 15 se ocupa de las concentraciones de empresas, donde nuevamente se produce la convergencia de normas nacionales y comunitarias, cuyos ámbitos de aplicación muchas veces no resultan fáciles de deslindar. Aborda el autor el análisis de lo que ha de considerarse «dimensión comunitaria» (págs. 298 y sigs.), el control de las concentraciones de empresas en la Unión Europea (tema de permanente actualidad ante las grandes fusiones vividas recientemente), y el sistema español de control de estas concentraciones y las dificultades en la evaluación de las mismas (con especial referencia a las «joint ventures»). El estudio del derecho de la competencia termina con el análisis de la competencia desleal (capítulo 16), y la Ley de 10 de enero de 1991, finalidad de la misma, concepto general de competencia desleal, análisis de los llamados actos de deslealtad, las acciones derivadas de la misma y las difíciles cuestiones procesales en esta materia, concluyendo con el examen de las relaciones entre la publicidad comercial y la competencia desleal.

El profesor don ANTONIO PÉREZ DE LA CRUZ aborda en los capítulos 17 y 18 el estudio de la Propiedad Industrial e Intelectual. En relación a la propiedad industrial, el autor explica con gran claridad, no fácil en este terreno, su noción, relación con materias análogas, así como las principales características, destacando en este punto la facultad de utilización *erga omnes*, y de ahí la importancia de su protección registral. Se adentra, a continuación, con extensión y profundidad en el examen de todo lo que atañe a la marca como signo distintivo, destacando el análisis de las llamadas marca notoria y la marca simplemente usada, y la protección que una y otra merecen. Al examinar el procedimiento de registro de las marcas, destaca su estudio de las prohibiciones, absolutas o relativas (págs. 368 y sigs.), así como el contenido del derecho sobre la marca, su titularidad y cesión, que distingue de la licencia, y su renuncia y caducidad. Especial atención merece la nulidad de la marca, sin duda por la gran complejidad de esta cuestión, como pone de relieve el profesor PÉREZ DE LA CRUZ. Termina el capítulo con un breve análisis del nombre comercial y el rótulo del establecimiento.

El capítulo 18, último de la segunda parte, estudia las invenciones y creaciones técnicas, y especialmente la patente, sus características, titularidad del derecho a obtener la patente, procedimiento y contenido del derecho a la misma. Resalto las páginas que el autor dedica al examen de la patente como objeto de negocios jurídicos, hoy muy frecuentes en el tráfico mercantil. Brevemente son objeto de estudio las llamadas creaciones de menor entidad (modelos y dibujos), terminando el capítulo con un rápido estudio de la propiedad intelectual.

La tercera parte de la obra, capítulos 19 a 56, es la más extensa (abarca casi mil páginas) se dedica al Derecho de Sociedades. A lo largo de estos capítulos se estudia el Derecho de sociedades en su práctica totalidad. Resulta imposible, en el marco de este comentario, abordar todas las cuestiones estudiadas, por lo que me referiré a aquellos aspectos, a mi juicio, más importantes o novedosos. Los cuatro primeros capítulos analizan lo que podríamos considerar la parte general, dedicada al estudio de la sociedad en general, su caracterización, elementos del contrato de sociedad, su mercantilidad y los límites de la personalidad jurídica. Todos ellos son obra del profesor CÁNIDO PAZ ARES. Como sucede casi siempre en los escritos de este autor, la mayoría de sus exposiciones y posiciones doctrinales suelen ser novedosas (es excepcional el supuesto en que apoye las teorías tradicionales), por lo que siempre resulta especialmente atractiva su lectura, aunque en más de una ocasión no se compartan sus postulados.

A lo largo de estas páginas destacaría el análisis del ánimo de lucro como característica de la sociedad, que, a juicio del autor, ha de entenderse hoy superada (págs. 431 y sigs.), o el estudio del deber de fidelidad o de lealtad, no recogido expresamente en nuestra legislación, pero que cumple un papel importante, o el momento del nacimiento de la personalidad jurídica (tema sobre el que este autor ya se ha manifestado en escritos anteriores), entendiendo que esa personalidad constituye un *prius* respecto a la exteriorización de la sociedad y que, por consiguiente, tiene que vincularse al contrato (pág. 450). Igualmente brillante resulta la distinción entre lo que denomina sociedad externa e interna, y la diferencia con respecto a la comunidad. Al analizar los elementos del contrato de sociedad deja claro como el objeto del contrato de sociedad es la aportación de los socios y no la actividad programada, y como la causa se identifica con el fin común perseguido por las partes. Igualmente destacaría las páginas dedicadas al análisis de la doctrina de la sociedad de hecho, que no debe confundirse con la sociedad irregular, como el propio autor resalta.

El capítulo 21 estudia la mercantilidad de la sociedad, destacando el análisis de las denominadas sociedades mixtas (objetivamente mercantiles y subjetivamente civiles), o de las atípicas, y muy especialmente, el problema de las sociedades irregulares y su personalidad jurídica. En este punto, el profesor PAZ ARES se muestra especialmente brillante e innovador (no obstante lo cual algunas de sus afirmaciones no son compartidas por quien esto escribe), sentando como conclusiones que la sociedad irregular goza de personalidad jurídica, y frente a terceros, las diferencias de régimen con respecto a las regulares se reducen a dos: La inoponibilidad de los pactos sociales que alteren el Derecho dispositivo y la responsabilidad solidaria adicional de los administradores (pág. 519). Dentro del capítulo 22, destinado al estudio de los atributos y límites de la personalidad jurídica, destacan las páginas dedicadas al análisis de la nacionalidad de las sociedades mercantiles,

afirmando el autor que el artículo 28 del Código de Comercio, correctamente interpretado, conduce a estimar que la sujeción a la ley española viene determinada por la constitución de la sociedad «con arreglo» a las normas españolas, quedando reducida la exigencia de la domiciliación en España a una exigencia material de validez o regularidad de la constitución (pág. 539). En este contexto se analiza la reciente e importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 9 de marzo de 1999, que exige el reconocimiento por los Estados miembros de las sociedades válidamente constituidas con arreglo al Derecho de cualquier otro Estado miembro. Dentro de este capítulo destacan igualmente las páginas dedicadas a la doctrina del levantamiento de velo de la personalidad jurídica, así como a la llamada doctrina de la imputación. Termina este capítulo con el examen del régimen de lo que el autor denomina sociedades internas y las cuentas en participación.

Los capítulos 23 a 27 analizan el régimen de la Sociedad Colectiva, y el 28 la Sociedad en comandita. Todos ellos son igualmente obra del profesor PAZ ARES. Destaca la extensión de esta parte de la obra (150 páginas, casi el mismo número que las dedicadas a la S.A.), pero no puede olvidarse como este tipo social ha sido objeto de muy poca atención por parte de la doctrina (frente a las miles de páginas escritas sobre la S.A. o la S.L.). De ahí que si la obra que comento sirve como consulta para muchos problemas prácticos, en relación a la sociedad colectiva aún más, y este tipo social se utiliza con más frecuencia de la que pueda pensarse, sin olvidar su importancia en relación a las Agrupaciones de Interés Económico.

A lo largo de estas páginas se analiza este tipo social en todos sus aspectos, desde su origen histórico, la administración, el decisivo problema de la posición del socio, la distribución de resultados (véase sobre este punto las brillantes págs. 609 y sigs.), etc. Pero sin duda donde el autor se muestra especialmente brillante es al analizar la cuestión clave de la responsabilidad del socio colectivo (tema ya tratado por el profesor PAZ ARES en una obra anterior de obligada lectura). A lo largo de estas páginas (625 a 643) estudia la extensión objetiva y subjetiva, las características de esta responsabilidad (subsidiariedad, provisionalidad y solidaridad), la naturaleza y, finalmente, el contenido de la misma. Igualmente destaca todo lo relacionado con la separación del socio y el cálculo de su cuota de liquidación (págs. 660 y sigs.) y el difícil problema de las cláusulas de continuación de la sociedad en caso de muerte del socio. El último capítulo está dedicado a la disolución (incluida la posibilidad de reactivación), con especial atención a la denuncia unilateral como causa de disolución.

Los capítulos 30 a 41 estudian la Sociedad Anónima, y son obra de los catedráticos RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ y JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA. La sola cita de tan ilustres figuras del Derecho Mercantil podría ahorrar cualquier comentario sobre estas páginas. A través de ellas se nos explica, con la concisión propia de una obra de estas características, toda una teoría sobre este tipo social. Destacarfa, sin duda, la claridad de la exposición, que si bien es una característica de toda la obra, resalta aún más en el estudio de la S.A. (y de la S.L.). La concisión a la que acabo de referirme no impide que se analicen la práctica totalidad de los problemas que plantea la S.A. Llama igualmente la atención la profusa cita de Jurisprudencia y Doctrina de la Dirección General de Registros. En cada apartado se reflejan las últimas sentencias y Resoluciones, lo que hace que esta parte de la obra sirva no sólo

para quien se inicia en el estudio de la S.A., sino como obra de consulta para quienes diariamente tenemos que lidiar con problemas prácticos.

A lo largo de estos capítulos se examina la S.A. en todos sus aspectos: principios que la inspiran, fundación, aportaciones, la acción, los órganos sociales, los Estatutos y su modificación, las obligaciones y su disolución y liquidación. Es frecuente la toma de postura en temas polémicos: así, por ejemplo, en relación al valor del convenio de sociedad que no conste en escritura (pág. 786), consecuencias de la declaración de nulidad de la S.A. (pág. 800), la posibilidad de que la prima se desembolse mediante aportaciones no dinerarias (pág. 817), lo que se ha puesto en duda, a mi juicio injustificadamente, consecuencias de la falta de anotación en el Libro Registro de la transmisión de acciones nominativas (pág. 841), el análisis del deber de abstención del accionista, caso de colisión de intereses, a pesar de la inexistencia de una norma que imponga tal abstención en sede de S.A. (pág. 881), la posibilidad de ejecutar acuerdos de Junta aunque el acta no esté aprobada, o incluso aunque no se hayan reflejado en el acta, aunque se plantee el difícil problema de la prueba de los acuerdos (pág. 887), la licitud de crear la llamada reserva de beneficios (pág. 935), etc. Dentro de esta toma de posturas destacaría el análisis de las modificaciones estatutarias que afectan a una clase de acciones, y en concreto la forma de computar la mayoría prevista en el artículo 144, cuestión de indudable trascendencia práctica al plantearse frecuentemente, incluso en relación a importantes sociedades españolas. Los autores, a mi juicio correctamente, entienden que la mayoría exigida por el precepto debe computarse en relación al capital concurrente a la junta (pág. 947).

Especialmente interesantes son las páginas dedicadas al aumento o reducción de capital en la S.A., abordando problemas de gran actualidad: así, por ejemplo, la licitud de los aumentos mixtos, el análisis del nuevo artículo 159, nada fácil de interpretar, exponiendo criterios de gran claridad (págs. 964 y sigs.), el estudio del artículo 167, o el novedoso tema de la reducción de capital por amortización de acciones rescatables.

Los tres últimos capítulos de este apartado estudian las obligaciones y la disolución y liquidación de la S.A. Dentro de las obligaciones, tras resaltar cómo nuestra liquidación está a la espera de la nueva regulación de esta materia, tantas veces anunciada, destaca el análisis de las obligaciones convertibles, cuya importancia resalta hoy en día al asistir al resurgimiento de esta figura en la práctica tras muchos años de casi inexistencia. Termina el estudio de la S.A. con el examen de su disolución y liquidación, analizando todas las cuestiones que se plantean en este tramo final de la existencia de la sociedad, como la posible reactivación (que niegan en el supuesto de disolución de pleno derecho, a pesar de la inexistencia en sede de S.A. de un precepto análogo al artículo 106 LSRL), o la cesión global de activo o pasivo.

Los capítulos 42 a 49 abordan el examen de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, y son obra de los profesores URÍA, MENÉNDEZ e IGLESIAS PRADA. Si al referirme a los comentarios de la S.A. aludí a la claridad de los mismos, en sede de S.L. esta claridad es igualmente llamativa, más aún cuando estamos ante una regulación aún reciente. Comienzan analizando los principios fundamentales que inspiran este tipo social, así como su fundación. Resalto el estudio del artículo 21 de la Ley (no fácil de interpretar y de deficiente redacción), y muy especialmente el análisis de las prestaciones accesorias (págs. 1061 y sigs.). Así, por ejemplo, su interpretación de la expresión «con-

tenido concreto y determinado» del artículo 22 de la Ley, resulta enormemente amplio y generoso, pues permite establecer infinitas variedades para este tipo de prestaciones.

Los capítulos 43 y 44 examinan las participaciones sociales y su régimen legal, y constituyen, probablemente, dos de los más brillantes capítulos de la obra. Resulta imposible abordar en estas líneas todos los problemas que analizan (así, por ejemplo, la indisociabilidad de derechos, la igualdad cuantitativa y cualitativa y sus excepciones, y muy especialmente las páginas dedicadas a los negocios sobre las participaciones propias, procurando dar una interpretación coherente a preceptos que carecen de ella (véase el análisis de los arts. 40 y 39 de la Ley: pág. 1101). Seguidamente se estudian los órganos sociales, dedicando el capítulo 45 a la Junta General, y el 46 al Órgano de Administración. Ambos órganos se analizan con gran detalle, con permanente alusión a cuestiones prácticas de frecuente planteamiento en la vida diaria de las sociedades (véase, por ejemplo, su apuesta por la validez de establecer en los Estatutos quórum de constitución de la Junta: pág. 1117, o la interpretación del art. 53 de la Ley, nada fácil, especialmente en su párrafo 1.º, o los supuestos de incompatibilidad de intereses entre el socio y la sociedad: Así la posibilidad de si el socio administrador puede o no votar en la Junta que quiera aprobar su destitución: pág. 1140, etc.).

El capítulo 47, uno de los más extensos dentro de la S.L., aborda la exclusión y separación de socios, materia en la que la nueva Ley contiene importantes novedades. A lo largo de sus páginas se estudian una amplia gama de problemas que plantean ambos supuestos: Así, por ejemplo, la posibilidad de excluir por justos motivos (expresión genérica y de no fácil interpretación), la validez de la cláusula estatutaria que impida excluir al socio incumplidor de una prestación accesoria aunque medie culpa, la posibilidad, paralela al supuesto de exclusión, de que el socio se separe si media justa causa, etc... Todo este capítulo reviste gran interés, pues precisamente la posible regulación estatutaria de la exclusión o separación de socios permite personalizar extraordinariamente este tipo social.

Se estudian en los siguientes capítulos la modificación de Estatutos y la disolución y liquidación de la S.L. Dentro de la modificación de Estatutos destacan las páginas dedicadas al aumento y reducción de capital, con un detallado análisis del derecho de suscripción preferente, su exclusión o transmisión (págs. 1179 y sigs.), o el régimen de protección de acreedores en los supuestos de reducción de capital (dada la deficiente redacción del art. 80 de la Ley, en parte corregida por el art. 201.3 RRM).

La sociedad unipersonal se analiza en el capítulo 50, para adentrarse a continuación (capítulos 51 y 52) en la transformación, fusión y escisión de sociedades. El estudio de la transformación reviste hoy en día una especial importancia a la vista de las nuevas posibilidades que ha brindado la LSRL. En la práctica diaria del Registro Mercantil se detecta cómo cada vez resultan más frecuentes las transformaciones desconocidas no hace muchos años, como, por ejemplo, de cooperativas en S.L. Igualmente las fusiones y escisiones de sociedades han experimentado en los últimos tiempos un considerable incremento, lo que hace más necesario la correcta comprensión de las normas que las regulan. Todas estas instituciones se analizan con gran claridad a lo largo de estos capítulos. Así, por ejemplo, se aborda el difícil problema de la aplicación supletoria de la legislación de S.A. en esta materia a las fusiones de otros tipos societarios carentes de regulación específica, entendiendo que

sí ha de entenderse así (pág. 1249), la interpretación nada fácil del artículo 94 LSRL (pág. 1259), la impugnación de estas operaciones, etc.

Los últimos capítulos de la obra (53 a 56) estudian las sociedades cooperativas, de garantía recíproca, laborales, uniones de empresa y grupos de sociedades, y las llamadas sociedades públicas. Todas estas figuras se analizan, en sus principales aspectos, con las limitaciones que el tipo de obra impone, sin olvidar, en lo que se refiere a las cooperativas, las competencias autonómicas en esta materia.

Estamos en presencia de una obra de enorme interés, tanto para el universitario que se inicia en esta parte del Derecho, como para quienes a diario nos enfrentamos con la aplicación de estas materias. Puedo afirmar, por experiencia personal, que desde su aparición he acudido con frecuencia a su consulta, encontrando opiniones muy fundamentales en relación a problemas que la práctica diaria me había planteado. Mi felicitación para los autores. Todos los que de una forma u otra nos enfrentamos con el estudio y aplicación de esta rama del Derecho estamos de enhorabuena.

MANUEL CASERO MEJÍAS
Registrador Mercantil de Madrid

CARRASCO PERERA, ANGEL; CORDERO LOBATO, ENCARNA, y GONZÁLEZ CARRASCO, MARÍA DEL CARMEN: *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Pamplona, 2000, 833 págs.

1. De nuevo, el mismo equipo humano integrado por los tres brillantes civilistas de la Universidad de Castilla-La Mancha, doctores CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO se han marcado en su vida profesional una segunda etapa en el campo de la edificación, construcción, urbanismo y vivienda. Y, por cierto, la han cubierto con éxito y de manera brillante.

2. Se trata de su reciente publicación que ha visto la luz bajo el título «Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación» y que representa la segunda singladura en esta área iusprivatista, multicefálica o multidisciplinar. La primera nació no hace mucho, en el año 1997, con la publicación de su libro «Derecho de la Construcción y de la Vivienda», que ANTONIO PAU PEDRÓN ubicó entre la monografía y el manual. Ahora, con la presente obra «Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación».

3. Se puede afirmar con rotundidad que han recorrido de forma positiva una notable distancia en materia inmobiliaria. Se ha cumplido la premonición de ANTONIO PAU PEDRÓN, que ha transformado su esperanza en realidad en cuanto a las nuevas aportaciones de este joven equipo. Bien, aquí la tenemos y seguramente no será la última vez que podremos leer sus atinados comentarios y observaciones en el mundo de la construcción, edificación, urbanismo y vivienda.

4. La publicación es el resultado compartido de una exégesis del íntegro contenido de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, amigablemente repartida, pero sujeta en su integridad al tradicional rigor universitario. Los capítulos I y II, de Disposiciones Generales y Exigencias Técnicas y Administrativas de la Edificación corren de cuenta de la doctora González Carrasco. El capítulo III, que trata de los agentes de la edificación, lo asume la doctora CORDERO LOBATO, y el espeso capítulo IV deriva de la pluma del doctor CARRASCO PERERA. Final-

mente, las Disposiciones Adicionales, Transitorias, Derogatorias y Finales también se reparten. De ellas, la Disposición Final 1.^a corresponde a la doctora CORDERO LOBATO y los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa, en su nueva redacción, al doctor CARRASCO PERERA.

5. Los comentarios son brillantes, notablemente documentados, algunos de forma exhaustiva; escritos de forma muy didáctica, amena y, pese a la relativa y justificada premura, muy completa. Cada uno conforma un completo corpus de sustantividad formal y material propia, sin perjuicio de la carteriana interconexión con la total obra. Su producción compartida no quebranta su homogeneidad, lo que demuestra las raíces reales de una escuela iusprivatista.

6. El análisis nos acerca con decisión a numerosas cuestiones reales, auténticos casos prácticos que hoy incuba el mercado inmobiliario. En algunos supuestos, como el de colisión de seguro de edificación y construcción sin licencia, así como el cierre de la hoja en el Registro Mercantil y la cooperativa, se refleja un fino análisis de prospección futura. Los autores fijan en cada uno de sus estudios su posición personal, con matices claros y provistos de equilibrio.

Las conclusiones están perfectamente apoyadas en el soporte de la madeja de los razonamientos previos. Un ejemplo de muestra es la concreción de la fecha de inicio del plazo de prescripción de la acción de exigencia de responsabilidad en el momento temporal en que los vicios sean ya manifiestos, lo que debe interpretarse en el sentido de que la presencia del daño pueda apreciarse a los ojos de sus dueños, y no con la exigencia profesional de un técnico. No empieza antes por mera imaginación, ni después para evitar el incremento del coste de reparación o reposición de los obligados teóricos. Así, de paso, apunta soluciones al problema de los daños continuados.

A veces, el estudio se introduce, no por deseo sino por obligación, en materias tan complicadas como las referidas al seguro. Pero en este campo y en el de otros conceptos, no por tradicionales menos dispares, como los de obra (mayor y menor), proyecto, material, agente, edificio, responsabilidad, culpa, vicio y daño, los autores formulan sus opiniones y se mueven con transparencia. El artículo 17 es el que recibe el comentario más extenso, en concreto, cincuenta y tres páginas, que incorporan un análisis de la jurisprudencia respecto al artículo 1.591 del Código Civil en los conceptos no modificados por la Ley 38/1999, de 5 de mayo, que satisface plenamente el estudio en su conjunto y que tendrá asignada una función, quizá, integradora del nuevo texto legal.

7. Ciertos comentarios, los relativos a competencias legislativas y técnicas, la responsabilidad y jurisdicción competente en la obra pública, la expropiación forzosa, el derecho mercantil y la prueba, exteriorizan seguridad e informan con detalle. Es muy interesante el enfoque procesalista que da el texto a sus razonamientos, especialmente en los artículos 17 y 18 y Disposición Adicional séptima. Acierta en la búsqueda de los vacíos o lagunas del texto, mostrando aquellas deficiencias de previsión de las que el marco legal adolece.

Llama la atención el pormenorizado examen de la doctora GONZÁLEZ CARRASCO respecto de la novedad legislativa que supone, en el derecho privado de la edificación, la recepción de la obra. En concreto, del artículo 6.º de la Ley 38/1999, por su evidente dificultad y su trascendencia jurídico-económica.

En su conjunto, el texto ha sido enjuiciado de forma positiva, aunque no represente un cambio sustancial unas veces respecto de la legislación anterior,

y otras no pueda acercarnos al resultado pretendido debido a sus lagunas y vacíos que le hacen perder la calificación de óptimo y muestran la premura de la etapa previa a su aprobación.

8. En fin, creo no errar si afirmo que hoy este libro constituye una herramienta necesaria para cualquier persona que necesite utilizar la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre todo, porque combina el Derecho con los conceptos técnicos de la Edificación, integra el estudio del texto con otras disposiciones conexas internas, como el Real Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero, la Ley 11/1998, de 25 de abril, el Real Decreto 279/1999 y la OM de 26 de octubre de 1999, y anota referencias de derecho comparado útiles, sin por ello perder en profundidad.

Mi más cordial enhorabuena.

ANTONIO GARCÍA CONESA

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN BERCHMANS: *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho (Tomo I. La ciencia del Derecho a lo largo de la historia)*. Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 2000. Un tomo de 1267 págs.

Los que fuimos alumnos del profesor FEDERICO DE CASTRO aún recordamos las palabras con que iniciaba su libro *Derecho Civil de España*. Con gran énfasis atacaba a quienes opinaban que el jurista práctico no necesitaba conocer el concepto del Derecho, pues le bastaría con saber lo que disponían las normas vigentes en un lugar y un tiempo determinados. Frente a esa visión positivista, defendía a lo largo de su obra la tesis del Derecho como ciencia, basada en unos principios superiores e immanentes que deben señalar su impronta y regir en todo momento, sean cuales fueren las circunstancias.

En efecto, el Derecho es una ciencia, aunque su finalidad sea práctica, en cuanto que tiene por objeto la realización de aquello que en cada caso resulte más justo en la medida asequible a los hombres. Su núcleo central es la interpretación concebida como una explicación del Derecho que subyace en la realidad de los hechos, buscando su forma adecuada, que corresponde a aquello que, en concreto, resulta más justo conforme a la naturaleza de las cosas, *rerum natura*, y a la naturaleza de aquellas cosas que se enjuician, *natura rei*, atendiendo para ello a toda clase de principios, pautas de valor y leyes, tanto si se trata de configurar negocialmente una *res iusta* o bien determinar conflictualmente, *quod iustum*, en el caso controvertido.

Así enfoca este estudio metodológico del Derecho su autor, JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO, Notario, Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, de la que ha sido Presidente, y Consejero de Redacción de esta Revista, una de nuestras máximas autoridades jurídicas. Su bibliografía, extensísima, no es preciso detallarla por sobradamente conocida. No es tampoco la primera vez que el autor toca este tema, ya que en 1994 y 1996 escribió dos volúmenes sobre la perspectiva histórica y la sistemática de la determinación del Derecho.

El libro ha sido concebido, nos dice el autor, con la finalidad de conocer y enseñar cómo debe ser el Derecho ya hecho, para lo cual observa cómo se ha venido operando en el mundo jurídico, teniendo en cuenta sus principios y sus pautas de valor, así como las normas y las determinaciones concretas.

Dadas sus miras históricas, este tomo enfoca el objeto de su estudio el Derecho como ya establecido, observándolo como materia que debe ser conocida y valorada críticamente mediante la sistematización de tales logros.

Tras este enfoque general de la metodología de la ciencia del Derecho, como explicativa y expositiva, el autor acomete lo que ha de ser la parte primera de la obra y que se centra en la ciencia del Derecho a lo largo de su historia, desarrollando la materia a lo largo de cinco títulos que van desde la ciencia en la Roma antigua hasta nuestros días.

En Roma, mediante las «regulae» y las «definitiones», el Derecho se desarrolló bajo la idea de determinar concretamente lo que era justo, tanto si esto se producía mediante un «agere», un «cavere» o un «respondere». Las formulaciones sistemáticas de MUCIUS SCAEVOLA sólo tuvieron un sentido auxiliar con la formulación de las «regulae», y es después en la época clásica cuando otros autores como GAIUS emprenden la labor de estudio y enseñanza, que se continúa en el período postclásico con la vulgarización del Derecho romano, hasta la época en que se produce la recíproca influencia del Derecho romano y el canónico.

En el título II, VALLET nos presenta la ciencia del Derecho en la época medieval, en tres capítulos, el primero de los cuales se dedica a lo que llama los crisoles de la ciencia del Derecho y que se mantuvieron con brasas de occidente durante la alta edad media. Aquí se contempla la enseñanza del Derecho en las escuelas de artes liberales dentro del encuadre clásico del Trivium y el Quadrivium; el estudio del Derecho en esta época sigue anclado en la idea de determinar lo justo y lo injusto, teniendo como principal figura al canonista Graciano. En el capítulo II de este mismo título nos presenta el resurgir de la ciencia jurídica en la baja edad media, originado por el reencuentro de los libros de Justiniano, que se estudia en las escuelas y universidades, destacando la labor de la escuela de los glosadores y sobre todo la labor de San Raimundo de Peñafort y Santo Tomás de Aquino. Expone VALLET, ampliamente, la doctrina de estas dos grandes figuras; San Raimundo se basa en sus aseveraciones, tanto en textos romanos como canónicos, y la doctrina que formuló de las relaciones entre ley y costumbre sería después acogida por los comentaristas posteriores. De Santo Tomás resalta la armonía que puso en relación con la idea del concierto y el orden universal reinantes en la naturaleza como muestra de que existe una inteligencia, causa de dicho orden; considera que el hombre se halla sujeto al orden universal, por lo cual si se opone a algún bien particular que le sea conveniente, según su naturaleza o estado, provoca la reacción del castigo dentro de la causa universal. Dice el Aquinatense, la ley que rige este orden universal es la *lex aeterna*, de la que pasivamente participan todas las cosas; pero el hombre, al estar dotado de libertad y razón, se hace partícipe como sujeto activo que regula y mide, en cuanto está sujeto a la divina providencia de una manera especial, pues participa, siendo providente, sobre sí y sobre los demás, y la razón eterna le inclina, naturalmente, a la acción debida y al fin. Lo justo es la *ipsam rem iustam*, es lo justo natural; el Derecho positivo se circunscribe a aquello que es indiferente al Derecho natural, que una cosa sea hecha de un modo u otro, pues si algo se opone al Derecho natural, no puede hacerse justo por la sola voluntad humana. Termina el autor este capítulo plasmando la concepción del Derecho que tuvieron BARTOLO y BALDO, para pasar al siguiendo donde recoge los trabajos de los autores definitivos y de configuración de instituciones en el bajo medioevo, dando lugar a los varios conceptos que han pasado a la

posteridad, como la distinción entre Derecho de cosas y obligaciones, los contratos, la representación y otras instituciones familiares y sucesorias.

En el capítulo III contempla la evolución de la ciencia del Derecho desde la incidencia en ella del voluntarismo y el nominalismo hasta 1780, exponiendo las diversas direcciones de esta ciencia en los siglos XVI al XVIII, con atención a los filósofos GROCIO y PUFFENDORF, LEIBNITZ y CHRISTIAN WOLFF, y a los civilistas DOMAT y POTHIER y a la doctrina española de la época, en especial a DOMINGO DE SOTO, LUIS DE MOLINA, GABRIEL VÁZQUEZ DE BELMONTE, FRANCISCO VÁZQUEZ DE MENCHACA y principalmente FRANCISCO SUÁREZ. Este último define la ley como precepto dispuesto por la voluntad del legislador e impositivo de una obligación a los súbditos; es algo diferente de la de Santo Tomás, según analiza y explica el autor de este libro. A continuación recoge los conceptos de la ley y el Derecho que dieron los representantes más caracterizados de la escuela de Derecho natural y de gentes, tales como GROCIO y PUFFENDORF, y los civilistas y pensadores como POTHIER y MONTESQUIEU.

Ya en el título IV, el autor nos da una amplia panorámica que comprende desde 1780 a nuestros días, empezando por las concepciones filosóficas iniciadas en el siglo XIX y que después se han reflejado en la concepción moderna de la ciencia del Derecho, desde el método sociológico de COMTE, que tuvo su influencia en DUGUIT y GENY. Dedicar un capítulo a las perspectivas del Derecho natural seguidas en los dos últimos siglos y que se centraron en contemplar a este Derecho natural como un Derecho ideal con trascendencia en las normas positivas, haciendo especial examen de las distintas corrientes historicistas.

Se producen determinadas reacciones tratando de retornar a la idea de la justicia en sus concreciones prácticas y originando nuevas definiciones de la palabra Derecho. VALLET repasa las de tipo formalista, propias de los seguidores del positivismo normalista de KANT y KELSEN, aquellas otras positivistas del Derecho con contenido material, las definiciones de los juristas alemanes más conocidos y representativos como SAVIGNY, WINDSCHEID y IHERING, las efectuadas por filósofos iusnaturalistas y las de autores no positivistas, entre ellos nuestro JOAQUÍN COSTA, quien define, como concepto absoluto del Derecho, la relación establecida racionalmente entre fines condicionales y condiciones o medios útiles o el orden de la libre condicionalidad en vista de fines racionales.

En el siglo XX hay definiciones del Derecho que tratan de salirse del positivismo legislativo, y VALLET recoge las formuladas por varios juristas europeos y americanos. Se detiene en los grandes juristas españoles que han definido el Derecho sin perder su carácter de naturalmente justo, destacando a FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, JOSÉ CASTÁN y FEDERICO DE CASTRO, para seguir con las figuras más actuales de DÍEZ PICAZO-GULLÓN, ROCA SASTRE, PUIG BRUTAU y HERNÁNDEZ GIL.

En el título V, último del libro, se hace un repaso, primero de las orientaciones de la metodología de la ciencia del Derecho seguidas en Alemania, de SAVIGNY a RADBRUCH; en Francia, de GENY a CARBONNIER, y también en Italia y Portugal. Después contempla el panorama de la metodología expositiva de esta ciencia en España e Iberoamérica en los dos últimos siglos, reflejando las obras de quienes han desarrollado su labor explicativa de manera sistemática, es decir, científico-explicativa de la metodología jurídica. En los autores españoles comienza por JOAQUÍN COSTA, y toca la metodología seguida por los más destacados juristas posteriores hasta el momento presente, para llegar a la seguida por los administrativistas...

Como colofón de la obra, VALLET dedica su último capítulo a exponer la metodología según la «*Werstungjurisprudenz*» y la proyección del realismo aristotélico-romano-tomista. Se pregunta si cabe ordenar la jurisprudencia empírico-casuista de alguna manera que no sea la de seguir, como las antiguas glosas y comentarios, el texto de las leyes, de sus compilaciones, de las recolecciones de costumbres y de resoluciones judiciales. A esto responde que toda ciencia requiere un conocimiento sistemático que, al facilitar la visión de conjunto, clasifique los conocimientos, excluya en lo posible las contradicciones, nos ayude para encontrar las ideas jurídicas y directrices para captar los principios y pautas generales de valoración, de modo tal que pueda servirnos como medio de orientación, facilitando así la solución de cuantos problemas se planteen. Para ello, termina, resulta precisa, sin duda alguna, una sistemática lo más adecuada posible a esa jurisprudencia empírico-casuística.

Esta obra de VALLET DE GOYTISOLO es monumental. Ha hecho un estudio histórico de la metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho sencillamente definitivo e insuperable, acorde con la altura científica de su autor.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

DE CASTRO VITORES, GERMÁN: *La obligación real en el Derecho de Bienes*. Prólogo de José Luis de los Mozos. Editado por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2000. Un tomo de 859 págs.

A la hora de resumir y comentar un libro, siempre me han producido respeto especial las Tesis Doctorales, porque se trata de trabajos concienzudos en los que el doctorando ha puesto toda su ilusión y una gran voluntad de apurar la materia abordada, casi siempre con resultados notables. Como, además, el trabajo ha contado con la dirección de doctos y experimentados maestros, en ellos se apoya el ímpetu juvenil y suelen obtener resultados muy fructíferos.

Tal es el caso de esta completa tesis, construida a base de supuestos doctrinales sobre un concepto difícil de nuestra sistemática jurídica por el nuevo doctor GERMÁN DE CASTRO VITORES, profesor de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid, quien denota en su amplísima y bien trabajada obra que ha empleado afán y tiempo en la tarea con resultado óptimo. Con razón, el profesor JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS dice en el prólogo que la dificultad del tema ha hecho trabajar al autor más de lo suficiente; pero, sigue diciendo, el esfuerzo de años ha merecido la pena al conseguir una espléndida monografía que será imprescindible para el futuro, pues constituye una aportación importante a la teoría general de los derechos reales, tan necesitada de actualización y desarrollo.

Si es cierto el dicho de que algo tendrá el agua cuando la bendicen, se explica que en este caso el libro haya sido editado por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores, dada la densidad de su doctrina, que ha merecido entrar en la acreditada colección monográfica de dicho Colegio.

La obra es extensa, casi novecientas páginas, pero también intensa, esto es lo importante, y se desarrolla a lo largo de cinco partes que vamos a detallar. En definitiva, en su idea central trata de minimizar la pretendida contrapo-

sición rotunda entre los derechos reales y los de obligación, que no lo es en el grado que se ha pretendido por alguna doctrina; pese a ser diferentes, en efecto, hay casos en que existe una continuidad y relación entre ambas facetas que se manifiesta en figuras intermedias, como lo es la obligación real, punto central del estudio del autor.

La primera parte sirve para estudiar las cuestiones introductorias que contemplan la conexión de la pretensión obligacional y el derecho real, punto que el autor considera erizado de dificultades, ya que no es llano el intento de ordenar una doctrina acerca de la «obligación real». No obstante, se adentra en la materia partiendo de considerar a los derechos reales como al núcleo básico del Derecho de bienes; a su lado, la persona puede contar en su actividad patrimonial con créditos, lo que implica no sólo un «tener» sino también un «recibir», y esa protección es el objeto de la obligación. Y esta obligación en que se convertiría el derecho real cuando se hace valer y que algunos califican de obligación *propter rem*, no es más que la pretensión característica de su defensa u oponibilidad; el derecho real *in faciendo*, ¿puede equipararse a una carga real?: tal es la idea de RIGAUD, que el autor recoge, de proponer un ensanchamiento del círculo de los derechos reales mediante una teoría general de las cargas reales, punto que desarrolla dándonos un amplio panorama de esta figura tanto en el Derecho romano como en el germánico. Al efecto recoge la configuración que dimana de la regulación en el BGB y en el Código suizo, quedando dibujada la figura esquemáticamente de forma que puede ajustarse a las categorías de la dogmática moderna y a su consideración como relación jurídica real en Derecho privado. La doctrina explica que la carga aparece como formada por dos elementos: la obligación *propter rem* y la responsabilidad sobre el inmueble. Si la obligación tiene importancia práctica, la afección de un inmueble en garantía reviste gran trascendencia para la caracterización general del instituto como derecho real.

Al final de esta primera parte aborda el autor las diversas relaciones que pueden darse entre una obligación y una cosa, y para ello nos da una noción simple de la obligación *propter rem* como aquella que vincula al propietario o titular de un derecho real, por el hecho de serlo y en tanto lo sea, transmitiéndose a la par que la propia titularidad. Los precedentes de estas obligaciones ambulatorias ya constan en el Derecho romano y en la doctrina moderna se configuran distintas tipologías para su estudio, provocando un difícil momento dogmático producido por los equilibrios y desequilibrios en el sistema de la propiedad y los derechos de atribución, por lo que algunos consideran la obligación real como una anomalía excepcional.

La segunda parte del libro es amplísima, pues ocupa más de 200 páginas y se dedica a exponernos el panorama doctrinal sobre la obligación real en el pensamiento de los autores franceses y suizos, con una referencia previa a SAVIGNY. Este considera a la *obligatio* como un término técnico cuya significación se precisa en la existencia de un *vinculum iuris* entre dos personas concretas; pero si bien la *obligatio rerum* tenía un carácter estrictamente personal, podía tener también otra clase de relación irregular o anómala en cuanto fuera compatible con una mayor diversidad de sujetos.

Tras repasar la doctrina de varios autores franceses, resalta algunos aspectos especialmente aprovechables a lo largo de la evolución de esta doctrina del país vecino, donde se incluyen las aportaciones resultantes de comentar los artículos de su Code civil relativos a la medianería y otras instituciones de la comunidad. Destaca la aportación de GOUBEAUX, quien expone la relación entre

accesoriedad en las servidumbres, la transmisión de los derechos y relaciones contractuales en casos concretos, para desde ellos hacer un planteamiento general.

En la doctrina suiza destaca lo que el autor llama «descubrimiento moderno» de la noción de obligación real, como una nueva categoría en el sistema jurídico. Según ACACCHI, principal representante de esta tendencia, la obligación real es una relación de derecho personal en la que el deudor está determinado por el derecho que tiene sobre una cosa; en la terminología alemana es la «Real obligation» y en la francesa es la «obligatio réelle». Repasa también el autor las construcciones de GHUL, HUBER y LIVES; este último encuentra como aplicaciones concretas el retracto y el arrendamiento anotados en el Registro, estudiando sus efectos, sobre todo la oponibilidad, aunque sean derechos personales; son también aplicaciones de esta figura las servidumbres forzosas y la hipoteca legal en favor del constructor.

En la tercera parte de la tesis, el nuevo doctor busca el concepto de la obligación real partiendo de los presupuestos precisos para fijarlo. Inicia la búsqueda exponiendo las ideas centrales sobre la relación jurídica para seguir con el concepto del derecho subjetivo y concluyendo esta investigación con la determinación del papel que desempeñan la relación y el derecho en la teoría del derecho real.

Sigue esta parte, en su segundo capítulo, en busca de lo que llama «relación jurídica de reparto», tomando como punto de partida la consideración de la propiedad y la comunidad para la construcción del concepto. En primer lugar, considera que hay relación de reparto incluso en la propiedad, aunque para ello sea necesaria su inserción en una relación real de exclusión concreta. Pero es la figura de la comunidad de bienes la que resulta particularmente interesante como relación jurídica cuya ordenación determina la presencia de obligaciones reales. En la comunidad, la nota que destaca es la participación, y en esta participación es donde más se percibe la existencia de la obligación real.

A continuación el autor nos presenta a consideración las diversas situaciones jurídico-reales donde se manifiesta la relación jurídica de reparto, entre ellas la cotitularidad *pro diviso*, las comunidades de aguas, la propiedad horizontal, las urbanizaciones privadas y conjuntos inmobiliarios, y entre los derechos reales limitados, el usufructo, las servidumbres, los censos, el derecho de superficie y, en general, los *iura in re aliena*, como objeto de una relación de reparto.

Después de contemplar estos diversos supuestos, el autor cree llegado el momento de dar una definición de la obligación real, y lo hace en el sentido de buscar una fórmula simple que exprese el núcleo fundamental del concepto. La obligación real, nos dice, resulta contemplada en un enfoque particular que abre la puerta al estudio de un conjunto de obligaciones *propter rem*. Se trata de una relación de cooperación, accesoria del esquema básico de exclusión en el marco de la relación jurídico-real de reparto. Se diferencia de la servidumbre en que ésta es una atribución, un derecho real que se basta a sí mismo, mientras que la obligación real juega en otro nivel, como accesorio integrante de la relación compleja real; repasa ideas de la doctrina francesa e italiana sobre el particular, y concluye que hay finalidades que se persiguen en la configuración de la relación jurídico-real compleja cuya obtención basta con establecer una serie de obligaciones reales sin que, configurado el concepto, sea necesario acudir a la figura de la servidumbre.

En la cuarta parte del libro se hace un recorrido por las diversas relaciones posibles que aparecen en el panorama jurídico desde la perspectiva de las obligaciones reales. Así, el autor repasa las obligaciones que se dan en la vecindad en sus varias figuras, las obligaciones reales en la situación de copropiedad, en la propiedad horizontal, en la relación usufructuaria, en las servidumbres y en el derecho de superficie, con citas del Derecho positivo y de la jurisprudencia, amén de las abundantes razones doctrinales.

Y en la quinta y última parte del libro se aborda el funcionamiento y función de esta obligación real, resaltando el dato imperante de su accesoriedad. Como detalle final nos da una pincelada sobre la obligación real en el Registro de la Propiedad, diciendo que adquiere la categoría de «realidad natural inscribible» en la medida en que a través de la relación plasmada en el título, contribuye a dibujar el derecho real concreto; bastaría que esa obligación real se incluya en el negocio constitutivo para que al inscribirse éste sea oponible frente a terceros. Concluye el autor opinando que la constancia registral de la obligación real soluciona graves problemas de oponibilidad, pero no puede aún afirmarse, según él, como elemento ineludible para su eficacia con vinculación real.

Sólo nos queda reiterar la felicitación que le hace el profesor DE LOS MOZOS, quien resalta la riqueza que el autor ha conseguido en este trabajo sobre un tema tan difícil, haciendo una contribución importante para la comprensión de nuestro sistema de *numerus apertus*.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 179 (Julio-Agosto 2000)

«Dictamen sobre las posibilidades ofrecidas por la legislación valenciana para alterar los Planeamientos urbanísticos vigentes», por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA y FRANCISCO JAVIER ZARAGOZA IVARS, pág. 11.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA EXCESIVA DURACION DE LA ELABORACION DEL PLANEAMIENTO URBANISTICO: SU REMEDIO EN LA LEGISLACION VALENCIANA: 1. VIGENCIA INDEFINIDA DEL PLANEAMIENTO. 2. POSIBILIDAD LEGAL DE ALTERAR EL PLANEAMIENTO. 3. EL CASO DEL MUNICIPIO DE E. C. 4. LEGISLACIÓN APLICABLE. 5. NECESIDAD DE AGILIZAR LA TRAMITACIÓN DE LOS PLANES URBANÍSTICOS. 6. LA SIMPLIFICACIÓN Y FLEXIBILIZACIÓN DEL PLANEAMIENTO EN LA LEY 6/1994.—II. ELABORACION Y TRAMITACION DEL PLANEAMIENTO GENERAL EN LA LEY 6/1994: 1. No OBLIGATORIEDAD DE PUBLICACIÓN DEL DOCUMENTO DE AVANCE. 2. AUSENCIA DE APROBACIÓN INICIAL: INFORMACIÓN PÚBLICA. 3. INFORMES DE OTRAS ADMINISTRACIONES. 4. NOTIFICACIONES SOBRE LAS ALEGACIONES. 5. LA APROBACIÓN PROVISIONAL. 6. APROBACIÓN DEFINITIVA POR LA GENERALIDAD. 7. APROBACIÓN POR SILENCIO ADMINISTRATIVO.——III. SOBRE LA HOMOLOGACION: 1. SU SIGNIFICADO. 2. DOCUMENTOS DE LA HOMOLOGACIÓN. 3. CLASES. 4. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL.—IV. INDEMNIZACIONES. DERECHOS ADQUIRIDOS Y SUSPENSIÓN DE LICENCIAS.—IV. CONCLUSION.

«Breve reflexión acerca de los instrumentos de intervención de los mercados del suelo en el Anteproyecto de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía», por SALVADOR MARTÍN VALDIVIA, pág. 35.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO Y DE SUPERFICIE: a) LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO; b) EN CUANTO AL DERECHO DE SUPERFICIE.—III. LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS DE SUELO: 1. LA FINALIDAD DE LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS DE SUELO. 2. EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BIENES QUE INTEGRAN ESE PATRIMONIO (Y PESE A LA DEFICIENTE UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS PRECEPTOS QUE A ELLA ALUDEN). 3. LOS BIENES QUE INTEGRAN EL PATRIMONIO PÚBLICO DEL SUELO. 4. LA RESERVA DE TERRENOS A EFECTOS EXPROPIATORIOS. 5. LA INCORPORACIÓN AL PROCESO URBANIZADOR DE LOS TERRENOS RESERVADOS. 6. EL DESTINO DE LOS BIENES INTEGRANTES DE LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS DE SUELO.—IV. CONCLUSION.

«La ejecución del Planeamiento en el Anteproyecto de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía», por JOSÉ CUESTA REVILLA, pág. 59 (sin sumario).

«Planificación territorial, protección civil y prevención de riesgos. La experiencia francesa», por JOSEF OCHOA MONZÓ, pág. 91.

SUMARIO: I. LA ORDENACION TERRITORIAL Y LA PLANIFICACION URBANISTICA.—II. EL RIESGO COMO FACTOR DE ORDENACION: 1. EL RIESGO. 2. EL RIESGO PARA LA PROTECCIÓN CIVIL. 3. LA PREVISIÓN Y PREVENCIÓN.—III. LA CONEXION DERECHO URBANISTICO-PREVENCIÓN DE RIESGOS EN EL DERECHO FRANCES: 1. ANTECEDENTES. 2. LOS PLANES DE EXPOSICIÓN A RIESGOS NATURALES PREVISIBLES. 3. EFECTOS DE LA APROBACIÓN DE LOS PLANES DE EXPOSICIÓN A RIESGOS NATURALES PREVISIBLES.—IV. CONCLUSIONES.

«Relaciones entre el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas y el urbanismo», por IGOR YÁÑEZ VELASCO, pág. 119.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.- II. EL RAMINP Y LAS LICENCIAS URBANISTICAS: II.1. EL TRASFONDO NORMATIVO DEL RAMINP. II.2. EL ARTÍCULO 30.1 DEL RAMINP: 1. *Cuestiones básicas del procedimiento*. 2. *Aspectos sustantivos de cada fase procedimental*. 3. *Administración competente en cada fase procedimental*. II.3. LICENCIAS DE ACTIVIDAD Y NORMATIVA URBANÍSTICA. II.4. LICENCIAS DE OBRAS Y LICENCIAS DE ACTIVIDAD. II.5. LICENCIAS DE ACTIVIDAD Y LICENCIAS DE PRIMERA UTILIZACIÓN DE EDIFICIOS.—III. EL RAMINP Y EL PLANEAMIENTO.—IV. CONCLUSION.

«Aspectos prácticos y reflexiones sobre las medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario contenidas en el artículo 1 del Real Decreto-Ley 4/2000», por ENRIQUE PORTO REY, pág. 161.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. SOBRE LA CLASIFICACION DEL SUELO: 2.1. LAS CLASES DE SUELO HAN DE REFLEJARSE EN UN INSTRUMENTO DE PLANEAMIENTO GENERAL. 2.2. EL PLANIFICADOR TIENE UN ÁMBITO DE DECISIÓN MUY REDUCIDO AL CLASIFICAR EL SUELO. 2.3. LA REDUCCIÓN DE LAS CATEGORÍAS DEL SUELO NO URBANIZABLE. 2.4. TRATAMIENTO DEL SUELO NO URBANIZABLE INADECUADO PARA UN DESARROLLO URBANO, CONTENIDO EN EL PLANEAMIENTO GENERAL VIGENTE. 2.5. POSIBILIDAD DE ACTUACIÓN URBANÍSTICA EN EL SUELO NO URBANIZABLE COMÚN DEL PLANEAMIENTO EXISTENTE.—3. EL CARACTER RESIDUAL TOTAL DEL SUELO URBANIZABLE Y SU ARMONIZACIÓN CON LA TRADICIONAL FACULTAD MUNICIPAL DE DECIDIR EL MODELO TERRITORIAL.—4. EL NUEVO ARTÍCULO 15: 4.1. EL PLANEAMIENTO DE DESARROLLO PARA PROMOVER LA TRANSFORMACIÓN DEL SUELO. 4.2. EL PROTAGONISMO PARA PROMOVER LA TRANSFORMACIÓN.—5. EL ARTÍCULO 16: 5.1. LA DOBLE ETAPA INSTRUMENTAL HASTA LA APROBACIÓN DEL PLANEAMIENTO DE DESARROLLO. 5.2. EL ACTUAL PAPEL DEL NÚMERO 2 DEL ARTÍCULO 16. 5.3. LA DELIMITACIÓN DE ÁMBITOS Y EL ESTABLECIMIENTO DE CONDICIONES DE DESARROLLO EN VIRTUD DE INSTRUMENTOS URBANÍSTICOS. 5.4. LA LEGITIMACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 5.5. LA TRAMITACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE DESARROLLO. 5.6. LA APROBACIÓN POR SILENCIO. 5.7. LA INFORMACIÓN PÚBLICA EFECTUADA POR LOS INTERESADOS.—6. LA APLICACION DE LAS MEDIDAS LIBERALIZADORAS EN RELACION CON EL TIEMPO.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL
Número 236 (Abril-Junio 2000)

«Las acciones del control abstracto de condiciones generales», por PEDRO PORTELLANO DÍEZ, pág. 437.

SUMARIO: 1. PROCEDIMIENTO DE CONTROL ABSTRACTO: I. FINES DEL PROCEDIMIENTO. II. ANTECEDENTES. III. ACCIONES PREVISTAS. SISTEMA DE LA EXPOSICIÓN.—2. LA ACCIÓN INHIBITORIA: I. DENOMINACIÓN. PRESUPUESTO JURÍDICO-MATERIAL. II. UTILIZACIÓN DE CONDICIONES GENERALES NULAS. III. RECOMENDACIÓN DE UTILIZACIÓN. REMISIÓN. IV. CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL ABSTRACTO.—3. LAS ACCIONES DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO E INDEMNIZATORIA: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. II. ANTECEDENTES Y DESCRIPCIÓN DEL PROCEDIMIENTO. III. ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. IV. ACCIÓN INDEMNIZATORIA.—4. LA ACCIÓN DE RETRACTACIÓN: I. PRESUPUESTO JURÍDICO-MATERIAL. II. RECOMENDACIÓN. III. CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL. REMISIÓN.—5. LA ACCIÓN DECLARATIVA.

«Síndicos y administradores (Reflexiones en torno a la competencia del órgano de administración durante la quiebra de la sociedad de capital)», por IGNACIO TIRADO MARTÍ, pág. 509.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EFECTOS DE LA QUIEBRA DE LA SOCIEDAD: REPARTO DE FUNCIONES ENTRE SÍNDICOS Y ADMINISTRADORES. LA SUBSISTENCIA DEL INTERÉS POSTERGADO DE LA SOCIEDAD QUEBRADA.—III. EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES CONTENIDAS EN EL ÁMBITO COMPETENCIAL SUBSISTENTE: 1. EL PROBLEMA DE LA PROVISIÓN DE FONDOS CONCURSALES. 2. TRATAMIENTO ESPECÍFICO DE ALGUNAS NORMAS DE DERECHO SOCIETARIO EN RELACIÓN CON LA PROVISIÓN DE FONDOS CONCURSALES: 2.1. *La convocatoria de la Junta General y la ejecución de acuerdos sociales cuando concurren causas de disolución forzosa de la sociedad.* 2.2. *La convocatoria de la Junta General y la ejecución de acuerdos sociales para nombrar el órgano de administración vacante.* 2.3. *Las cuentas anuales.* 2.4. *La convocatoria de la Junta General para la formulación de convenio.*

«La cesión de la marca (continuación)», por MARÍA TERESA ORTUÑO BAEZA, pág. 545.

SUMARIO: B) ORIENTACIONES EN DERECHO COMUNITARIO Y SU INFLUENCIA EN DERECHO INTERNO: I. PRIMERA DIRECTIVA DEL CONSEJO DE 21 DE DICIEMBRE DE 1988 RELATIVA A LA APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE MARCAS. II. REGLAMENTO SOBRE LA MARCA COMUNITARIA: 1. *Sistema adoptado para la cesión de la marca comunitaria.* 2. *Cesión parcial de la marca comunitaria.* 3. *Funciones de la marca en la legislación y la jurisprudencia comunitarias.* III. INFLUENCIA DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EN LAS LEGISLACIONES NACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS: 1. *Ley Francesa de 1991.* 2. *Ley Italiana de 1992.* 3. *Ley Británica de 1994.* 4. *Ley Alemana de 1995.*—

C) ESTADO DE LA CUESTION EN DERECHO ESPAÑOL: I. ADSCRIPCIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA AL PRINCIPIO DE LA CESIÓN LIBRE DE MARCA: 1. *Situación anterior a la Ley de Marcas de 1988*. 2. *Regulación actual*. II. TRANSMISIÓN DE LA MARCA Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES. III. LAS FUNCIONES DE LA MARCA EN DERECHO ESPAÑOL Y SU RELACIÓN CON LA CESIÓN DE LA MARCA: 1. *La función indicadora del origen*. 2. *La función indicadora de la calidad*. 3. *Función publicitaria de la marca*. 4. *Función condensadora del «goodwill»*. 5. *Función comunicativa de la marca*. IV. LA MARCA COMO OBJETO DE DERECHOS: 1. *La marca como objeto jurídico*. 2. *Naturaleza del derecho sobre la marca*: 2.1. Teoría del derecho de propiedad. 2.2. Teoría del derecho sobre los bienes inmateriales. 2.3. Teoría de los derechos intelectuales. 2.4. Doctrina de los derechos de monopolio. 2.5. Teoría de los «property rights». 3. *Tratamiento legislativo*.

«El sistema arbitral de consumo», por M.^a LUISA CANDIL CANO, pág. 637.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. FUENTES DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO: 1. EL ARTÍCULO 51.1 DE LA CONSTITUCIÓN. 2. EL ARTÍCULO 31 DE LA LEY 26/1984, DE 19 DE JULIO, GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. 3. LA LEY 36/1988, DE 5 DE DICIEMBRE, DE ARBITRAJE. 4. EL REAL DECRETO 636/1993, DE 3 DE MAYO, POR EL QUE SE REGULA EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO.—III. EXPERIENCIA DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO: 1. EXPERIENCIA PILOTO. 2. IMPLANTACIÓN GENERAL DEL SISTEMA.—IV. CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE DE CONSUMO: 1. VOLUNTARIEDAD. 2. GRATUIDAD. 3. SIMPLICIDAD Y CELERIDAD. 4. CARÁCTER VINCULANTE Y EJECUTIVO.—V. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARBITRAJE DE CONSUMO.—VI. ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO: 1. COMPETENCIAS DEL ESTADO EN LA ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO. 2. ÓRGANOS DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO: a) *Las Juntas Arbitrales*; b) *Los Colegios Arbitrales*.—VII. FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO: 1. FORMALIZACIÓN DEL CONVENIO: a) *Cuando existe oferta pública de sometimiento al arbitraje*; b) *Cuando no existe oferta pública de sometimiento al arbitraje*; c) *Cuando existe oferta particular de sometimiento al arbitraje*. 2. PROCEDIMIENTO: a) *Inicio del procedimiento*; b) *Desarrollo del procedimiento*; c) *Conclusión del procedimiento*.—VIII. RELACIONES DEL ARBITRAJE DE CONSUMO CON OTROS ARBITRAJES: 1. EL ARBITRAJE COMÚN. 2. EL ARBITRAJE DE TRANSPORTES.—BIBLIOGRAFIA.

«La protección de la marca renombrada en el Derecho Comunitario», por ETIENNE SANZ DE ACEDO HECQUET, pág. 663.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA MARCA RENOMBRADA: PRESUPUESTOS BÁSICOS.—III. EL TRATAMIENTO DE LA MARCA RENOMBRADA EN EL DERECHO COMPARADO: 1. ORIGEN DE LA PROTECCIÓN EN EUROPA. 2. ORIENTACIONES LEGISLATIVAS: SISTEMAS ESPAÑOL, FRANCÉS E ITALIANO.—IV. LA PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO: 1. LA DIRECTIVA NÚMERO 104/89. 2. EL REGLAMEN-

TO NÚMERO 40/94. 3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DE JUSTICIA: CASO PUMA-SABEL, CASO SILHOUETTE, CASO CANON, CASO BMW, CASO GENERAL MOTORS/YPLON.—V. CONSIDERACIONES FINALES.

«La denominación geoturística como herramienta estratégica de la promoción de los destinos turísticos en España. Consideraciones sobre su régimen jurídico», por MARÍA DEL MAR GÓMEZ LOZANO, pág. 695.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA ORDEN DE 31 DE MARZO DE 1964, POR LA QUE SE CREA EL REGISTRO DE DENOMINACIONES GEOTURISTICAS: A) EL OBJETO DEL REGISTRO DE DENOMINACIONES GEOTURISTICAS: 1. *Definición y caracteres de las denominaciones geoturísticas. La denominación geoturística como signo de carácter geográfico y publicitario.* 2. *Composición de la denominación geoturística. La denominación geoturística como signo de carácter denominativo.* B) *Procedimiento registral para la inscripción de una denominación geoturística.*—III. LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE TURISMO A LAS COMUNIDADES AUTONOMAS. LAS DENOMINACIONES GEOTURISTICAS EN LAS LEYES DE TURISMO AUTONOMICAS. LA CREACION DE LOS REGISTROS REGIONALES DE DENOMINACIONES O DISTINTIVOS GEOTURISTICOS: A) LA ORDEN DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 1984, DE LA REGIÓN DE MURCIA, POR LA QUE SE CREA EL REGISTRO REGIONAL DE DENOMINACIONES GEOTURISTICAS. B) LA LEY 10/1997, DE 19 DE DICIEMBRE, DE TURISMO DE CASTILLA Y LEÓN: 1. *Incardinación de la disposición por la que se crea el Registro de distintivos geoturísticos.* 2. *El Registro.* 3. *El distintivo geoturístico. Signos que pueden constituirlo.* 4. *El objeto identificado por el distintivo geoturístico.* 5. *La Inscripción en el Registro de distintivos.* 6. *La prohibición de registrar los distintivos geoturísticos como signos distintivos.* 7. *Régimen sancionador.*—IV. LA INSUFICIENCIA DEL REGIMEN DE PROTECCION DE LAS DENOMINACIONES GEOTURISTICAS A TRAVES DE LA SIMPLE INSCRIPCION EN UN REGISTRO ADMINISTRATIVO.

REVISTA JURIDICA DE LA UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MADRID Número 2

«Una "ley seca" planea sobre Internet», por PAMELA SAMUELSON, pág. 9.

SUMARIO: I. ¿MAS DERECHOS DE AUTOR?—II. TRES FACTORES.—III. LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL CIBERESPACIO.—IV. ¿QUIEN DEBERIA ESTABLECER LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL CIBERESPACIO?—V. POSTURAS NACIONALES.

«Las llamadas *Stock Options* y las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica», por ANÍBAL SÁNCHEZ ANDRÉS, pág. 21.

SUMARIO: I. PRESENTACION DEL PROBLEMA Y DIFERENTES PERFILES DE LAS *STOCK OPTIONS*: 1. SU COMÚN NATURALEZA DE DERECHOS POTESTATIVOS DE OPCIÓN. 2. LA FALTA DE TRANSPARENCIA DE SU ARTICULACIÓN EN ESPAÑA. 3. APROXIMACIÓN GENERAL A LOS SISTEMAS DE RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES. 4. POR QUÉ LAS *Stock Options* NO SON UN SIMPLE SISTEMA DE RETRIBUCIÓN. 5. VARIANTES TIPOLOGICAS DE LAS *Stock Options*: EL MODELO USA.—II. LAS INCONGRUENCIAS Y SESGOS DEL DISCURSO: 6. EN LOS PROCESOS DE PRIVATIZACIÓN. 7. EN RELACIÓN CON EL GRADO DE COMPETENCIA EXISTENTE EN EL PAÍS. 8. EL TEMA DE LA «FIDELIZACIÓN» Y EL «PRECIO DE LA AUTOESTIMA». 9. LA DOCTRINA DEL «ALINEAMIENTO» ENTRE ADMINISTRADORES Y ACCIONISTAS. 10. OTROS RIESGOS Y CONTRADICCIONES.—III. SOBRE LA LEGALIDAD DE LAS *STOCK OPTIONS*: 11. EN RELACIÓN A LAS OPCIONES PAGADERAS EN DINERO. 12. (SIGUE) HUIDA DE LA DISCIPLINA MERCANTIL Y USO ALTERNATIVO DEL DERECHO. 13. LA ARTICULACIÓN DEL PAGO EN ACCIONES EN LOS SISTEMAS ANGLOSAJONES. 14. EL TRATAMIENTO DEL PROBLEMA EN EL DERECHO ESPAÑOL. 15. LUCES Y SOMBRAS DE LA ÚLTIMA REFORMA LEGISLATIVA.

«Los recargos sobre impuestos del Estado como recurso de las Comunidades Autónomas», por ANDRÉS GARCÍA MARTÍNEZ, pág. 81.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CONCEPTO Y ESTRUCTURA DEL RECARGO: LOS RECARGOS LEGALMENTE ESTABLECIDOS SOBRE LAS BASES O LAS CUOTAS DEL ARTICULO 58.2.a) DE LA LGT.—III. LAS COMPETENCIAS TRIBUTARIAS RELATIVAS A LOS RECARGOS AUTONOMICOS SOBRE IMPUESTOS ESTATALES: 1. LA COMPETENCIA NORMATIVA: 1.1. *Recargos creados y establecidos por las Comunidades Autónomas*. 1.2. *Recargos creados por el Estado a favor de las Comunidades Autónomas*: 1.2.1. Supuestos de competencia normativa compartida. 1.2.2. Supuestos de competencia normativa estatal y competencia sobre el rendimiento autonómico: ¿Recargo o participación en un tributo estatal? 2. La competencia administrativa o de gestión. 3. La competencia sobre el rendimiento.—IV. LA CONFIGURACION DEL RECARGO COMO RECURSO AUTONOMICO.—V. BIBLIOGRAFIA.

«Algunos aspectos controvertidos sobre los Acuerdos de cooperación con las Confesiones Religiosas», por MARÍA MORENO ANTÓN, pág. 105.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA INSCRIPCION EN EL RER: 1. COMPETENCIA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE INSCRIPCIÓN. 2. EL OBJETO DE LA FUNCIÓN CALIFICADORA. SUS LÍMITES: 1.1. *Naturaleza religiosa del grupo*. 1.2. *Adecuación del fin al orden público*.—III. EL NOTORIO ARRAIGO.—IV. NATURALEZA JURIDICA DE LOS ACUERDOS.—V. BIBLIOGRAFIA.

«Aspectos para una reforma del Derecho Procesal Penal español», por JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, pág. 137.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. SOBRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO PROCESAL PENAL.—III. SOBRE LA IMPARCIALIDAD JUDI-

CIAL: 1. LA RECUSACIÓN. 2. LAS NORMAS DE REPARTO.—IV. LA FASE DE INSTRUCCIÓN: 1. EL PAPEL DE LA POLICÍA EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN. 2. LA ACUSACIÓN NO PÚBLICA EN EL PROCESO; EN ESPECIAL, EN LA INSTRUCCIÓN. 3. SOBRE EL SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL Y EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. 4. JUEZ O FISCAL INSTRUCTOR, CUESTIONES DE CONTAMINACIÓN.—V. EL JUICIO ORAL: ¿NUEVAS TÉCNICAS AUDIOVISUALES?

«La precariedad del Derecho Internacional en los Estados Unidos: los casos Breard y Lagrand», por LLUÍS PARADELL LÓPEZ, pág. 177.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRINCIPALES ETAPAS DE LOS CASOS BREARD Y LAGRANDE.—III. LA ENGAÑOSA POSICIÓN DEL GOBIERNO FEDERAL: 1. NO OBLIGATORIEDAD DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES. 2. AUSENCIA DE AUTORIDAD FEDERAL PARA LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES. 3. MOTIVACIONES POLÍTICAS.—IV. EXAMEN CRÍTICO DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. LA REGLA DEL «LAST-INTIMES». 2. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES.—V. RETICENCIA DE LA JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE HACIA EL DERECHO INTERNACIONAL: 1. LA DOCTRINA DE LOS «NON-SELF-EXECUTING TREATIES». 2. LA DOCTRINA DEL «ACT OF STATE». 3. LA DOCTRINA DE LA «POLITICAL QUESTION». 4. AUTORIDAD DEL PODER POLÍTICO PARA ELUDIR EL DERECHO INTERNACIONAL. 5. EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA INTERPRETACIÓN INVEROSÍMIL DE TRATADOS INTERNACIONALES. 6. DERECHO INTERNACIONAL Y SEPARACIÓN DE PODERES.—VI. CONCLUSIÓN: PRECARIEDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LOS ESTADOS UNIDOS.

«El servicio universal: la garantía de un suministro básico de servicios de telecomunicaciones», por GREGOR SCHNEIDER, pág. 215.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PUNTOS DE PARTIDA PARA LA JUSTIFICACIÓN: 1. DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL (CON ESPECIAL ATENCIÓN AL DERECHO ALEMÁN). 2. DESDE EL PUNTO DE VISTA ECONÓMICO.—III. EL SERVICIO UNIVERSAL EN ESTADOS UNIDOS.—IV. EL SERVICIO UNIVERSAL EN LA UNIÓN EUROPEA.—V. EL SERVICIO UNIVERSAL EN ALEMANIA.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

«Ordenación del territorio. Urbanismo en las ciudades de la Unión Europea», por PAULA GOYANES LÓPEZ, pág. 237.

SUMARIO: I. LA EUROPA DE LAS CIUDADES: 1. DOCUMENTOS OFICIALES: 1.1. *Carta Europea de Ordenación del Territorio*. 1.2. *Libro Verde sobre Medio Ambiente Urbano*. 1.3. *Europa 2000: Perspectivas de Desarrollo del Territorio de la Comunidad*. 1.4. *Carta Urbana Europea*. 1.5. *Carta de las Ciudades Europeas hacia la Sostenibilidad*. 1.6. *Europa 2000 +: Cooperación para el Desarrollo del Territorio Urbano Europeo*. 2. DESARROLLO DE LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA CONCRETA DESDE 1995: 2.1. *Dictamen sobre el Desarrollo Urbano y la Unión Europea*. 2.2. *Dictamen sobre el papel de la Unión Europea en*

cuestiones urbanas. Conferencia sobre el Desarrollo Sostenible. 2.3. Dictamen sobre la Ordenación del Territorio en Europa. 2.4. Hacia una política urbana de la Unión Europea. 2.5. Propuesta del V Programa Marco. 2.6. Otras actividades de interés desde entonces hasta nuestros días.—II. LA INICIATIVA URBAN: REDENTORA DE LAS CIUDADES. 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. ACTUACIONES DE LA INICIATIVA URBAN EN ESPAÑA: 2.1. Procedimiento de gestión. 2.2. Programas operativos en España.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 26 (2000)

«Parejas no casadas, crisis matrimoniales y seguros de vida», por MARÍA DEL PINO ACOSTA MÉRIDA, pág. 927.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. PODER DEROGATORIO DE LA DISPOSICION ADICIONAL 10, APARTADOS 2 Y 3 DE LA LEY DE DIVORCIO SOBRE EL ARTICULO 85 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO.—3. APLICACION ANALOGICA DEL CRITERIO DISPUESTO PARA LA PENSION DE VIUDEDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL AL AMBITO DEL ARTICULO 85 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO.—4. EL CONVIVIENTE DE HECHO EN EL ARTICULO 85 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO.—5. ¿OTRAS VIAS DE SOLUCION?—6. ESTUDIO DE LA HIPOTESIS DE SEPARACION DESDE LAS DISTINTAS PERSPECTIVAS DEL DERECHO CIVIL.—7. BREVE CONSIDERACION ACERCA DEL BENEFICIO DEL SEGURO DE VIDA A FALTA DE CONYUGE CUANDO ES ESTE EL DESIGNADO EN EL CONTRATO COMO BENEFICIARIO.—8. CONCLUSIONES.

Número 27 (2000)

«Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre estado civil durante el año 1999», por JESÚS DIEZ DEL CORRAL RIVAS, pág. 965.

SUMARIO: 1. NOTA EXPLICATIVA.—2. ORGANIZACION DEL REGISTRO CIVIL Y DISPOSICIONES VIGENTES.—3. ANOTACIONES.—4. NOTAS MARGINALES.—5. PUBLICIDAD FORMAL.—6. LIBRO DE FAMILIA.—7. REGLAS GENERALES DE COMPETENCIA TERRITORIAL.—8. LA CALIFICACION REGISTRAL Y SUS RECURSOS.—9. TRASLADO DE INSCRIPCIONES.—10. EL NOMBRE PROPIO.—11. ATRIBUCION DE APELLIDOS.—12. LA INSCRIPCION DE NACIMIENTO DENTRO DE PLAZO.—13. LA INSCRIPCION DE LA FILIACION DENTRO DE PLAZO.—14. LA INSCRIPCION DE LA FILIACION FUERA DE PLAZO.—15. INSCRIPCIONES MARGINALES A LA DE NACIMIENTO.—16. ADQUISICION ORIGINARIA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—17. CONSOLIDACION

DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—18. ADQUISICION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCION.—19. ACCESO AL REGISTRO CIVIL DE LAS DECLARACIONES VOLUNTARIAS SOBRE NACIONALIDAD.—20. PERDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—21. RECUPERACION DE LA NACIONALIDAD.—22. PRUEBA DE LA NACIONALIDAD.—23. LA VECINDAD CIVIL Y EL REGISTRO.—24. LA INSCRIPCION FUERA DE PLAZO DE NACIMIENTO.—25. RECONSTITUCION DE ASIENTOS.—26. CAMBIOS DE NOMBRES Y APELLIDOS.—27. LA INSCRIPCION DE MATRIMONIOS RELIGIOSOS.—28. EL EXPEDIENTE PREVIO PARA LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO CIVIL.—29. MATRIMONIO DE ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO.—30. OTROS MATRIMONIOS ESPECIALES.—31. DISPENSAS MATRIMONIALES.—32. INSCRIPCION DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES SOBRE MATRIMONIO.—33. INDICACIONES SOBRE EL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL.—34. LA INSCRIPCION DE DEFUNCION.—35. LA INSCRIPCION DE DEFUNCION CUANDO EL CADAVER HA DESAPARECIDO O HA SIDO INHUMADO.—36. EXPEDIENTES EN GENERAL.—37. RECURSOS EN MATERIA DE EXPEDIENTES.—38. LA RECTIFICACION DEL REGISTRO.

Número 28 (2000)

«La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y la jurisdicción civil», por M.^a LUISA ATIENZA NAVARRO, pág. 1017.

SUMARIO: I. CUESTIONES PRELIMINARES: EVOLUCION LEGISLATIVA.—II. LA REGLA DE LA UNIDAD JURISDICCIONAL EN FAVOR DE LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.—III. LOS SUPUESTOS DE DEMANDA CONJUNTA CONTRA LA ADMINISTRACION Y CONTRA PARTICULARES: 1. LOS PROBLEMAS DE LA JURISDICCION COMPETENTE EN LOS CASOS DE PARTICULARES CODEMANDADOS JUNTO A LA ADMINISTRACION CON ANTERIORIDAD A LA LRJCA DE 1998 Y A LA REFORMA DEL ARTICULO 9.4 DE LA LOPJ POR LO 61/998, DE 13 DE ENERO. 2. RÉGIMEN VIGENTE EN LA ACTUALIDAD.

Número 29 (2000)

«Análisis comparativo entre la institución de la actual comparecencia del juicio declarativo de menor cuantía y la “audiencia previa al juicio” del futuro juicio ordinario», por PILAR MARTÍN GARCÍA.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. NOVEDADES DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—3. LA «AUDIENCIA PREVIA AL JUICIO».—4. LA FUNCION CONCILIADORA.—5. PERSONACION DE LAS PARTES.—6. PRECEPTIVIDAD DE LA AUDIENCIA PREVIA AL JUICIO.—7. LA FUNCION SUBSANADORA.—8. LA FUNCION DE FIJACION DE LOS HECHOS CONTROVERTIDOS.—9. REGULACION DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL SENO DE LA «AUDIENCIA PREVIA AL JUICIO».

Número 30 (2000)

«La acción de caducidad y la acción de nulidad en el caso Nike. Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1999», por ELENA DE LA FUENTE GARCÍA, pág. 1081.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. FUNDAMENTOS DE DERECHO: A) RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR CIDESPORT. B) RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR DON JUAN AMIGO FREIXAS.—III. FALLO.—IV. COMENTARIO: 4.1. LA DECLARACIÓN DE CADUCIDAD POR FALTA DE USO DEL SIGNO REGISTRADO: 4.1.1. *La legitimación para el ejercicio de la acción de caducidad.* 4.1.2. *La utilización de la nueva marca en el período anterior al ejercicio de la acción de caducidad.* 4.1.3. *La utilización de la marca en una forma distinta bajo la cual fue inicialmente registrada.* 4.2. LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA MARCA POSTERIORMENTE INSCRITA CONFUNDIBLE Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

Número 31 (2000)

«Análisis de la Proposición de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico)», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS, pág. 1123.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. SITUACION ACTUAL DEL COMERCIO ELECTRONICO EN ESPAÑA. LA EVOLUCION CARA AL FUTURO. EL COMERCIO ELECTRONICO INTERNACIONAL.—III. PROBLEMAS QUE SE DERIVAN DEL COMERCIO ELECTRONICO. MARCO LEGAL Y SOLUCIONES JURIDICAS: A) PROBLEMAS PLANTEADOS. B) PANORAMA LEGISLATIVO. INICIATIVAS Y ORGANIZACIONES.—IV. ANALISIS DE LA PROPOSICION DE DIRECTIVA DE COMERCIO ELECTRONICO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EXAMEN GENERAL PREVIO DE ALGUNOS ARTÍCULOS DE LA DIRECTIVA: A) *Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.* B) *Artículo 2. Definiciones.* C) *El artículo 3. Mercado Interior.* D) *El artículo 4. No Autorización Previa.* E) *Artículo 5. Información general exigida.* F) *Artículos 6 y 7. Comunicaciones comerciales.* G) *Artículo 8. Profesiones reguladas.* H) *Artículo 9. Tratamiento de los contratos por vía electrónica.* I) *Artículo 10. Información exigida en los contratos por vía electrónica.* J) *Artículo 11. Realización de un pedido.* K) *Artículos 12, 13 y 14. Responsabilidad de los intermediarios.* L) *Artículo 15. Inexistencia de obligación de supervisión.* M) *Artículo 16. Códigos de conducta.* N) *Artículo 17. Solución extrajudicial de litigios.* Ñ) *Artículo 18. Recursos judiciales.* O) *Artículos 19 al 24. Otras cuestiones.*

Número 32 (2000)

«Problemas de derecho interno que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», por JAVIER AVILÉS GARCÍA, pág. 1179.

SUMARIO: I. INTRODUCCION Y JUSTIFICACION.—II. PRESUPUESTOS Y AMBITO DE APLICACION.—III. PRINCIPIO DE CONFORMIDAD DEL CONTRATO Y AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.—IV. HACIA UN NUEVO MODELO LEGISLATIVO: LA PECULIARIDAD DEL SISTEMA ANGLO-SAJON Y LA EVENTUAL INVOCACION DEL PRINCIPIO DE CONFORMIDAD EN ESPAÑA.—V. LOS DISTINTOS CRITERIOS DE CONFORMIDAD CON EL CONTRATO.—VI. EL PROBLEMA PARTICULAR DE LA INCIDENCIA DE LA PUBLICIDAD EN EL CONTRATO.—VII. LOS REMEDIOS LEGALES MINIMOS FRENTE AL VENDEDOR EN LA COMPRAVENTA DE BIENES DE CONSUMO.—VIII. LA DENOMINADA GARANTIA COMERCIAL.

Número 33 (2000)

«Consideraciones críticas en torno al derecho de reversión de la dotación fundacional», por M.^a TERESA CARRANCHO HERRERO, pág. 1207.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ANTECEDENTES.—III. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTION EN EL AMBITO NORMATIVO.—IV. ANALISIS CRITICO DEL DERECHO DE REVERSION: 1. TRANSMISION DE UN PATRIMONIO A LA FUNDACION Y DERECHO DE REVERSION. 2. EL DERECHO DE REVERSION Y EL INTERÉS GENERAL.—V. ULTIMAS CONSIDERACIONES.

Número 34 (2000)

«El resarcimiento de daños en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (con especial referencia al Derecho español)», por SUSANA NAVAS NAVARRO, pág. 1235.

SUMARIO: I. PREVIO. NON-PERFONNANCE.—II. LA REGULACION DEL RESARCIMIENTO DE DAÑOS EN LOS PRINCIPIOS EUROPEOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS: 1. OBJETO DEL RESARCIMIENTO. 2. DELIMITACIÓN DEL DAÑO. 3. DAÑOS EN CASO DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO. 4. DAÑOS EN CASO DE RETRASO EN EL PAGO DE OBLIGACIONES PECUNIARIAS. 5. EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD: EL IMPEDIMENTO AJENO A LA ESFERA DE CONTROL DEL DEUDOR: 5.1. *El impedimento: requisitos.* 5.2. *Responsabilidad por utilización de terceros.* 5.3. *Notificación del impedimento.* 5.4. *Efectos derivados de la exoneración.*—III. EL CASO DEL DERECHO ESPAÑOL. LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 1.107 DEL CODIGO CIVIL: 1. EL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 1.107 DEL CÓDIGO CIVIL. 2. EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1.107 DEL CÓDIGO CIVIL.

Número 35 (2000)

«Aproximación al origen histórico de la reserva ordinaria», por JESÚS IGNACIO FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, pág. 1263.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. LOS DERECHOS ANTIGUOS. 2. EL DERECHO GRIEGO. 3. LA INFLUENCIA DECISIVA DEL CRISTIANISMO. 4. EL DERECHO ROMANO: a) *Período republicano*; b) *El Imperio*; c) *El Bajo Imperio*; d) *La obra justinianea*. 5. LA RECEPCIÓN ALTOMEDIEVAL Y EL DERECHO INTERMEDIO. 6. LA CODIFICACIÓN.—II. CONCLUSIONES.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Número 108 (Abril-Junio 2000)

«Sentimientos hacia la política: una discusión con alguna ilustración empírica», por J. VILAS NOGUEIRA, pág. 9.

SUMARIO: VALORACION DEL GRADO DE INFLUENCIA DE LAS DECISIONES DEL GOBIERNO EN LA VIDA INDIVIDUAL.—INTERES POR LA POLITICA Y CONSISTENCIA DE LAS ACTITUDES Y OPINIONES POLITICAS.—INTERES POR LA POLITICA Y SEXO.—CONFIANZA EN EL GOBIERNO Y DEFERENCIA HACIA LA AUTORIDAD.—EL PAPEL DEL CAMBIO DE VALORES.—SENTIMIENTO HACIA LA POLITICA Y EDAD.—SENTIMIENTO HACIA LA POLITICA Y POSICIONAMIENTO IZQUIERDA/DERECHA.—SENTIMIENTO HACIA LA POLITICA Y AFILIACION A PARTIDOS POLITICOS.—LEGITIMIDAD: PREFERENCIA POR UN SISTEMA POLITICO.—OPINION SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DE NUESTRA DEMOCRACIA.—LA COMPETENCIA POLITICA (DE CIUDADANO).—CONSUMO DE INFORMACION POLITICA.—REFERENCIAS.

«Del principio de la división de poderes», por JAVIER GARCÍA ROCA, pág. 41.

SUMARIO: 1. UN POSTULADO LIBERAL DEL CONSTITUCIONALISMO: LIBERTAD POLITICA Y DIVISION DE PODERES.—2. LA ILUSION HISTORICA DE LA SEPARACION ABSOLUTA DE PODERES.—3. LOS ENTENDIMIENTOS PRESIDENCIALISTAS EN AMERICA Y PARLAMENTARIO EN EUROPA.—4. LAS TRANSFORMACIONES DE LA ORGANIZACION CONSTITUCIONAL CONTEMPORANEA.—5. UNA PLURALIDAD DE COMPLEJAS REGLAS, COMPLEMENTARIAS EN LA DIVISION DEL PODER.—6. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

«Algunas insuficiencias de la democracia contemporánea. Una crítica de las teorías de la transición latinoamericana», por H. C. F. MANSILLA, pág. 77.

SUMARIO: A) LAS INSUFICIENCIAS DE LOS ENFOQUES INSTITUCIONALISTAS.—B) ASPECTOS DEPLORABLES EN LAS MODERNAS ELITES POLITICAS.—C) LAS FALACIAS DEL CRECIMIENTO Y EL DESARROLLO INCESANTES.—D) LA APATIA POLITICA DE LA POBLACION COMO FACTOR RECURRENTe.—E) LA NECESIDAD DE UN ENFOQUE BASADO EN LA NOCION DEL BIEN COMUN.

«La coordinación de los asuntos europeos en las administraciones autonómicas», por MANUEL CIENFUEGOS MATEO, pág. 103.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. LOS ORGANOS AUTONOMICOS DE COORDINACION INSTITUCIONALIZADA: A) ORGANISMOS DEPARTAMENTALES. B) ORGANISMOS INTERDEPARTAMENTALES.—II. LOS ORGANOS DE ASESORAMIENTO Y APOYO: A) ORGANISMOS DE SEGUIMIENTO, ESTUDIO Y PROMOCIÓN. B) ORGANISMOS DE REPRESENTACIÓN DE LOS INTERESES AUTONÓMICOS EN BRUSELAS. C) ORGANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA.—III. MECANISMOS DE COORDINACION INTERAUTONOMICA.—CONSIDERACIONES FINALES.

«Ideología y cultura política en el pensamiento de Antonio Cánovas del Castillo», por FIDEL GÓMEZ OCHOA, pág. 143.

SUMARIO: 1. INDOLE DEL PENSAMIENTO POLITICO DE CANOVAS.—2. EL DOCTRINARISMO DE CANOVAS.—3. PRINCIPIOS DOCTRINARIOS DEL PENSAMIENTO POLITICO DE CANOVAS.—4. LA CULTURA POLITICA.—5. CONCLUSIONES.

«Del buen gobierno al buen dominio. La crisis del concepto de política en el pensamiento europeo hacia el último cambio de siglo», por JAVIER FRANZÉ, pág. 167.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA LUCHA COMO INTERACCION E INTERDEPENDENCIA: GEORG SIMMEL: 1. CONTEXTO DE REFLEXIÓN. 2. LA REFLEXIÓN DE SIMMEL. 3. LA LUCHA ENTRE LOS GRUPOS ORGANIZADOS Y LA INSTINTIVIDAD.—III. LA LUCHA POLITICA COMO LUCHA DE VALORES: MAX WEBER: 1. CONTEXTO DE REFLEXIÓN. 2. LA REFLEXIÓN DE MAX WEBER: a) *La política como acción mundana*. 3. LA LUCHA, TENSIÓN ENTRE INDIVIDUALIZACIÓN Y BUROCRATIZACIÓN.—IV. LA LUCHA COMO DECISION SOBRE LA DISTINCION AMIGO-ENEMIGO: CARL SCHMITT: 1. CONTEXTO DE REFLEXIÓN: a) *Crisis del Estado parlamentario liberal*; b) *La crisis de la escuela positivista de Derecho*. 2. LA REFLEXIÓN DE CARL SCHMITT. 3. LA GUERRA COMO BÚSQUEDA DE UN ORDEN DE IGUALES PACIFICADO.—V. CONCLUSIONES: EL CONCEPTO DE LUCHA EN SIMMEL, SCHMITT Y WEBER.—VI. CONCLUSIONES GENERALES: EL CONCEPTO DE LUCHA Y EL CAMBIO DEL CONCEPTO DE POLITICA FINISECULAR.—BIBLIOGRAFIA.

«La idea de España en los ideólogos de la dictadura de Primo de Rivera. El discurso católico-fascista de José Pemartín», por ALEJANDRO QUIROGA FERNÁNDEZ DE SOTO, pág. 197.

SUMARIO: LA IDEA DE ESPAÑA.—LA REGENERACION DE ESPAÑA.—LA PROPUESTA POLITICA.—CONCLUSIONES.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Número 28 (Julio-Diciembre 1999)

«El Consejo de Navarra», por MARTÍN M.^º RAZQUIN LIZÁRRAGA, pág. 9.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. ORIGEN Y JUSTIFICACION.—II. ANTECEDENTES HISTORICOS.—III. MODELOS DE CONSEJOS CONSULTIVOS

AUTONOMICOS: EL CASO NAVARRO.—IV. NATURALEZA Y CARACTERES.—V. COMPOSICION.—VI. ORGANIZACION: A) PRESIDENTE. B) SECRETARIO. C) PLENO. D) COMISIÓN PERMANENTE.—VII. COMPETENCIAS: A) COMPETENCIAS DEL PLENO. B) COMPETENCIAS DE LA COMISIÓN PERMANENTE.—VIII. FUNCIONAMIENTO: A) SOLICITUD DE DICTAMEN. B) PROCEDIMIENTO DE EMISIÓN.—IX. CONCLUSION.—X. EPILOGO.

«La función de los Consejos Consultivos (Una reflexión de bienvenida al Consejo de Navarra)», por IGNACIO GRANADO HUELMO, pág. 41.

SUMARIO: I. SALUTACION AL CONSEJO DE NAVARRA.—II. DE LA RAZON DE ESTADO AL ESTADO DE RAZON.—III. LA CONSTITUCION Y LAS INSTITUCIONES DE DEFENSA CONSTITUCIONAL.—IV. LA POSICION INSTITUCIONAL DE LOS ALTOS ORGANISMOS CONSULTIVOS: A) EL CONTROL PREVENTIVO DE JURIDICIDAD: LOS ALTOS ORGANISMOS CONSULTIVOS COMO PODER PREVENTIVO O CAUTELAR. B) LA LEGITIMACIÓN DE EJERCICIO DEL PODER: LOS ALTOS ORGANISMOS CONSULTIVOS COMO PODER LEGITIMANTE. C) LAS FUNCIONES DE REFUERZO A LOS PODERES PÚBLICOS Y DE GARANTÍA A LOS CIUDADANOS: LOS ALTOS ORGANISMOS CONSULTIVOS COMO PODER GARANTIZADOR.—V. FUNCIONES DE REFUERZO AL PODER LEGISLATIVO: 1. APOYO A LA FUNCIÓN LEGISLATIVA. 2. APOYO A LA FUNCIÓN FISCALIZADORA Y DE CONTROL DEL EJECUTIVO.—VI. FUNCIONES DE REFUERZO AL PODER JUDICIAL: 1. FUNCIONES DE PROGNOSIS JUDICIAL, ILUSTRACIÓN Y PREVENCIÓN DE LITIGIOS. 2. LA FUNCIÓN DE GARANTÍA PREVIA O COMPLEMENTARIA. 3. FUNCIONES DE APOYO AL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.—VII. FUNCIONES DE REFUERZO DEL PODER EJECUTIVO (GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN): 1. FUNCIONES DE REFUERZO AL GOBIERNO EN EL EJERCICIO DE SUS POTESTADES NORMATIVAS. 2. REFUERZO A LAS FUNCIONES EJECUTIVAS Y DIRECTIVAS DEL GOBIERNO. 3. FUNCIONES DE REFUERZO Y APOYO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.—VIII. FUNCIONES DE REFUERZO Y APOYO A OTROS ORGANOS CONSTITUCIONALES: 1. CONSEJO DE ESTADO. 2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—IX. CONCLUSIONES.—X. EPILOGO.

«Las “vecindades foranas” en el Derecho navarro», por JUAN CRUZ ALLI ARANGUREN, pág. 65.

SUMARIO: I. INTRODUCCION SOBRE LOS BIENES COMUNALES: 1. UNA INSTITUCIÓN PROPIA DEL DERECHO NAVARRO. 2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BIENES COMUNALES. 3. EL DERECHO REAL AL APROVECHAMIENTO.—II. DE LAS VECINDADES EN GENERAL: 1. SU REGULACIÓN EN EL DERECHO HISTÓRICO. 2. DOCTRINA DE LA DIPUTACIÓN DURANTE EL SIGLO XIX: A) *Competencias de la Diputación*. B) *Competencia municipal*. C) *La vecindad es un derecho personal*. D) *Situaciones especiales*. E) *Cumplimiento de las cargas*. F) *Contenido de los aprovechamientos*.—III. DE LAS VECINDADES FORANAS: 1. CONCEPTO. 2. DERECHO HISTÓRICO: A) *Fuero General*. B) *Novísima Recopilación*. C) *Leyes de las Cortes de Navarra*. D) *Su derogación por decreto de las Cortes*. 3. DOCTRINA DE LA DIPUTACIÓN: A) *Sobre su régimen*. B) *Competencias de la Diputación*. C) *Vigencia del derecho de vecindad*. D) *Aprovechamientos*. 4. JURISPRUDENCIA.—IV. LA VECINDAD FORANA EN EL FUERO NUEVO: 1. RÉGIMEN JU-

RÍDICO. 2. NATURALEZA JURÍDICA: A) *Comunidad de bienes*. B) *Servidumbre*. C) *Derecho real de goce*. D) *Su naturaleza es de derecho real administrativo*.

«Consideraciones sobre el procedimiento abreviado de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», por JAVIER OLIVÁN DEL CACHO, pág. 102.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA TRAMITACION PARLAMENTARIA DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO: 1. ANTECEDENTES. 2. REDACCIÓN APROBADA INICIALMENTE POR EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: A) *Las enmiendas que introdujeron la cuestión*. B) *El texto en la ponencia*. 3. LOS CAMBIOS ADOPTADOS EN EL SENADO. 4. COMENTARIOS FINALES.—III. SUPUESTOS DE APLICACION DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. EL SUPUESTO DE INEJECUCIÓN DE UN ACTO ADMINISTRATIVO FIRME. 3. LA EXCLUSIÓN DE LOS JUZGADOS CENTRALES DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 4. AMBITO MATERIAL: A) *Planteamiento*. B) *Las competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo*: a) Administración local; b) Administración autonómica y entidades instrumentales. C) *Actos de la Administración General del Estado y de sus entidades instrumentales*. D) *Las materias reservadas al procedimiento abreviado*: a) Introducción; b) Los asuntos de cuantía menor a 500.000 pesetas; c) Los asuntos en materia de personal. 5. PROCEDIMIENTO ABREVIADO Y PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.—V. EL PROCEDIMIENTO: LA PREPARACION DE LA VISTA: 1. IMPORTANCIA DE LAS ACTUACIONES ANTERIORES A LA VISTA. 2. DEMANDA. 3. ADMISIÓN. 4. RECLAMACIÓN DEL EXPEDIENTE Y CITACIÓN PARA LA VISTA: A) *Reclamación del expediente*. B) *Citación para la vista y emplazamiento de las partes*.

«La nueva contratación administrativa en Navarra: en particular, los procedimientos negociados», por JON PÉREZ-ILZARBE SARAUETA, pág. 149.

SUMARIO: I. EL LARGO CAMINO HACIA LOS NUEVOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACION: 1. EL SIGLO XIX: LA EDAD DE ORO DE LA SUBASTA. 2. LA CONTRATACIÓN EN EL SIGLO XX: EL AVANCE DEL CONCURSO. 3. LA CONTRATACIÓN DEL SIGLO XXI EN NAVARRA: LOS NUEVOS PROCEDIMIENTOS NEGOCIADOS DE LA LEGISLACIÓN NAVARRA.—II. DESARROLLO DE LOS PROCEDIMIENTOS NEGOCIADOS EN LA LEY FORAL DE CONTRATOS: 1. PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD. 2. PROCEDIMIENTO NEGOCIADO CON PUBLICIDAD. 3. JUICIO CRÍTICO.

«Evaluación de impacto ambiental y concentración parcelaria», por JOSÉ FRANCISCO ALENZA GARCÍA, pág. 173.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA CONCENTRACION PARCELARIA Y SU IMPACTO AMBIENTAL: 1. LA INCIDENCIA AMBIENTAL DE LAS CONCENTRACIONES PARCELARIAS: A) *Los fines de la concentración parcelaria*. B) *El control de las repercusiones ambientales de la concentración parcelaria en Navarra*. 2. EL SOMETIMIENTO A EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL DE LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA: A) *El significado de la evaluación de impacto ambiental y su normativa reguladora*. B) *El objeto de la evaluación de impacto ambiental y*

el sometimiento a la misma de la concentración parcelaria.—III. EL DECRETO FORAL 237/1999, DE 21 DE JUNIO, POR EL QUE SE REGULA LA EVALUACION DE IMPACTO AMBIENTAL EN LOS PROCESOS DE CONCENTRACION PARCELARIA: 1. OBJETO: EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL E INTEGRACIÓN AMBIENTAL DE LAS CONCENTRACIONES PARCELARIAS. 2. PROCEDIMIENTO: A) *El procedimiento de concentración parcelaria.* B) *El procedimiento de evaluación de impacto ambiental de la concentración parcelaria.* 3. EFECTOS DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: A) *Respecto a la aprobación de la concentración parcelaria.* B) *Respecto a las restantes actuaciones de la concentración parcelaria.*—IV. EPILOGO: LA NECESIDAD DE UNA LEY FORAL DE PROTECCION AMBIENTAL.

«El Régimen de Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra. Contenido de la capacidad normativa de la Comunidad Foral en materia tributaria», por JOSÉ M.^a SERENA PUIG, pág. 199.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD TRIBUTARIA POR LA COMUNIDAD FORAL: CONDICIONES GENERALES PREVISTAS EN LA LORAFNA.—III. CONDICIONES PARTICULARES PREVISTAS EN EL CONVENIO ECONOMICO.—IV. EL CONCEPTO DE «PRESION EFECTIVA GLOBAL» EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA.—V. EXAMEN DE LOS INCENTIVOS A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN LA LEGISLACION COMUN FORAL.—VI. CONCLUSION.—VII. EL PRINCIPIO DE «COORDINACION» ENTRE ADMINISTRACIONES EN MATERIA TRIBUTARIA EN EL AMBITO DEL CONVENIO ECONOMICO.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Número 147 (Julio-Diciembre 1999) Sin sumario

- «Una "ley seca" planea sobre Internet», por PAMELA SAMUELSON, pág. 9.
- «Las llamadas "Stock Options" y las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica», por ANÍBAL SÁNCHEZ ANDRÉS, pág. 21.
- «Los recargos sobre impuestos del Estado como recurso de las Comunidades Autónomas», por ANDRÉS GARCÍA MARTÍNEZ, pág. 81.
- «Algunos aspectos controvertidos sobre los Acuerdos de cooperación con las confesiones religiosas», por MARÍA MORENO ANTÓN, pág. 105.
- «Consideraciones sobre la reforma de Derecho Procesal Penal», por JAVIER SÁNCHEZ VERA, pág. 137.
- «La precariedad del Derecho Internacional en los Estados Unidos», por LLUÍS PARADELL LÓPEZ, pág. 177.
- «El servicio universal: la garantía de un suministro básico de servicios de telecomunicaciones», por GREGOR SCHNEIDER, pág. 215.
- «Ordenación del territorio. Urbanismo en las ciudades de la Unión Europea», por PAULA GOYANES LÓPEZ, pág. 237.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
DE CONCEPCION
Número 205 (Enero-Junio 1999)

- «La entidad doctrinal francesa», por CHRISTOPHE JAMIN y PHILIPPE JESTAZ, pág. 7.
- «Ley modelo de la CNUDMI sobre quiebra transfronteriza», por RICARDO SANDOVAL LÓPEZ, pág. 33.
- «Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales», por MARIO ROJAS SEPÚLVEDA, pág. 47.
- «Principios del derecho y libertad religiosas», por CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ y JAVIER SALDAÑA SERRANO, pág. 75.
- «Inquietudes procesales», por HÉCTOR OBERG YÁÑEZ, pág. 93.
- «La configuración del *periculum in mora* en el régimen cautelar chileno», por GONZALO CORTÉZ MATCOVICH, pág. 99.
- «El derecho a la privacidad y los sistemas de tratamiento de datos personales en la Ley número 19.628 de 1999», por HERNÁN CORRAL TALCIANI, pág. 115.
- «Comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 24 de mayo de 1999, sobre separación simple judicial de bienes creada en el inciso 31 del nuevo artículo 55 del Código Civil (Ley 19.335)», por WALDO OTÁROLA A., pág. 143.
- «Las nuevas normas sobre adopción», por RENÉ RAMOS PAZOS, pág. 149.

REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS
DEL URUGUAY
Tomo 86 (Número extraordinario)

- «La dimensión ética del Escribano», por JORGE P. ANDREGNETTE, pág. 19.
- «125 años después de la primera experiencia de seguridad social. Un modelo de autogestión solidaria», por LUIS CASARES, pág. 23.
- «A cien años de Notariado como carrera universitaria, la situación de nuestra Facultad», por LA COMISIÓN DE ASUNTOS UNIVERSITARIOS, pág. 41.
- «La profesión notarial: un balance al año 2000», por CRISTINA HERDT, pág. 45.

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA
ARGENTINA
Número 861 (Julio-Agosto-Septiembre 2000)

- «Análisis legislativo del concepto simultaneidad», por SUSANA VIOLETA SIERZ, pág. 73.
- «Apoderamiento general y especial: inquietantes interpretaciones jurisprudenciales», por JORGE HUGO LASCALA, pág. 79.
- «La firma electrónica», por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, pág. 91.

REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE BUENOS AIRES

Número 934 (Septiembre-Diciembre 1999)

- «El Derecho Registral y el principio de buena fe en el Proyecto de Código Civil», por FERNANDO LÓPEZ DE ZAVALÍA, pág. 563.
- «El documento electrónico», por RICARDO C. GONZÁLEZ ROCCA y otros, pág. 593.
- «Derecho Societario. Sociedades irregulares y sociedades de hecho», por NELLY LÓPEZ, pág. 617.
- «La difusión y aplicación del contrato de fideicomiso», por LILIANA L. BERNARDO y otros, pág. 637.
- «Derecho Societario. Sociedades irregulares y de hecho», por GUSTAVO C. AGUILERA y otros, pág. 675.
- «Reserva, permuta, coparticipación y posposición de rangos. Nueva visión de los negocios sobre rango hipotecario y su registración», por MARTÍN M. QUEIROLO y FERNANDO BOND, pág. 713.
- «Representación de la sociedad comercial. Posibilidad de su delegación y organización, especialmente en sede notarial», por OSVALDO SOLARI COSTA, pág. 727.
- «La publicidad registral inmobiliaria en el Proyecto de Código Civil de 1998», por LUIS O. ANDORNO, pág. 751.
- «Documentación habilitante insuficiente. Buena fe del adquirente», por HORACIO L. PELOSI, pág. 763.
- «La Ameripoteca. Apuntes para la tentativa de aproximación a su concepto», por FEDERICO ENRIQUE VIEGAS DE LIMA, pág. 777.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 1 (2000)

- «Foreword - Avant-propos», por FRANCO FERRARI, pág. 11.
- «International uniform commercial law Conventions: advantages, disadvantages, criteria for choices», por HERBERT KRONKE, pág. 13.
- «Procedural law issues and uniform law Conventions», por CHIARA GIOVANNUCCI ORLANDI, pág. 23.
- «Critical remarks on the Vienna Sales Convention's impact on jurisdiction», por MARCO DE CRISTOFARO, pág. 43.
- «The relationship between international uniform contract law Conventions», por FRANCO FERRARI, pág. 69.
- «Reservations to international uniform commercial law Conventions», por MARCO TORSSELLO, pág. 85.
- «Les Conventions internationales de droit uniforme devant les tribunaux arbitraux», por PHILIPPE KAHN, pág. 21.
- «Uniform law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts», por JÜRGEN BASEDOW, pág. 129.
- «UNIDROIT Principles and the arbitral tribunals», por FABIO BORTOLOTTI, pág. 141.

«The relationship between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the new *lex mercatoria*», por KLAUS PETER BERGER, pág. 153.

«The *lex mercatoria* and private international law», por FRIEDRICH K. JUENGER, pág. 171.

Número 2 (2000)

«The UNIDROIT Principles and Transnational Law», por MICHAEL JOACHIM BONELL, pág. 199.

«The Recovery of Cultural Objects by African States through the UNESCO and UNIDROIT Conventions and the Role of Arbitration», por FOLARIN SHYLLON, pág. 219.

«Unification and Harmonisation of Law at the Turn of the Millennium: the Lithuanian Experience», por VALENTINAS MIKELENAS, pág. 243.

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS DE COSTA RICA

Número 91 (Enero-Abril 2000)

«La independencia del juez costarricense dentro de la estructura judicial. La independencia interna: una asignatura pendiente», por FERNANDO CRUZ CASTRO, pág. 9.

«Defensoría del consumidor y protección de los derechos humanos. Organos de control administrativo informal», por JENNY PHILLIPS AGUILAR, pág. 19.

«Reforma del Estado: una vía en procura de la huida del Derecho Administrativo, particularmente en materia de contratación administrativa», por ROSA IRIS CERVANTES GAMBOA, pág. 33.

«Acceso a los recursos genéticos y el papel de los derechos de propiedad intelectual», por JORGE CABRERA MEDAGLIA, pág. 51.

«Procedimiento administrativo ante el cambio de milenio», por JORGE ENRIQUE ROMERO-PÉREZ, pág. 65.

«La función del notario: desde el ámbito del Derecho Público», por VIRGILIO F. CALVO MURILLO, pág. 89.

«El trabajo en beneficio de la comunidad a la luz del Código Penal español de 1995», por ÁLVARO A. BURGOS MATA, pág. 97.

«Abogados gobernantes de Costa Rica», por JORGE FRANCISCO SÁENZ CARBONELL, pág. 121.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 182 (Marzo 2000)

«Principio de subsidiariedad y déficit democrático, factores claves en el debate sobre atribución de competencias a la Unión Europea», por MARÍA TERESA BAREA MATEO y ENCARNACIÓN MURILLO GARCÍA, pág. 9.

- «Vulneración del contenido de una directiva en plazo de transposición: Análisis de la sentencia de 18 de diciembre de 1997, Asunto C-129/96», por MARÍA CRUZ URCELAY LECUE, pág. 25.
- «El sector vacuno en la Unión Europea, evolución y características», por VALENTÍN ALMANSA DE LARA, pág. 43.
- «La competitividad de la agricultura de la Unión Europea y el comercio internacional», por JULIÁN BRIZ ESCRIBANO e ISABEL DE FELIPE BOENTE, pág. 57.
- «Incidencia de la Normativa Comunitaria sobre el sector del vino», por CESÁREO GOICOECHEA GOICOECHEA, pág. 79.
- «Evolución de las funciones de la agricultura en el medio rural», por ANA MARÍA VÁZQUEZ LOSADA, pág. 91.
- «Incidencia de la Normativa Comunitaria sobre el aceite de oliva», por CIRÍACO VÁZQUEZ HOMBRADOS, pág. 97.

Número 183 (Abril 2000)

- «Las implicaciones constitucionales de la participación de España en el proceso de integración europeo», por AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO, pág. 9.
- «Derecho Comunitario y actividad económica de los poderes públicos (en especial los servicios públicos)», por SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, pág. 25.
- «La patentabilidad de animales, de plantas y de elementos de origen humano en la Directiva 98/44/CE, de invenciones biotecnológicas», por MONIKA HOLTMANN YDOATE e ISABEL SERIÑÁ RAMÍREZ, pág. 43.
- «El comercio electrónico y la Unión Europea», por RAQUEL FERRER RAMÍREZ, pág. 59.
- «Quince años de política europea de telecomunicaciones», por JOSÉ LUIS GÓMEZ BARROSO, pág. 67.
- «La Europa de los abogados (Comentario a la Directiva 98/5, de 12 de febrero de 1998, sobre la libertad de establecimiento de los abogados)», por ELVIRA MÉNDEZ PINEDO, pág. 75.
- «Los impuestos especiales en la Unión Europea. ¿De una finalidad recaudatoria a la de protección del medio ambiente?», por SANTIAGO ALVAREZ GARCÍA y MARÍA TERESA ALVAREZ VILLA, pág. 87.
- «La graduación de las sanciones tributarias en la jurisprudencia comunitaria», por JOSÉ ANTONIO CORDERO GARCÍA, pág. 95.

Número 184 (Mayo 2000)

- «El Régimen Jurídico-Administrativo de la Sanidad Vegetal y de las plantas genéticamente modificadas», por MARTÍN BASSOLS COMA, pág. 9.
- «Sanidad alimentaria: información al consumidor por razones sanitarias en relación a los productos alimenticios», por MARTÍN BASSOLS HEVIA-AZA, pág. 25.
- «Los derechos de los usuarios de los servicios y profesiones sanitarias en la Unión Europea», por MANUEL BEATO ESPEJO, pág. 35.

- «La libre circulación de medicamentos», por LOURDES FRAGUAS GADEA, pág. 57.
- «La aplicabilidad directa de la Directiva 65/65/CEE del Consejo, de 26 de enero de 1965, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre medicamentos», por MANUEL LOBATO GARCÍA-MUÑOZ, pág. 65.
- «Aspectos sanitarios de las políticas de la Unión Europea», por CARLOS FRANCISCO MOLINA DEL POZO, pág. 77.
- «Deontología de los quehaceres sanitarios: Códigos de buenas prácticas y *Lex Artis*», por LUIS MORELL OCAÑA, pág. 95.
- «La profesión veterinaria. Situación actual y perspectivas», por TOMÁS QUINTANA LÓPEZ y SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO, pág. 109.
- «Medicamentos y productos parafarmacéuticos», por FRANCISCA VILLALBA PÉREZ, pág. 135.

Número 185 (Junio 2000)

- «Reflexiones sobre los Derechos Humanos en la Unión Europea tras el Tratado de Amsterdam», por NATIVIDAD FERNÁNDEZ SOLA, pág. 9.
- «El cuestionado control jurisdiccional de la aplicación de las Directivas en España», por ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA, pág. 23.
- «Normas de competencia versus concentración de las telecomunicaciones en la Unión Europea», por PABLO MARTÍN URBANO, pág. 41.
- «La doctrina de la "failing company" y el Derecho europeo de concentraciones (Las concentraciones de recuperación o saneamiento económico)», por LUIS M. MIRANDA SERRANO, pág. 53.
- «Política común de transportes. Puertos y Unión Europea», por FERNANDO JOSÉ CASCALES MORENO, pág. 91.
- «La política común de transporte marítimo», por FERNANDO JOSÉ CASCALES MORENO, pág. 93.
- «La política común de transporte ferroviario», por FERNANDO JOSÉ CASCALES MORENO, pág. 97.
- «La política común de transportes por carretera: proceso histórico y situación actual», por FERNANDO JOSÉ CASCALES MORENO, pág. 103.
- «El transporte marítimo en la Unión Europea», por LUIS MIGUEL GUÉREZ ROIG, pág. 117.
- «Transporte ferroviario», por ANGEL MARTÍNEZ-CONDE IBÁÑEZ, pág. 127.