

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 Carriñanos.
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 M.^a 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.—Teléf. 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

S U M A R I O

	<i>Págs.</i>
ESTUDIOS	
«Las sociedades profesionales (Principios y bases de la regulación proyectada)», por CÁNIDO PAZ-ARES	1257
«Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios», por FRANCISCO JORDANO FRAGA	1275
«El embargo de bienes gananciales y la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado (II)», por MIGUEL VAQUER SALORT	1335
«Notas sobre el derecho de acceso a archivos y registros policiales», por FERNANDO MANZANEDO GONZÁLEZ	1420
«Consideración introductoria sobre el derecho de acceso a registros y archivos administrativos», por JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO	1435
«La moderación judicial de la cláusula penal», por FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ	1455
DICTAMENES Y NOTAS	
«El documento judicial registrable y su calificación registral en el Perú», por ALVARO DELGADO SCHEELJE	1495
«Nulidad de asientos en el Derecho registral peruano: aspectos generales», por LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA	1503
«La autonomía jurídica del menor en materia civil en Derecho francés», por JEAN FRANCIS OVERSTAKE	1519
ACTUALIDAD JURIDICA	
Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	1535
JURISPRUDENCIA	
I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1545

II. Resoluciones de la Dirección General:

A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1557
B) Resoluciones comentadas, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA y CONSTANTINO VILLAPLANA GARCÍA	1567

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:

b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE, ISABEL MORATILLA GALÁN y MARÍA DEL CARMEN CORRAL GUÓN	1617
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	1654
d) Familia, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1659
e) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1670

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Rzysmskie prawo prywatne», de WIESLAW LITEWSKI, por ELENA MARTÍNEZ BARRIOS	1685
«La posesión y los derechos reales», de ANTONIO ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, por MANUEL J. PELÁEZ	1687
«El Trust angloamericano en el Derecho español», de MIGUEL CHECA MARTÍNEZ, por MARÍA DE LOS REYES MARTÍN SÁNCHEZ	1688
«El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria», de JOSÉ MARIANO BENÍTEZ DE LUGO GUILLÉN, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1696
«El jurista aragónes Castán Tobeñas», de PATRICIO BOROBO NAVARRO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1699
«Perfecta constitucionalidad del procedimiento extrajudicial», de JOSÉ LÓPEZ LIZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1701

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	1707
---	------

ESTUDIOS

Las sociedades profesionales (Principios y bases de la regulación proyectada) (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. FENOMENOLOGIA DE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES: LA SOCIEDAD PROFESIONAL EN SENTIDO ESTRIC-TO: 1. LAS SOCIEDADES DE MEDIOS. 2. LAS SOCIEDADES DE COMUNICACIÓN DE GANANCIAS. 3. LAS SOCIEDADES DE INTERMEDIACIÓN. 4. LAS SOCIEDADES PROFESIONALES EN SENTIDO ESTRICTO.—III. EL PROBLEMA DE LA VIABILIDAD JURIDICA DE LA SOCIEDAD PROFESIONAL EN SENTIDO ESTRICTO: 1. CARÁCTER PERSONAL DE LA PRESTACIÓN DE TRABAJO INTELECTUAL. 2. LOS REQUISITOS DE LA TITULACIÓN Y COLEGIACIÓN. 3. LIBRE DETERMINACIÓN EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PROFESIONAL. 4. COHERENCIA DEL ORDENAMIENTO SOCIETARIO Y DEL ORDENAMIENTO PROFESIONAL.—IV. TIPOS SOCIALES ELEGIBLES POR LAS SOCIEDADES PROFESIONALES: 1. LA SOCIEDAD CIVIL 2. LA SOCIEDAD COLECTIVA. 3. LAS SOCIEDADES DE CAPITALES. 4. CONCLUSIONES.—V. REGIMEN JURIDICO DE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES: 1. NORMAS ENCAMINADAS A ENCAUZAR EL FENÓMENO DE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES DENTRO DEL ORDENAMIENTO PROFESIONAL. 2. NORMAS DIRIGIDAS A FACILITAR LA CONFIGURACIÓN CONTRACTUAL DE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES. 3. LA DIVISIÓN DEL TRABAJO ENTRE EL LEGISLADOR Y LA DOCTRINA EN LA ELABORACIÓN DE LAS NORMAS DE LA SOCIEDAD PROFESIONAL.—BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUCCION

La sociedad profesional no constituye un tipo legal, sino un tipo empírico, que suele revestir la forma de algunos de los tipos personalistas (señaladamente, el de la sociedad civil o de la sociedad colectiva), pero que incluso cuando se presenta bajo la indumentaria de los tipos de estructura corporativa

(*) Conferencia dictada el día 8 de junio de 1999 en el Ilustre Colegio Nacional de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Agradezco a su Decano, don Antonio Pau, y al Director del Centro de Estudios Hipotecarios, don Fernando Curiel, la amable invitación que me han cursado.

(especialmente el de la anónima y el de la limitada), aparece configurado con una fuerte impronta personalista. La razón de ello radica en las exigencias que impone el ejercicio colectivo de las profesiones liberales que, de una forma u otra, necesariamente desemboca en la formación de *comunidades de trabajo* con fuertes vínculos personales entre los socios.

El estudio de las sociedades profesionales se justifica, además, por la extraordinaria importancia que ha venido adquiriendo el sector de los servicios profesionales en la economía moderna y la creciente difusión, escala y complejidad que han ido tomando las organizaciones colectivas que operan dentro de él. Bien puede decirse que una de las señas de identidad más acusadas que presenta en nuestros días la práctica del sector es la tendencia a la «societarización» del ejercicio profesional, una tendencia que contrasta abiertamente con la escasa receptividad que ha encontrado el fenómeno en el mundo jurídico. Sorprende, en efecto, el recelo con que a menudo se contemplan las sociedades profesionales por parte de los estudiosos y de los aplicadores del derecho de sociedades (ver, a título de ejemplo, RDGRN 26-7-1995) y la escasa atención que les ha dispensado el legislador a lo largo de todos estos años de profunda transformación del sector. La situación parece estar cambiando en la actualidad, y de ello ofrece un testimonio elocuente el Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales recientemente aprobado por la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, cuya elaboración ha estado presidida por tres objetivos fundamentales: crear certidumbre sobre las relaciones jurídico-societarias que tienen lugar en el ámbito profesional; garantizar la máxima flexibilidad organizativa de las sociedades profesionales (tanto en el plano de la elección de tipos como en el plano de la configuración contractual); y asegurar la debida conexión entre las sociedades profesionales y los ordenamientos corporativos dentro de los cuales se ubica el ejercicio colectivo de la profesión.

II. FENOMENOLOGIA DE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES: LA SOCIEDAD PROFESIONAL EN SENTIDO ESTRICTO

La tarea con la que de modo más sobresaliente se enfrenta el estudioso de esta materia consiste en identificar o aislar el tipo empírico de la sociedad profesional dentro de la rica y variada fenomenología que registra la praxis del asociacionismo profesional. Será bueno por ello que, con carácter preliminar, ensayemos una clasificación de esa fenomenología.

1. La primera manifestación relevante encuentra su paradigma en las denominadas *sociedades de medios*. Bajo esta expresión nos referimos a aquellos supuestos en que varios profesionales (abogados, médicos, arquitectos, etc.) acuerdan asociarse a fin de dotarse y compartir la infraestructura nece-

saría (inmuebles, equipos, personal auxiliar, etc.) para el desempeño individual de la profesión [ofrece un buen ejemplo, al respecto, el art. 35.b) del Estatuto General de la Abogacía de 24-7-82, actualmente vigente]. La caracterización societaria de estos supuestos no plantea problemas desde la perspectiva del concepto amplio de sociedad que hemos desarrollado en el capítulo 19. La falta de ánimo de lucro —obsérvese que el fin de la sociedad no es obtener ganancias, sino regular el uso de la infraestructura y distribuir sus costes— no impide la subsunción de la figura dentro de los fenómenos societarios. En la normalidad de los casos, la sociedad de medios será una sociedad meramente interna, para cuya regulación son más que suficientes las normas generales que ofrece el Código Civil. No hay que descartar, sin embargo, que la sociedad de medios se constituya como sociedad externa cuando, por la complejidad de la organización, sea precisa una presencia constante en el tráfico externo (contratación frecuente de personal, gestión de servicios comunes, proyectos conjuntos, etc.). En la hipótesis de que la envergadura de las actividades auxiliares programadas para facilitar la actividad de los asociados exceda de los supuestos tradicionales (porque, por ejemplo, se prevé un servicio de mediación e intercambio, un servicio de gestoría, un servicio de colaboración en grandes proyectos, etc.) el instrumento más idóneo con que cuenta hoy nuestro ordenamiento es la agrupación de interés económico, prevista justamente para el desarrollo de tales fines (ver art. 3.1 LAIE) entre quienes ejerzan profesiones liberales (ver art. 4 LAIE *in fine*).

2. Al lado de las sociedades de medios encontramos las *sociedades de comunicación de ganancias*. En algunas ocasiones varios profesionales se asocian al objeto de distribuir los resultados prósperos y adversos que obtengan mediante el ejercicio individual de la profesión. En este caso nos hallamos de nuevo ante un fenómeno societario y, concretamente, ante una sociedad interna. La falta de actividad común no obsta dicha calificación, según hemos tenido ocasión de argumentar en la parte general. En la práctica es muy frecuente que este tipo de sociedad de ganancias sea a la vez una sociedad de medios (ver STS 6-10-1994). Ofrecen un buen ejemplo los llamados «despachos convenidos» entre Notarios, contemplados en el artículo 42 del Reglamento Notarial. Tampoco en este supuesto se detecta ninguna necesidad especial de regulación. Las reglas generales son más que suficientes para disciplinar el fenómeno.

3. En ocasiones se habla de una *sociedad de intermediación*, cuyo objeto consistiría en actuar como agente mediador y coordinador en el ámbito de los servicios profesionales y cuya única responsabilidad estribaría en la elección y organización de los profesionales llamados a prestarlos directamente. No obstante, ha de indicarse que esta clase de sociedad, aun cuando ciertamente es imaginable, carece de tipicidad social. No parece, en efecto, que existan en la práctica y, aunque así fuera, no serían propiamente socie-

dades profesionales, serían sociedades de mediación. En realidad, la figura de la sociedad de intermediación es un artificio constructivo ideado por la jurisprudencia registral y por un sector de la doctrina al objeto de ahormar la sociedad profesional propiamente tal a las (supuestas) exigencias del ordenamiento societario y profesional (ver RRDGRN 2-6-1986; 23-4-1993; 26-5-1995). Como no se considera jurídicamente viable la sociedad profesional *stricto sensu*, se inventa un subrogado que pueda tener cabida en el sistema. Pero como veremos enseguida, el invento ni se compadece con la voluntad de las partes que constituyen la sociedad ni —y esto es lo verdaderamente importante— resulta necesario desde el punto de vista jurídico para hacer viables las sociedades profesionales.

4. Al lado de los tipos empíricos previamente mencionados se sitúa la *sociedad profesional* en sentido estricto (así llamada para distinguirla de las restantes, que simplemente serían «sociedades de profesionales»). Lo característico de esta modalidad del asociacionismo profesional es que la sociedad se constituye como sociedad externa dotada de personalidad jurídica (en esto se diferencia de las sociedades de medios y de comunicación de ganancias), que su objeto social es la prestación de servicios profesionales en el mercado (en esto se diferencia de las sociedades de intermediación, cuyo cometido no es prestar servicios profesionales, sino mediar en este campo) y que la actividad profesional realizada por sus socios y asociados —y los derechos y obligaciones que de ella se derivan— se imputan directamente a la sociedad (y no —como sucedía en los casos anteriores— a los socios). En realidad, ésta es la verdadera sociedad profesional y la única que en rigor plantea problemas especiales que justifican su estudio separado.

III. EL PROBLEMA DE LA VIABILIDAD JURIDICA DE LA SOCIEDAD PROFESIONAL EN SENTIDO ERICTO

Una vez identificado el fenómeno de interés, la segunda tarea con que nos enfrentamos consiste en dar carta de naturaleza en nuestro ordenamiento a la sociedad profesional en sentido estricto y despejar las graves incertidumbres que han venido acumulándose en torno a la licitud o regularidad de la figura. Nuestra doctrina, según se deduce de las observaciones realizadas en el apartado anterior, ha venido admitiendo sin mayores reparos las *sociedades de profesionales* (las sociedades de medios, las sociedades de comunicación de ganancias, las sociedades de intermediación de servicios profesionales). Sin embargo, cuando ha debido enfrentarse a las *sociedades profesionales* en sentido estricto —es decir, a las sociedades externas cuyo objeto social es la prestación de servicios profesionales— la postura probablemente mayoritaria se ha manifestado en términos más bien hostiles y en la misma dirección se

han pronunciado ocasionalmente las propias instancias corporativas. Hemos de señalar, no obstante, que los argumentos sustantivos que se han urdido y esgrimido tradicionalmente en contra de la admisibilidad de las sociedades profesionales externas acusan graves deficiencias.

1. El primer argumento suele vincularse al *carácter personalísimo de la prestación del trabajo intelectual y al deber de prestación personal del trabajo* (ver RRDGRN 2-6-1986; 23-4-1993; 26-5-1995, a tenor de las cuales «el carácter estrictamente personal de la actividad profesional prohíbe que ésta pueda ser atribuida a un ente abstracto»). El *intuitus personae* —se afirma— es incompatible con el ejercicio de la actividad por parte de la sociedad. El argumento, así formulado, puede orillarse con suma facilidad. Al respecto conviene tener en cuenta, en primer lugar, que nada obsta para que el *intuitus* se predique en relación a un grupo de sujetos en lugar de en relación a una persona individual. Desde este punto de vista, la hipótesis del cliente que solicita los servicios de una sociedad es análoga al caso de cliente que imparte el mandato a varios profesionales, facultándoles para que lo desempeñen conjunta o separadamente. Ha de precisarse, en segundo término, que no existen razones de peso que excluyan la posibilidad de relaciones «fiduciarias» con organizaciones complejas (*intuitus societatis*). En este aspecto, hemos de recordar que el propio legislador admite que «los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro» de defensa jurídica puedan ser desempeñados por una compañía anónima [ver art. 76.a) LCS; ver también arts. 74, 76.g), 105 y 106 LCS]. En tercer lugar, hay que observar que la prestación de servicios por parte de la sociedad no excluye la prestación personal. Sería un formalismo grotesco creer que la sociedad presta materialmente los servicios. Los servicios son prestados por los socios profesionales. La sociedad sólo representa el punto de conexión o centro de imputación de la relación jurídica. Nada obsta, por lo demás, para que se contrate directamente con la sociedad condicionando el vínculo a la ejecución material del servicio por parte de un profesional determinado.

2. El segundo argumento tradicionalmente aducido en contra de las sociedades profesionales en sentido estricto se halla estrechamente conectado al anterior y se funda en la (supuesta) *inidoneidad de la sociedad para prestar actividad profesional por carecer de la titulación precisa y no hallarse debidamente colegiada* (ver RDGRN 26-6-1995). Sin embargo, su fuerza es más aparente que real. Para apercibirnos de ello hemos de tener en cuenta la *ratio* de los requisitos de la titulación y de la colegiación.

Mediante el establecimiento del primero trata de asegurarse una cierta calidad profesional del sujeto que presta el servicio. Pero ello no significa que esa calidad haya de predicarse del centro de imputación (persona jurídica), sino de las personas que según las reglas societarias (o, en su caso, civiles o laborales) hayan de ejecutar el encargo. Puede decirse por ello que la finali-

dad perseguida por la ley se cumple sobradamente siempre que las prestaciones profesionales que se imputan a la sociedad se desarrollen materialmente por profesionales habilitados, como siempre se ha entendido que debía ser.

Mediante el requisito de la colegiación trata de asegurarse el sometimiento de los prestadores de servicios profesionales a la disciplina deontológica y corporativa. Pero para que la sociedad como tal quede sujeta a dicha disciplina no es menester su colegiación como profesional. Basta con que se hallen colegiados quienes la integran como administradores y como socios. La condición de colegiado —y, por tanto, la condición de miembro del ordenamiento corporativo— puede transferirse a la persona jurídica cuando la reúnan los sujetos que formen su sustrato personal. La única duda es la relativa al *quantum* de sujetos colegiados preciso para la transferencia de esa condición. La normativa de algunas profesiones requiere la colegiación de todos los socios. En otros sectores, el ordenamiento es menos exigente y se conforma con que los requisitos subjetivos se reúnan por la mayoría de los socios y de los administradores. Así sucede, por ejemplo, con las sociedades de auditores (ver art. 10.1 de la Ley de Auditoría de Cuentas), y éste es el criterio que, con carácter general, parece más razonable.

En el fondo creemos que el verdadero obstáculo no estriba tanto en que la sociedad como tal carezca de la pertinente cualificación profesional y colegial, cuanto en el riesgo de que al amparo de la interposición de la sociedad en la prestación de servicios profesionales puedan eludirse ciertas exigencias del ordenamiento profesional y escaparse a la disciplina corporativa correspondiente. Nuevamente nos parece que el riesgo es más aparente que real. El hecho de que la actividad profesional haya de ser prestada por personas habilitadas para el ejercicio de la profesión es suficiente para neutralizarlo. Las normas del ordenamiento profesional, como cualesquiera otras, han de aplicarse de conformidad con su *ratio*, y si ésta exige que se «leve el velo» de la sociedad profesional, así habrá de hacerse. Cosa distinta es que la situación pueda mejorarse mediante una intervención legislativa que sujete a inscripción o colegiación a las sociedades profesionales y, de este modo, las haga destinatarios directos de la disciplina deontológica y corporativa, como más adelante proponemos.

3. El tercer argumento que cabe esgrimir contra la sociedad profesional *stricto sensu* se basa en la (supuesta) *incompatibilidad entre el régimen societario y el principio de libre determinación del profesional que presta el servicio*. Se ha dicho, en este sentido, que la prestación de un servicio profesional en el seno de una sociedad pone en peligro algunos principios básicos de todas las profesiones liberales, de los cuales se deduce que la actividad debe desempeñarse con total libertad del profesional que la realiza y bajo su personal responsabilidad. La necesidad de evitar que el profesional, que debe someterse a las decisiones del grupo, pueda encontrarse constreñido a realizar

actos que no comparte representaría, desde esta óptica, un obstáculo infranqueable para la admisión de la sociedad profesional. La objeción, no obstante, puede soslayarse sin dificultad. A tal efecto basta observar que el servicio prestado por el profesional constituye el objeto de su aportación de industria y, en su caso, de su prestación accesoria, cuyas características —y entre ellas la implícita reserva de discrecionalidad técnica que singulariza cualquier prestación profesional— no pueden ser modificadas por el grupo. Esto significa que la sociedad, si bien puede decidir los encargos que acepta y el modo de coordinar y distribuir su ejecución entre los socios, no puede imponer al socio las modalidades técnicas que debe observar en la realización del encargo que le encomienda, puesto que tal imposición altera la calidad de la aportación, y tal alteración no entra dentro de los poderes de la sociedad.

4. En atención a las consideraciones anteriores, cabe concluir afirmando la perfecta *coherencia de la sociedad profesional con los principios básicos del ordenamiento societario y del ordenamiento profesional*, y así lo tiene ocasionalmente declarado la jurisprudencia (ver STS, Sala 4.^a, 31-1-1190; SSTS 15-7-1994; 3-10-1995). Esta conclusión se confirma, además, volviendo la mirada al viejo artículo 1.678 del Código Civil, que contempla como prototipo de la sociedad civil la que tenga por objeto «el ejercicio de una profesión o arte», y examinando las decisiones legislativas adoptadas por el legislador en la época más reciente, de las cuales se infiere, con escaso margen para la vacilación, la plena legitimidad de la sociedad profesional *stricto sensu*. Pueden citarse el artículo 10 de la Ley de Auditoría de Cuentas, el Decreto 1005/74, de 4 de abril (sociedades consultoras y de ingeniería industrial), o el artículo 75.b) de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

IV. TIPOS SOCIALES ELEGIBLES POR LAS SOCIEDADES PROFESIONALES

Despejadas las dudas sobre la compatibilidad entre ejercicios profesionales y sociedades externas o personificadas y, en definitiva, establecida la plena legitimidad de las sociedades profesionales en sentido estricto, la siguiente tarea con que nos enfrentamos consiste en examinar la tipología que pueden emplear.

1. Las estructuras a primera vista más idóneas para el ejercicio en común de una actividad profesional las encontramos en las sociedades de personas. La razón se comprende sin esfuerzo si tenemos en cuenta que éstas están concebidas primordialmente como sociedades de trabajo y no como sociedades de capitales. Dentro de las sociedades personalistas, el tipo natural de la sociedad profesional es, sin duda alguna, la *sociedad civil*, y ello no

tanto por encontrarse mencionada, a título de ejemplo, en el artículo 1.678 del Código Civil, cuanto por no tener fácil encaje la actividad profesional dentro de la materia mercantil. No es de extrañar, por ello, que la generalidad de los tratadistas ubiquen el fenómeno asociativo profesional en el marco de la sociedad civil. Ahora bien, el hecho de que afirmemos que la sociedad civil sea el *tipo natural* de la sociedad profesional no quiere decir que haya de ser el *tipo necesario*, como sostiene un amplio sector de la doctrina civilista, cuyo criterio ha encontrado respaldo en la normativa interna de algún Colegio Profesional. En nuestra opinión, este planteamiento resulta de todo punto inadmisibile, y ello porque sobrepasar por alto algunos preceptos positivos a los que muy pronto haremos referencia, desconoce la *neutralidad funcional del derecho de sociedades*. Las distintas formas sociales no tienen un valor en sí mismas, sino que constituyen meros instrumentos técnicos para la realización de los fines legítimos de las partes. La única razón que puede esgrimirse para impedir el recurso a un tipo especial es el de su incongruencia organizativa con las exigencias especiales de la actividad profesional, y esto es algo que —según veremos inmediatamente— no resulta fácil de sostener.

2. Desde luego no parece que desde ese punto de vista puedan oponerse reparos a la adopción del tipo de la *sociedad colectiva*. En su condición de arquetipo de sociedad personalista se presenta como una figura fácilmente adaptable al ejercicio colectivo de la profesión. La congruencia de su organización y régimen jurídico con las exigencias «personales» de la actividad profesional se refleja en muchos puntos: razón social de composición subjetiva (art. 126 del Código de Comercio); intransmisibilidad de las cuotas (art. 143 del Código de Comercio); llamamiento a todos los socios para ejercer la administración (art. 129 del Código de Comercio); disolución por muerte, incapacitación, concurso o quiebra de cualquiera de los socios (art. 222 del Código de Comercio); responsabilidad personal e ilimitada de todos los socios (art. 127 del Código de Comercio), etc. Todas estas reglas reflejan lo que tradicionalmente se ha venido considerando como las expectativas normativas típicas de quienes forman una sociedad profesional, que se imaginan estrechamente vinculadas a la infungibilidad y al carácter activo de la posición de socio. La objeción que, no obstante, se opone por un autorizado sector de la doctrina a la viabilidad del ejercicio profesional por medio de esta clase de sociedades mercantiles (sometidas a las disposiciones del Código de Comercio) se hace descansar sobre la imposibilidad o dificultad de equiparar, de conformidad con las concepciones sociales imperantes, las actividades realizadas por profesionales liberales y las actividades comerciales e industriales propias del sector mercantil (ver RDGRN 1-8-1922). Se trata, sin embargo, de un reparo que no acierta a comprenderse, puesto que la naturaleza no mercantil de la actividad profesional en modo alguno representa un obstáculo para acogerse a un tipo societario mercantil, según con toda eviden-

cia se desprende del artículo 1.670 del Código Civil, que consagra la apertura de las formas mercantiles para las actividades civiles («Las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio»).

3. Los problemas más espinosos se suscitan con las *sociedades de capitales* —sociedad anónima y sociedad limitada— que, ciertamente, presentan algunos obstáculos o dificultades de compatibilización, aunque hemos de indicar que también aquí los problemas son más aparentes que reales. La cuestión adquiere particular relevancia, dada la generalización de las sociedades de capital en el tráfico de nuestros días y el especial interés que muestran muchos grupos profesionales (simples o sofisticados) por acogerse a estas modalidades societarias. Para plantear adecuadamente la discusión hay que deslindar dos cuestiones que poco tienen que ver entre sí: la cuestión de la flexibilidad organizativa y la cuestión de la compatibilidad con las exigencias deontológicas.

Bajo el primer punto de vista, es cierto que el tipo de la sociedad anónima y, en menor medida, el de la sociedad limitada, presentan rigideces en su disciplina positiva que pueden dificultar su adopción por las sociedades profesionales usuales. En particular, el régimen de transmisión de acciones (no el de participaciones, que pueden declararse intransmisibles); el régimen de separación y exclusión de socios (que, sobre todo en la anónima, tropieza con obstáculos de articulación estatutaria); el régimen del derecho de suscripción preferente (que no puede suprimirse más que a través del procedimiento de exclusión); el régimen de participación de los socios en los beneficios (que no puede confiarse a la junta general al objeto de que, en cada ejercicio, decida el reparto con base en criterios de productividad); y el régimen del cálculo de la cuota de liquidación del socio saliente (que encuentra dificultades para alejarse del principio del valor real) representan obstáculos notables para un correcto acoplamiento de la estructura societaria y las necesidades de los grupos profesionales, que en estas materias requieren reglas muy similares a las que rigen en las sociedades de personas. Pero con ser ello cierto, no lo es menos que tales obstáculos no pueden invocarse para impedir a las partes que, si a pesar de todo lo estiman oportuno, se acojan a cualquiera de esos tipos. El artículo 1.670 del Código Civil se lo permite sin paliativos, y no hay razón para buscar en ese oscuro límite de los principios configuradores del tipo nuevas barreras a la autonomía privada. La decisión ha de quedar en manos de las partes.

La cuestión se plantea en términos diversos desde el punto de vista de las exigencias deontológicas. Contra el empleo de los tipos capitalistas suelen utilizarse, en este campo, además de los argumentos generales que ya han sido combatidos en el apartado anterior, ciertos argumentos particulares. Los más importantes son los dos siguientes. El primero hace referencia a las

dificultades de control corporativo que puede tener la actividad profesional de una sociedad cuya base subjetiva pueda cambiar de manera opaca. El reparo afecta, sobre todo, a la sociedad anónima que emita acciones al portador. No parece, sin embargo, que el argumento tenga mucho peso, pues el control corporativo versará sobre el profesional que actúe. En todo caso, el problema es más aparente que real, puesto que el régimen legal impide de hecho la existencia de «socios anónimos». Para apercibirnos de ello, hay que tener en cuenta que el vínculo del socio profesional con la sociedad necesariamente ha de construirse a través de acciones que lleven aparejadas prestaciones accesorias de contenido profesional, y esta circunstancia asegura —por imperativo del art. 52.1 de la Ley de Sociedades Anónimas— la nominatividad de las acciones, la identificación de los accionistas y la publicidad corporativa de los cambios de socios.

El segundo argumento que puede esgrimirse contra el recurso a los tipos de las sociedades de capitales —y, sin duda alguna, el más poderoso— se funda en la responsabilidad limitada de los socios, que desvirtuaría el principio de responsabilidad personal connatural al ejercicio de las profesiones liberales. El argumento, sin embargo, se revela escasamente consistente, puesto que la limitación de responsabilidad societaria de los socios no excluye la responsabilidad personal que como actuantes contraen frente al cliente. De *lege lata*, ésta es una conclusión que se extrae de los principios generales que informan la actividad profesional y que es ampliamente reconocida por la doctrina y la jurisprudencia e incluso por la propia legislación. Aludimos, en particular, al artículo 11.1 de la Ley de Auditoría de Cuentas que, en relación a las sociedades de auditores, ha dispuesto que, en todo caso y con independencia del tipo social elegido por las deudas profesionales responden, además de la sociedad, los socios profesionales. El precepto ha sido demasiado lejos, sin embargo, puesto que extiende la responsabilidad a aquellos socios profesionales que no han actuado, lo cual no tiene fácil justificación.

4. De las observaciones anteriores se desprende la conclusión de que en nuestro ordenamiento las sociedades profesionales podrán constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias generales previstas en las leyes civiles y mercantiles. Este criterio sustantivo aparece reconocido expresamente en la única regulación legal de sociedades profesionales existente en la actualidad (ver art. 11 LAC) y también parece ir consolidándose en la experiencia de nuestras propias organizaciones corporativas, que paulatinamente han ido liberalizando sus criterios más tradicionales. En este sentido, es de destacar el artículo 28 del Proyecto del Estatuto General de la Abogacía, actualmente en discusión, a cuyo tenor «los abogados podrán ejercer la abogacía colectivamente mediante su agrupación bajo cualquiera de las formas lícitas en Derecho, incluidas las sociedades mercantiles». Es, además, la única solución que congenia con las exigencias de la política de la competencia, que

aboga —según leemos en el *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones liberales* emitido por el Tribunal de Defensa de la Competencia en 1996— por la «liberalización de la estructura del negocio». Y más aún, con el principio constitucional de libertad de empresa, bajo cuya perspectiva son altamente discutibles las restricciones corporativas que impiden el uso de ciertos tipos sociales y, singularmente, de los capitalistas (ver STS 3-10-1995 y STC 5/96, de 16 de enero).

V. REGIMEN JURIDICO DE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES

Como es natural, las sociedades profesionales se rigen por las normas legales de la forma social a la que se hayan acogido las partes y por las normas contractuales que hayan tenido a bien establecer. No obstante, la dedicación al ejercicio profesional introduce una cualificación de alto relieve en el tipo societario seleccionado, y esta circunstancia aconseja especializar la normativa general que en cada caso corresponda a través de una serie de reglas especiales que sirvan, de una parte, para *encauzar* el fenómeno de las sociedades profesionales de conformidad con las exigencias de sus ordenamientos deontológicos y, de otra, para *facilitar* su desarrollo mediante la adaptación y liberalización de ciertos imperativos del ordenamiento societario que en la actualidad constriñen injustificadamente los poderes de la autonomía privada.

1. Entre las normas encaminadas a encauzar el fenómeno de las sociedades profesionales, de conformidad con las exigencias de sus ordenamientos deontológicos y corporativos, han de destacarse las relativas a *la exclusividad del objeto* (con el fin de evitar el riesgo de «comercialización» de la actividad profesional, parece oportuno limitar el objeto de las sociedades profesionales al ejercicio de actividades de esta índole, y ello sin perjuicio de que las actividades seleccionadas puedan corresponder a distintas profesiones cuyo ejercicio conjunto no resulte incompatible); a *la composición subjetiva de la sociedad* (la mayoría del capital y de los derechos de voto de la sociedad profesional debe estar en manos de personas habilitadas para el ejercicio de la profesión programada en el objeto social; de la misma manera ha de asegurarse que el órgano de administración se halla siempre bajo el control de socios profesionales, todo ello al objeto de minimizar el riesgo de que la estrategia de la sociedad sea definida por personas no calificadas para el ejercicio de la profesión); a *la colegiación de las sociedades profesionales* (para garantizar la debida integración de la sociedad profesional en el orden corporativo resulta conveniente, asimismo, establecer en los Colegios Profesionales un Registro de Sociedades Profesionales, en lo que deberán inscribirse éstas antes de dar comienzo a su actividad); a *la discrecionalidad técnica*

en el cumplimiento de las aportaciones profesionales (resulta oportuno, asimismo, llamar la atención sobre la necesidad de que las aportaciones de industria o las prestaciones accesorias de contenido profesional sean ejecutadas por parte de los socios de conformidad con las normas y principios deontológicos propios de la profesión de que se trate y, singularmente, con el de independencia); y a *la responsabilidad personal de los socios* (sin perjuicio de la responsabilidad limitada o ilimitada que pese sobre los socios como consecuencia de la adopción por parte de la sociedad profesional de uno u otro tipo societario, los altos intereses que están en juego aconsejan reforzar el rigor de la actuación profesional, consagrando a cargo del socio o profesional que haya actuado una responsabilidad directa frente al cliente por la infracción de sus obligaciones profesionales).

2. Pero la especialización del régimen de las sociedades profesionales debe dirigirse también a facilitar la adaptación de los tipos societarios generales a las necesidades específicas que plantea el ejercicio en común de las profesiones liberales, y a tal fin parece indicado introducir una mayor flexibilidad en la disciplina legal, especialmente en la relativa a los tipos de la sociedad anónima y limitada, que son los que más angosturas y rigideces presentan de cara a su empleo eficiente en el ámbito profesional. Las reglas que bajo esta perspectiva parecen más significativas son las relativas a *la distribución de beneficios* (con el propósito de facilitar la vinculación entre retribución y productividad, debe autorizarse expresamente la posibilidad de confiar a la junta general de la sociedad profesional la posibilidad de determinar en cada ejercicio la participación en beneficios que corresponde a cada socio, todo ello sin perjuicio de adoptar las cautelas oportunas para conjurar el riesgo de abuso por parte de la mayoría); a *la facilitación de la salida de los socios* (también con independencia del tipo social adoptado por la sociedad profesional, resulta indispensable reconocer al socio profesional un derecho de separación *ad nutum* en las sociedades de duración indefinida o *ad causam* en las sociedades concertadas por tiempo determinado y arbitrar un mecanismo que haga posible excluir por justos motivos a aquellos socios en los que concurren circunstancias que hagan inexigibles a los demás permanecer en sociedad con él; la iliquidez congénita de las participaciones en esta clase de sociedades, la carga personal que supone la aportación de los servicios profesionales y la comunidad de trabajo sobre la que se asientan toda sociedad profesional así lo demandan); a *la libertad de valoración de la cuota de liquidación del socio saliente* (con el fin de preservar la estabilidad de la sociedad y de facilitar otros objetivos contractuales, deben removerse los obstáculos actualmente existentes, sobre todo en las sociedades de capitales, para que las partes convengan que el cálculo de la cuota de liquidación del socio saliente se aparte del principio del «valor real»); a *la intransmisibilidad de las participaciones* (la naturaleza idiosincrática de las sociedades profesio-

nales determina la intransmisibilidad de las participaciones de sus socios profesionales, por lo cual debe reconocerse la posibilidad de que también en la sociedad anónima pueda establecerse la correspondiente cláusula de intransmisibilidad de las acciones; la protección del socio contra el peligro de cautiverio debe arbitrarse mediante el reconocimiento general de un derecho de separación, en los términos anteriormente expuestos; a *la supresión estatutaria del derecho de suscripción preferente* (la articulación de un sistema de promoción que permita estructurar un plan de carrera para los profesionales que ingresan en una firma profesional exige desregular el derecho de suscripción preferente en las sociedades anónima y limitada; de lo que se trata básicamente es de reconocer la posibilidad de que los estatutos excluyan dicho derecho en todas aquellas ampliaciones de capital hechas con fines promocionales y de que esa exclusión no se acompañe de la obligación de emitir las nuevas acciones o participaciones por su valor real); y, en fin, a *la objetivación de la denominación social* (con el propósito de preservar los intangibles asociados a la firma, parece conveniente liberalizar las reglas que gobiernan esta materia en la sociedad colectiva reconociendo la validez de las denominaciones objetivas y excluyendo la responsabilidad por las deudas sociales de quien, habiendo dejado de ser socio colectivo, ha permitido que su nombre siga incluido en la razón social).

3. El establecimiento de algunas de las reglas especiales que hemos venido enumerando necesitará irremediablemente de la aprobación de una norma legal expresa (y en esa línea se orienta el Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales recientemente aprobado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación). Muchas otras, sin embargo, podrán ser elaboradas por el jurista en los intersticios del ordenamiento, bien como derivación de los principios generales que gobiernan las profesiones liberales (es el caso, por ejemplo, de las reglas relativas a la discrecionalidad técnica del profesional o a su responsabilidad personal frente al cliente por infracción de los deberes de cuidado), bien acudiendo al mecanismo de la analogía (así sucede, por ejemplo, con las normas sobre la composición subjetiva de la sociedad profesional, que pueden generalizarse a partir de la regulación contenida en el art. 10 de la Ley de Auditoría), o bien apurando hasta sus últimas consecuencias en el ámbito del derecho de las sociedades de capitales las doctrinas generales del derecho de las obligaciones. Bajo esta última perspectiva, no será difícil, por ejemplo, vencer los obstáculos que se interponen a la admisión de las cláusulas de liquidación por debajo del valor real en las sociedades de responsabilidad limitada. Los argumentos que pueden emplearse al efecto son similares a los esgrimidos por la doctrina en relación a las sociedades colectivas y pueden encontrar asidero positivo en diversos preceptos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (ver arts. 29.2, 85, 119, etc.). No obstante, en este momento nos gustaría detener

la atención sobre la que tal vez es la pieza más importante para un adecuado funcionamiento de las sociedades profesionales. Nos referimos al reconocimiento de una cláusula general de separación y de exclusión aplicable a todos los tipos, incluidos la sociedad limitada y la sociedad anónima. La razón de la generalización de esta disciplina originaria de las sociedades de personas al resto de los tipos sociales se justifica, en última instancia, por la naturaleza personal de cualquier sociedad profesional y por la iliquidez de las participaciones que le es connatural.

Como sabemos, la regla atribuye al socio un derecho de separación *ad nutum* en el caso de que la sociedad se haya concertado por tiempo indeterminado y un derecho de separación *ad causam* (o por «justos motivos») en el caso de que la sociedad se haya constituido por tiempo determinado. En uno y otro caso el derecho de separación se nos presenta como el cauce o mecanismo institucional típico de que dispone el socio para salir de la sociedad profesional y, en este aspecto, representa la alternativa al derecho de denuncia —y consiguiente disolución— característico del derecho de las sociedades de personas (ver arts. 1.705 y 1.706 del Código Civil y 224 del Código de Comercio) y a la transmisión de las participaciones, propia del derecho de las sociedades de capital (arts. 63 LSA y 29 LSRL). Tal vez pudiera, a primera vista, parecer que un derecho de separación concebido en términos tan generosos no encaja bien con la lógica del derecho de sociedades y, sobre todo, que constituye una pieza extraña dentro del sistema de las sociedades de capital. Nada estaría, sin embargo, más lejos de la verdad. En nuestra opinión, la innovación que introduce la regla en el ordenamiento jurídico es más aparente que real. De hecho, aplicando los principios del derecho actualmente vigente, forzosamente tendríamos que llegar a conclusiones similares. La razón de ello se compromete fácilmente a partir del *principio de temporalidad de las relaciones obligatorias*, que rige en nuestro ordenamiento como principio de orden público. El sistema jurídico proscribía las obligaciones perpetuas o excesivamente prolongadas por considerar que representan una hipoteca insoportable para la libertad humana, y justamente en atención a esta circunstancia —que en última instancia echa su raíz en el principio de dignidad de la persona humana (art. 10 CE)—, estima rescindibles o resolubles *ad nutum* todos los contratos de duración indefinida. Ya hemos dicho que en el derecho de las sociedades de personas el derecho de resolver unilateralmente la relación se traduce en un derecho a promover la disolución, que no puede ser eliminado, aunque sí sustituido por un derecho de separación *a voluntate* que garantice de un modo equivalente la libertad de salida del socio. La razón de que no pueda ser eliminado estriba en la responsabilidad ilimitada de los socios. Si las partes estuvieran obligadas a permanecer en la sociedad y a responder por las deudas sociales indefinidamente se estarían infringiendo esos valores de máximo rango que están en la base del

principio de temporalidad de las relaciones obligatorias. En las sociedades de capitales, en cambio, el derecho de separación puede faltar —y normalmente falta— sin que ello suponga un atentado contra el principio de temporalidad de las relaciones obligatorias. El motivo no está tanto en la transmisibilidad de las participaciones —de ser así, habría que predicar la existencia de un derecho de separación *ad nutum* en aquellos casos en que no haya mercado para las participaciones (lo cual, dicho sea de paso, ocurre en la mayoría de los casos)—, cuanto en el hecho de que la subsistencia o prolongación indefinida del vínculo no constituye ninguna «hipoteca insoportable» de la libertad del socio, puesto que éste no está sujeto a responsabilidad ilimitada ni normalmente pesa sobre él ninguna obligación personal permanente que menoscabe su libertad. Ahora bien, en el caso de las sociedades profesionales que venimos examinando concurren circunstancias especiales que alteran los presupuestos del análisis. No nos referimos tanto al hecho de que las participaciones sean intransmisibles, cuanto a la existencia de prestaciones accesorias muy gravosas —obligaciones de prestar la actividad profesional personal en régimen de exclusiva— vinculadas a la condición de socio. La presencia de tales circunstancias hacen ineludible el reconocimiento de un derecho de separación *ad nutum* que permita al socio liberarse del vínculo personal. De lo contrario, se vulnerarían aquellos principios de orden público que, según veíamos más arriba, el ordenamiento quiere preservar a través de la regla de temporalidad de las relaciones obligatorias.

La segunda parte de la regla se refiere a la exclusión de socios. En nuestra opinión, asimismo ha de reconocerse, con carácter general y para cualquier tipo de sociedad, la posibilidad de excluir al socio por justos motivos, incluyendo entre ellos no sólo el incumplimiento imputable (infracción de obligaciones sociales, perturbación del funcionamiento de la sociedad), sino otras circunstancias que hacen inexigible para los demás la continuación con él en la sociedad (incapacidad, inhabilitación, embargo, etc.). El mecanismo de la exclusión es conocido en el derecho de sociedades de personas (ver arts. 218 del Código de Comercio y 1.706 I del Código Civil *in fine*), tiene amplias posibilidades de configuración en el derecho de la sociedad limitada (ver art. 98 LSRL) y no resulta absolutamente desconocido en el derecho de la sociedad anónima, donde al menos se contempla un caso de exclusión (ver art. 45.1 LSA). La doctrina, no obstante, ha tratado de contener la posibilidad de generalización de esta institución en las sociedades de capitales, so pretexto de su contradicción con los principios configuradores de los tipos sociales. Frente a este punto de vista han de oponerse, sin embargo, las exigencias del deber de fidelidad y la integración del contrato de sociedad profesional de conformidad con las exigencias de la buena fe (art. 1.258 del Código Civil), que conducen no sólo a habilitar a la autonomía privada para el establecimiento de una cláusula general de exclusión por justos motivos, sino también a reconocer dicha cláusula como parte

no escrita del ordenamiento vigente. La especial incidencia que pueden tener los comportamientos y las circunstancias de unos socios sobre los demás (no se olvide que en las sociedades profesionales los socios no son inversores pasivos, sino colaboradores activos) determina, en efecto, la necesidad de admitir la posibilidad de que el conjunto de los socios puedan forzar la salida de la sociedad de aquel consorcio que ponga en peligro la consecución del fin común. De la misma manera que cualquier ruptura grave del equilibrio sinalagmático autoriza el recurso a la resolución de los contratos de cambio, aun cuando tenga una causa distinta del incumplimiento previsto en el artículo 1.224 del Código Civil, cualquier quiebra del equilibrio comunitario debe permitir la exclusión del socio de la sociedad, aunque el supuesto no esté expresamente contemplado en la norma legal.

CÁNDIDO PAZ-ARES

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

BIBLIOGRAFIA

- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Las agrupaciones societarias y no societarias de profesionales liberales», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor doctor J. L. Lacruz Berdejo*, I, Barcelona, 1992, pág. 11 y sigs.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J.; JAIMEZ, M. C., y OLARTE ENCABO, S., *Las formas societarias del despacho colectivo de abogados*, Granada, 1992.
- APARICIO CARRILLO, E. J., «Conceptos jurídicos y procedimientos económicos administrativos de algunas "empresas atípicas" como formas en grupo de profesionales liberales», en MORENO QUESADA, B.; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., y PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ (eds.), *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pág. 283 y sigs.
- CADARSO PALAU, J., «La sociedad profesional en arquitectos», en MORENO QUESADA, B.; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., y PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ (eds.), *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pág. 385 y sigs.
- CAMPINS VARGAS, A., *Las sociedades profesionales*. Tesis doctoral UAM, Madrid, 1998, de próxima publicación.
- CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1.678 del Código Civil», en ALBADALEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XXI, vol. I, Madrid, 1986, pág. 153 y sigs.; ÍDEM, «Sociedades de profesionales liberales», en MORENO QUESADA, B.; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., y PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ (eds.), *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pág. 209 y sigs.
- CERDA OLMEDO, M., «Sociedad civil entre farmacéuticos de oficina: análisis de la Sentencia del TS de 1 de febrero de 1994, en relación con el Derecho sanitario del Estado», en *ADC*, 1997, pág. 697 y sigs.

- DE ANGULO RODRÍGUEZ, L., «Los despachos colectivos de abogados y las normas colegiales», en MORENO QUESADA, B.; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., y PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ (eds.), *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pág. 313 y sigs.
- DE BÁRBARA LLAURADÓ, R., «Delimitación del objeto en las sociedades profesionales», en *HPE*, 15 (1972), pág. 89 y sigs.
- DELGADO GONZÁLEZ, A. F., «Las sociedades profesionales», en *ASN*, 1995, pág. 351 y sigs.; ÍDEM, *Las sociedades profesionales*, Madrid, 1997.
- DICTAMEN Y ASESORÍA, «Relaciones jurídicas entre profesionales en el seno de organizaciones conjuntas; el caso de los bufetes de abogados», en *Revista de Trabajo* (92), 1988, pág. 177 y sigs.
- FERNÁNDEZ COSTALES, J., «Las sociedades de médicos», en MORENO QUESADA, B.; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., y PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ (eds.), *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pág. 357 y sigs.
- FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., «La responsabilidad de la sociedad de auditoría en el ordenamiento jurídico español», en *Actualidad Financiera* (32), 1993.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El nuevo Registro Mercantil: sujeto y función mercantil registral. Crítica general sobre su ámbito institucional*, Madrid, 1990, pág. 145 y sigs.
- FOLGERA CRESPO, J., «Sociedades profesionales de economistas», en *Economistas*, 1986/1987, pág. 177 y sigs.
- GALLEGO MORALES, A. J., *Los intereses profesionales y las fórmulas organizativas*, Granada, 1997.
- GARCÍA PÉREZ, *El ejercicio en sociedad de profesiones liberales*, Barcelona, 1997.
- GARRIDO DE PALMA, V. M., «La sociedad de responsabilidad limitada familiar y de profesionales», en GARRIDO DE PALMA (dir.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, t. I, Madrid, 1996, pág. 166 y sigs.
- GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, t. I, Madrid, 1976.
- MEZQUITA DEL CACHO, J. L., «Sociedades de profesionales liberales», en *ASN*, t. VII, 1993, pág. 339 y sigs.
- MORENO LUQUE, C., *Sociedades profesionales liberales*, Barcelona, 1994.
- MORENO TRUJILLO, E., «La intencionalidad como elemento configurador en las agrupaciones de profesionales», en MORENO QUESADA, B.; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., y PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ (eds.), *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pág. 299 y sigs.
- OLARTE ENCABO, S., «Algunas reflexiones sobre la inscripción registral de sociedades mercantiles de profesiones liberales. A propósito de la Resolución de 23 de abril de 1993 de la Dirección General de los Registros y el Notariado», en *Actualidad y Derecho* (43), 1993, pág. 1 y sigs.
- OLAVARRÍA, J., «Las sociedades profesionales: *intuitus personae*, libertad de empresa y cambio en la doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado», en MORENO QUESADA, B.; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., y PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ (eds.), *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pág. 261 y sigs.
- PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1.678 del Código Civil», en PAZ-ARES, C.; DÍEZ PICAZO, L.; BERCOVITZ, R., y SALVADOR, P. (coords.), *Comentario del Código Civil*, t. II, 2.ª ed., Madrid, 1993, pág. 1403 y sigs.

- PERULES BASSAS, J. J., «La constitución de sociedades profesionales y la fiscalidad», en *HPE* (15), 1972, pág. 73 y sigs.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad de los profesionales liberales en el ejercicio en grupo», en MORENO QUESADA, B.; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., y PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ (eds.), *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pág. 463 y sigs.

Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesorio en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios (1)

SUMARIO: 1. LA LEY DE CIRCULACION PROPIA DEL CREDITO.—2. FALSAS Y VERDADERAS CONSECUENCIAS DE LA ACCESORIEDAD DE LA GARANTIA HIPOTECARIA AL CREDITO CEDIDO/TRANSMITIDO. LA ACCESORIEDAD DE LA GARANTIA REAL NO IMPLICA MENOS CABO DE LA APLICACION, EN CUANTO A ELLA, DE SU PROPIA LEY DE TRAFICO.—3. EL SIGNIFICADO DE LA ESCRITURA PUBLICA: FORMA DEL CONTRATO DE CESION EN CUANTO AL CREDITO CEDIDO Y EN CUANTO A LA HIPOTECA ACCESORIA.—4. EL VALOR DE LA INSCRIPCION REGISTRAL DE LA CESION EN CUANTO A LA TRANSMISION DEL CREDITO CEDIDO Y DE LA HIPOTECA ACCESORIA.—5. LA NOTIFICACION DE LA CESION AL DEUDOR CEDIDO Y EL CONOCIMIENTO POR ESTE DE LA CESION: 5.1. PRINCIPIOS GENERALES. 5.2. EN PARTICULAR, DEUDOR CEDIDO NO NOTIFICADO PERO DE MALA FE Y DEUDOR NOTIFICADO PERO DE NOTIFICACION NO REFLEJADA EN EL REGISTRO. 5.3. RECAPITULACION. 5.4. LOS CASOS EN QUE ESTÁ DISPENSADA LA NOTIFICACION AL DEUDOR CEDIDO. 6. CESION DE CREDITOS HIPOTECARIOS GARANTIZADOS CON HIPOTECA LEGAL.

1. LA LEY DE CIRCULACION PROPIA DEL CREDITO

La cesión/transmisión *inter vivos* del crédito se produce en virtud de contrato transmisivo —con causa onerosa o gratuita— del que son partes el cedente/transmitente (acreedor originario) y el cesionario (el nuevo acreedor: adquirente del crédito cedido).

(1) El presente trabajo forma parte de otro más amplio dedicado al régimen de constitución de la hipoteca en el Derecho español vigente.

Entre las partes del contrato de cesión (cedente y cesionario) el efecto transmisivo de la titularidad del crédito se produce por su simple acuerdo contractual. Dicho efecto, por tanto, no se supedita a la *traditio*/modo —la «entrega» del crédito cedido—, circunscribiéndose la Ley de circulación de título y modo a la transmisión contractual de los *derechos reales* poseíbles, no aplicándose, en cambio, a los *derechos personales de crédito*, aún poseíbles (2).

La indicada ley de tráfico puramente consensualista conduce, consecuentemente, a que la transmisión del crédito cedido (del cedente al cesionario) se produce, normalmente, como efecto directo, inmediato del contrato de cesión. Todo ello, insisto, *inter partes* del contrato de cesión, y sin perjuicio de que la eficacia/oponibilidad frente a los terceros de la cesión/transmisión del crédito, así operada *inter partes*, se supedita a la concurrencia de otros requisitos añadidos: frente al *deudor cedido*, al conocimiento, por su parte, de la cesión producida (arts. 1.527 y 1.198 del Código Civil) —pero el *conocimiento* es cosa distinta de la *aprobación*: el deudor cedido es también tercero, ajeno al contrato de cesión y *no* parte en él—; frente a los *demás terceros*, a la fehaciencia de la fecha del contrato de cesión, o a la publicidad registral inmobiliaria de la transmisión operada en su virtud (art. 1.526 del Código Civil).

Cierto que en algunos casos (más bien raros) el contrato de cesión no producirá de forma inmediata —por su sola conclusión— el efecto transmisivo del crédito cedido (3): cesión de crédito futuro —la transmisión está aquí supeditada a que el crédito futuro, objeto de la cesión, llegue efectivamente a existir—; cesión de crédito ajeno —aquí la transmisión depende de la previa adquisición del crédito ajeno, objeto de la cesión, por el cedente—; o cesión hecha, en cuanto al efecto transmisivo, bajo condición suspensiva o sujeta a término inicial —en cuyo caso, la transmisión depende de que la condición suspensiva se llegue a cumplir o de que el plazo inicial venza.

Pero si bien en todos estos casos el efecto transmisivo del crédito cedido se *diffiere* a un momento posterior a la conclusión del contrato de cesión o se *condiciona* a un evento futuro (posterior a la conclusión de ese contrato) e incierto, y *no* es, en ellos, por tanto, de cualquiera de las dos formas, un efecto inmediato del contrato de cesión, *tampoco* en estos casos dicho efecto

(2) Esta es, también, la opinión de la doctrina prevalente y más autorizada; vid., GAVIDIA, *La cesión de créditos*, Valencia, 1993, pág. 198 y sigs.; PANTALEÓN, «Cesión de créditos», en *ADC*, 1988, pág. 1033 y sigs., y allí, pág. 1059 y sigs.; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1996 (5.^a ed.), pág. 816, núm. 21; SANCHO, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, II, 1, Barcelona, 1994 (3.^a ed.), pág. 220, núm. 133; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, 1, Barcelona, 1983 (7.^a ed.), pág. 320 y nota 1.

(3) Vid., estos casos en GAVIDIA, *op. cit.*, pág. 207.

depende de la *traditio*/«entrega» del crédito cedido —lo que, naturalmente, en cambio, sí sucederá y sólo sucederá, cuando la autonomía de la voluntad de las partes del contrato de cesión haya condicionado la producción del efecto transmisivo, específicamente, a tal evento. Pero, entonces, no nos hallamos ante un efecto normal de la ley de tráfico del crédito, sino ante un efecto peculiar producto del correspondiente pacto modificativo *ad hoc*.

La «entrega» del crédito cedido (por el cedente al cesionario) es, ciertamente, una obligación del cedente (respecto del cesionario), pero el cumplimiento de esa obligación *no* es requisito legal para que se produzca el efecto transmisivo del crédito *inter partes* de contrato de cesión (4). De forma similar, en el sistema consensualista de transmisión del dominio y los demás derechos reales, la entrega de la cosa vendida (ya del comprador, ajena al vendedor, desde la perfección consensual del contrato de compraventa) sigue siendo obligación del vendedor, pero cuyo rendimiento no es requisito de la —ya producida— transmisión contractual del derecho real de que se trate (por ejemplo, del dominio).

Precisamente por lo que se acaba de decir, el artículo 1.464 del Código Civil *no* es argumento (legal) en favor de la exigencia de la *traditio*/«entrega» del crédito en orden a producir por vía contractual el efecto transmisivo de la titularidad del crédito.

Pues el artículo 1.464 del Código Civil se limita a regular las formas de «entrega» que son aplicables al crédito cedido —las que el cedente puede utilizar para cumplir su obligación al respecto—, pero de esta forma en modo alguno se sigue que la transmisión del crédito cedido quede (legalmente) supeditada a la realización de esa «entrega» —en cualquiera de las formas para ella (legalmente) reconocidas (5).

2. FALSAS Y VERDADERAS CONSECUENCIAS DE LA ACCESORIEDAD DE LA GARANTIA HIPOTECARIA AL CREDITO CEDIDO/TRANSMITIDO. LA ACCESORIEDAD DE LA GARANTIA REAL NO IMPLICA MENOSCATO DE LA APLICACION, EN CUANTO A ELLA, DE SU PROPIA LEY DE TRAFICO

El derecho real de hipoteca, como toda garantía, es un accesorio del crédito que garantiza: no se concibe su existencia sino es para garantía de un determinado crédito (art. 1.857-1 del Código Civil). Y, precisamente porque toda hipoteca exige inexcusablemente, para existir, un crédito del que es

(4) Así, también, GAVIDIA, *op. cit.*, pág. 198.

(5) Vid., en igual sentido, GAVIDIA, *op. cit.*, pág. 203; PANTALEÓN, *op. cit.*, pág. 1060.

accesorio/garantía, es por lo que la hipoteca (el derecho real de garantía) sólo puede transmitirse *junto con el concreto crédito* del que es accesorio/garantía.

Es, pues, *cierto*, y así lo señala nuestra común doctrina (6), que de la accesoriidad de la garantía hipotecaria se sigue que no quepa un tráfico independiente de la hipoteca respecto del crédito que garantiza: no cabe transmitir aquélla sin éste. Y, por tanto, ello conduce a que la hipoteca sólo puede transmitirse al cesionario (al adquirente del crédito garantizado con la misma), y a que de ningún otro modo pueda separarse *definitivamente* la titularidad del crédito de aquella otra de la hipoteca accesoria: pretender conservar *definitivamente* el cedente la titularidad de la garantía hipotecaria, después de haber transmitido al cesionario la titularidad del crédito por aquélla garantizado.

Ahora bien, si lo anterior es cierto, debe también observarse:

1. Que la hipoteca sólo pueda transmitirse *con* el crédito que garantiza, no impide que para transmitir la hipoteca —cierto que siempre junto con el crédito y siempre en favor del cesionario de éste— haya que respetar la ley de tráfico propia/específica de este derecho real de garantía —ley de tráfico que, por la distinta naturaleza de los dos derechos conexos, es diferente de la propia del crédito garantizado.

2. Que la hipoteca sólo pueda transmitirse junto con el crédito por ella garantizado, no significa necesariamente, en cambio, que la transmisión del crédito y de la hipoteca se operen simultáneamente en favor del cesionario. Es más, las distintas leyes de tráfico aplicables a crédito e hipoteca accesoria conducen a una separación *puramente temporal/provisional* de su respectiva adquisición por el cesionario. Sólo éste puede adquirir la hipoteca accesoria, pero no lo hace al mismo tiempo que adquiere el crédito que aquélla garantiza. De esta forma, se produce una *separación temporal* de la titularidad del crédito cedido y de la hipoteca accesoria, mientras la cesión (del crédito con la hipoteca) no se inscribe en el Registro de la Propiedad. Separación temporal que, por la apariencia registral que envuelve al cedente —ex titular del crédito cedido— y la posible aplicación del artículo 34 LH —el cesionario sucesivo al cesionario no inscrito, que sea tercero protegido por esta norma, adquirirá del cedente-titular registral la hipoteca *junto con el crédito* por ella

(6) Vid., por ejemplo, DE COSSÍO, *Instituciones de Derecho hipotecario*, Barcelona, 1956 (2.^a ed.), págs. 359-360; GARCÍA GARCÍA, *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991, *sub* artículo 1.878, pág. 1912; SANCHO en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, III, 2, Barcelona, 1991 (2.^a ed.), pág. 376; RUBIO GARRIDO, *La propiedad inmueble y el mercado hipotecario (itinerario histórico y régimen vigente)*, Madrid, 1994, pág. 221; GUILARTE, *Comentarios Albaladejo al Código Civil y Compilaciones forales*, XXIII, Madrid, 1990 (2.^a ed.), *sub* artículo 1.878, pág. 614; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid, 1997 (6.^a ed.), pág. 555.

garantizado—, pone en peligro la propia adquisición, ya consumada [y temporalmente separada de aquella otra de la hipoteca, aún no consumada —por la falta de inscripción registral (constitutiva)—], del crédito cedido por parte del cesionario no inscrito.

De la accesoriedad de la hipoteca al crédito que garantiza, no se sigue, en cambio, aunque frecuentemente se sostenga así en la doctrina, que el crédito no pueda ser cedido/transmitido sin la hipoteca accesoría (7). Al contrario, nada impide la cesión del crédito desprovisto de la garantía accesoría, porque el artículo 1.528 del Código Civil *no* implica que *toda* cesión de crédito garantizado con hipoteca conlleve *inexorablemente* la transmisión de ésta con aquél.

El artículo 1.528 del Código Civil —al establecer que la cesión del crédito conlleva también la de la hipoteca u otra garantía constituida para su aseguramiento— sienta una *regla general dispositiva*, susceptible, como tal, de *específica voluntad contraria* —de las partes del contrato de cesión: cedente y cesionario—; por tanto, este precepto *no* es obstáculo para una cesión, si así se pacta, del crédito *sin* la hipoteca que lo garantiza (8). Ahora bien, como por su carácter accesorio, la hipoteca no puede existir *definitivamente* separada del crédito para cuya garantía se constituyó, el pacto de no transmisión de la hipoteca con el crédito cedido al que garantiza implica extinción de la hipoteca accesoría (9) —extinción que ha de ser reflejada, para ser eficaz frente a terceros, en el Registro de la Propiedad. De lo contrario, la apariencia registral que envuelve al cedente, posibilita la aplicación del artículo 34 LH, y el tercero protegido (cesionario sucesivo del mismo cedente) por esta norma hipotecaria adquirirá de aquél la hipoteca con el crédito que garantiza. La falta de cancelación registral de la hipoteca extinguida (por definitivamente excluida de su transmisión con el crédito cedido del que era accesorio), supone, pues, un riesgo *incluso para la adquisición del crédito sin la hipoteca* hecha por el primer cesionario. Si ese riesgo llega a consumarse, quedará, en todo caso, en pie la responsabilidad del doble cedente (de obvia mala fe) frente al cesionario frustrado en su adquisición.

Que quepa, como cabe, una circulación del crédito sin la hipoteca que lo garantiza, tiene la siguiente trascendencia práctica: allí y cuando se transmita sólo el crédito, a esa transmisión únicamente se aplicará la ley de tráfico,

(7) Sostienen tal cosa, por ejemplo: DE COSSIO, *op. cit.*, págs. 359-360; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, III, cit., pág. 555; GARCÍA GARCÍA, *Comentario cit.*, sub artículo 1.878, pág. 1912; GUILARTE, *Comentarios cit.*, sub artículo 1.878, pág. 614; SANCHEZ, *Elementos*, III, 2, cit., pág. 376.

(8) En tal sentido, por ejemplo, Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pág. 814; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1995 (7.^a ed.), pág. 258; PANTALEÓN, *op. cit.*, págs. 1105-1106; RUBIO, *op. cit.*, pág. 221.

(9) Vid., así, Díez-PICAZO, PANTALEÓN y RUBIO, citados en la nota precedente.

propia del crédito. En concreto la transmisión/cesión del crédito se producirá *inter partes* por el simple acuerdo de cedente y cesionario, sin perjuicio de que su oponibilidad/eficacia frente al deudor cedido exija el conocimiento por éste de la cesión (arts. 1.527 y 1.198 del Código Civil), y de que su oponibilidad/eficacia frente a los demás terceros exija la fehaciencia del contrato de cesión (*ex arts.* 1.526 y 1.218 ó 1.227 del Código Civil). Entonces, la inscripción registral en el Registro de la Propiedad no es, para nada, requisito constitutivo del efecto transmisivo (*del solo crédito*), y ni siquiera requisito de la oponibilidad frente a terceros de dicho efecto.

Pero, como he dicho antes, no es sólo que el crédito puede circular *definitivamente sin* la hipoteca accesoria —quedando ésta extinguida—, sino que, también, cabe una circulación *no simultánea* de crédito e hipoteca accesoria, que implica una separación *temporal/provisional* de sus respectivas titularidades. El crédito se transmite primero al cesionario, siguiendo su propia ley de tráfico, y, sucesivamente, a ese mismo cesionario se le transfiere la garantía hipotecaria, en observancia de su propia ley de tráfico.

O sea, que la hipoteca, *de transmitirse*, tenga que circular, por su carácter accesorio, de garantía, *con* el crédito que garantiza, es perfectamente compatible:

- a) Tanto con que el crédito se transmita *definitivamente sin* la hipoteca, que se extingue —porque nada, tampoco el art. 1.528 del Código Civil, obliga a transmitir asimismo la hipoteca: ésta puede también no transmitirse (definitivamente) y, así, extinguirse.
- b) Como que la hipoteca que se transmite *con* el crédito (de la única forma, cierto, en que —por su carácter accesorio, de garantía— puede ser transmitida), no, por ello, se adquiere *simultáneamente* con él, lo que conduce a una separación *temporal/provisional* de las respectivas transmisiones/adquisiciones (de hipoteca y de crédito) —y, consiguientemente, de sus respectivas titularidades—: a una transmisión/adquisición del crédito *provisional/temporalmente sin* la hipoteca que lo garantiza, con transmisión/adquisición *sucesiva* de la hipoteca que se transmite *con* él (pero *no* simultáneamente con él).

Puesto que el transmitir la hipoteca *con* el crédito, no exime, para operar la transmisión de la garantía hipotecaria, de la observancia de la ley de tráfico específica de la hipoteca —distinta de la propia del crédito—, la aplicación a cada derecho (crédito e hipoteca) de su propia y distinta ley de tráfico, conducirá, normalmente, a una adquisición sucesiva, temporalmente distanciada —primero del crédito, después de la hipoteca accesoria— de ambos derechos por el cesionario.

O sea [*a*] y [*b*)], *sólo* el cesionario —nuevo titular del crédito garantizado con la hipoteca— puede ser titular (definitivo) de la hipoteca accesoria al

crédito cedido, pero *no necesariamente* —porque cabe transmitir el crédito definitivamente sin la hipoteca, extinguiendo ésta—; *ni*, tampoco, *simultáneamente* (porque la transmisión de la hipoteca *junto con* el crédito, no significa que a cada derecho transmitido, hipoteca y crédito, deje de aplicarse su respectiva ley de tráfico, lo que hace que, normalmente, la hipoteca accesoria se transmita sucesivamente al crédito que garantiza y junto con el que se transmite).

Evidentemente, la circulación conjunta, pero no simultánea, de crédito e hipoteca accesoria, también tiene sus riesgos registrales: si el titular registral de la hipoteca transmite a un primer cesionario crédito e hipoteca, y este primer cesionario no inscribe (todavía) la cesión en el Registro de la Propiedad, no cabe duda que *inter partes* (cedente y cesionario) el cesionario es ya titular del crédito cedido; en cambio, dicho cesionario no ha adquirido (todavía) la hipoteca accesoria, por falta de la pertinente inscripción registral (constitutiva); si en esa situación de falta de inscripción registral de la primera cesión, el cedente, amparado en la legitimación registral a su favor, vuelve a ceder crédito e hipoteca a un segundo cesionario que reúne los requisitos del artículo 3.4 LH, éste (tercero —extraño a la primera cesión, no inscrita— hipotecario, protegido, como tal, por la ley) adquirirá *crédito e hipoteca* —despojando, consecuentemente, en cuanto al crédito, de su previa adquisición (ya consumada) al primer cesionario, y frustrando, en cuanto a la hipoteca accesoria, la consumación de su adquisición por ese mismo primer cesionario (que la tenía sólo *in itinere*)—. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de la responsabilidad del doble cedente —de evidente mala fe— frente al cesionario frustrado en su pretendida doble adquisición.

De cuanto llevo dicho hasta ahora, la idea fundamental o básica —en torno a la que girará toda la exposición subsiguiente— es, como se habrá observado, que la accesoriedad de la hipoteca únicamente significa que la hipoteca *sólo* puede transmitirse *con* el crédito que garantiza (aunque no necesariamente de forma simultánea con la transmisión de dicho crédito), pero, no, en cambio, que operada la transmisión/cesión del crédito, con arreglo a su propia ley de tráfico —*inter partes* del contrato de cesión, por el solo acuerdo transmisivo de cedente y cesionario—, se opere, *por ese único hecho, también* (y simultáneamente) la transmisión de la hipoteca (que tiene una ley de tráfico propia y distinta de la del crédito de que es accesorio).

De la misma manera que para la garantía pignoratícia posesoria, la accesoriedad al crédito que garantiza (art. 1.857-1 del Código Civil) no impide que el derecho real de prenda, cuando se cede el crédito por él garantizado, *no* se transmita al cesionario sin la pertinente *traditio*/modo en cualquiera de las formas reconocidas por la ley (porque título y modo es la ley del tráfico contractual propia de esa garantía real posesoria), y sin perjuicio de que la adquisición del crédito cedido ya se haya producido

antes en favor del mismo cesionario por el solo título/contrato de cesión: el acuerdo transmisivo con el cedente (porque ésta es la ley de tráfico propia del derecho personal o de crédito); de forma que, también aquí, lo normal es que primero se transmita el crédito y, sucesivamente —con la *traditio*/modo—, la garantía accesorio, dándose pie, igualmente aquí, a una transmisión provisional/temporalmente separada de crédito y garantía accesorio, producto de la aplicación, a cada uno de ellos —aun transmitidos conjuntamente— de distintas leyes de tráfico.

De igual modo, para la hipoteca, que sólo pueda transmitirse con el crédito de que es accesorio, no significa que su tráfico (conjunto con el del crédito por ella garantizado) se realice según la ley de circulación del derecho de crédito, y que esto no sea así, es lo que abre la posibilidad de la separación temporal de las respectivas transmisiones —que éstas puedan no ser, y no sean normalmente, simultáneas—.

O sea, la accesoriedad de la garantía real, *ni* en la hipoteca, *ni* en la prenda posesoria —¿o es que pretenderá alguien que *ex* art. 1.528 del Código Civil, la prenda posesoria se transmite al cesionario con la sola cesión *nudo consensu* del crédito por ella garantizado?— se interfiere, para nada, en la aplicación de cada derecho —personal/de crédito o real de garantía— de su propia/específica ley de tráfico: *ni* se traduce en exigir la *traditio*/modo o la inscripción registral (constitutiva) para la transmisión del crédito; *ni* en eximir, para la transmisión de la garantía real, de esas mismas *traditio*/modo —para la prenda— o inscripción registral (constitutiva) —para la hipoteca—.

Cierto que la garantía real accesorio *sólo* se transmite *con* el crédito (pero no necesariamente de forma simultánea con él); cierto que, *ex* artículo 1.528 del Código Civil, salvo pacto contrario, la transmisión del crédito garantizado se hace *con* la garantía accesorio (pero sigue sin ser necesaria la simultaneidad de ambas transmisiones); *pero* la garantía real accesorio (que debe transmitirse, cuando se transmita, *con* el crédito) *sólo* se transmite en la estricta observancia, por supuesto, de su propia ley de tráfico, distinta de la del crédito cedido (y esto es lo que posibilita la no simultaneidad de las dos transmisiones, por mucho que se hagan conjuntamente).

A mi modo de ver, los problemas interpretativos que suscita la aplicación de los tres requisitos que, para la cesión de créditos hipotecarios, enumera el artículo 149 LH, derivan, en su mayor parte, de no haber sabido distinguir entre crédito y garantía accesorio: de no haber sido suficientemente conscientes de que la transmisión conjunta de ambos no impide que, a cada uno de ellos se aplique su respectiva ley de tráfico. *A la luz de la cual, y para cada uno de los dos distintos derechos*, debe enjuiciarse el (eventual) significado de cada uno de los tres requisitos legales del artículo 149 LH.

Sin perjuicio de que eso constituye, precisamente, el objeto de la exposición sucesiva, quiero adelantar, ya aquí, muy resumidamente, el resultado al

que, en mi opinión, conduce el análisis de los tres requisitos del artículo 149 LH desde la óptica de las respectivas leyes de tráfico de crédito e hipoteca.

1. a) En cuanto al *crédito cedido*, la *notificación al deudor cedido* es (ex arts. 1.527 y 1.198 del Código Civil) un mero instrumento de oponibilidad/eficacia de la cesión/transmisión —eficaz *inter partes* del contrato de cesión por su solo acuerdo transmisivo— frente a *ese concreto tercero*, extraño al contrato de cesión.

Por tanto, *sin* notificación al deudor, el crédito cedido se transmite al cesionario —esa notificación *no* es requisito constitutivo de la cesión del crédito—, pero esa transmisión no es oponible/eficaz frente al deudor cedido no notificado que la desconozca (deudor cedido no notificado y de buena fe), razón por la cual, además del efecto previsto en el artículo 1.198 del Código Civil, el deudor cedido no notificado y de buena fe que paga al cedente, se libera de su deuda, y será el cesionario quien (en vez de dirigirse contra el deudor cedido *solvens*, pues su crédito contra él ha quedado ya extinguido por el pago hecho al cedente) tenga que recuperar lo indebidamente cobrado por el cedente *accipiens*, con indemnización, además, de los daños sufridos (por la evidente mala fe del cedente): artículos 1.527, 1.164 del Código Civil y 151 LH.

b) En cuanto a la *hipoteca*, y según su propia ley de tráfico, la notificación al deudor cedido no cumple ningún papel a efectos de la transmisión al cesionario de la garantía hipotecaria: para lo que basta la inscripción registral (constitutiva) en el Registro de la Propiedad del título transmisivo (contrato de cesión). Por tanto, la garantía hipotecaria se puede transmitir por el cedente y adquirir por el cesionario (habiendo título transmisivo e inscripción registral) *sin necesidad* de la notificación de la cesión al deudor cedido.

No puede decirse, sin embargo, que la falta de notificación al deudor cedido sea *completamente irrelevante* a efectos de la adquisición de la garantía hipotecaria por el cesionario. Puesto que —ex arts. 1.527, 1.164 del Código Civil, 151 LH y 176 RH—, *a pesar de la inscripción registral de la cesión* (por el especial régimen de protección —de oponibilidad/eficacia de la cesión— que la ley dispensa al deudor cedido, como *tercero cualificado* respecto del contrato de cesión), la falta de notificación implica el riesgo de que el deudor no notificado y de buena fe pague al cedente, extinga, así, el crédito cedido, y pueda obtenerse, por tanto —la extinción del crédito cedido garantizado con ella, conlleva, naturalmente, la extinción también de la garantía hipotecaria accesoria—, sobre la base de la acreditación fehaciente de dicho pago, la cancelación de la cesión ya inscrita. Con lo que el cesionario perderá tanto el *crédito cedido* (contra el deudor cedido *solvens*), como la *hipoteca accesoria* que ya había adquirido —la hipoteca, tras la inscripción registral de la cesión, ya figuraba inscrita en el Registro de la Propiedad a su favor—, y deberá contentarse con una acción personal (por el importe del

crédito indebidamente cobrado, más los daños sufridos) contra el cedente *accipiens* (de patente mala fe).

La falta de notificación al deudor cedido, *aun* no siendo ésta elemento constitutivo de la ley de tráfico de la hipoteca, *pero por* ser requisito *legal* de oponibilidad/eficacia de la cesión del crédito frente al deudor cedido el conocimiento por éste de la cesión, y *por* la accesoriedad de la hipoteca al crédito cedido que garantiza —el pago liberatorio hecho al cedente, al extinguir el crédito cedido, extingue también la hipoteca accesoría—, implica, como se ve, para el cesionario, no sólo el riesgo de perder el (ya adquirido por el solo contrato de cesión) crédito cedido (contra el deudor cedido), sino, con él, también la hipoteca accesoría (igualmente ya previamente adquirida por la inscripción registral constitutiva del contrato de cesión/título transmisivo).

2. a) En cuanto al *derecho real de hipoteca*, la *inscripción registral en el Registro de la Propiedad* es, para su transmisión (al cesionario), lo mismo que para su constitución/nacimiento, requisito constitutivo: sin inscripción registral el cesionario no adquiere la hipoteca que garantiza al crédito cedido, aunque ya haya adquirido éste en virtud del contrato de cesión y antes de su inscripción registral.

b) En cuanto al *crédito cedido*, ya he dicho que *inter partes* del contrato de cesión, el crédito se transmite, del cedente al cesionario, por la sola conclusión/perfección del contrato de cesión: sin necesidad *ni* de notificación al deudor cedido, *ni*, tampoco, de la inscripción registral del contrato de cesión.

Respecto del crédito cedido, cuando éste se transmite, como es la regla (art. 1.528 del Código Civil), *con* la garantía hipotecaria accesoría, la inscripción registral es (*ex* art. 1.526 del Código Civil) simple requisito de oponibilidad/eficacia de la cesión frente a los *terceros* (extraños al contrato de cesión) *distintos del deudor cedido*.

Por eso, si el primer cesionario no inscribe la cesión de crédito hipotecario (del crédito con la hipoteca accesoría) operada en su favor —lo que ya es suficiente para que, habiendo adquirido el crédito cedido, no haya adquirido, todavía, la hipoteca accesoría—, y el cedente, amparado en la titularidad registral, vuelve a ceder el crédito con la hipoteca accesoría a un segundo cesionario que, reuniendo los requisitos del artículo 34 LH, sí inscribe su adquisición; entonces, *ex* artículos 1.526 del Código Civil y 34 LH, será el segundo cesionario quien adquiera el *crédito con la hipoteca* —el primer cesionario, no inscrito, pierde, así, su derecho de crédito (contra el deudor cedido), previamente adquirido, y ve frustrada la posibilidad de consumir la adquisición de la hipoteca accesoría (que, a falta de inscripción registral, estaba sólo *in itinere*)—; sin perjuicio, claro, de la responsabilidad del doble cedente (de palmaria mala fe) frente al cesionario frustrado/no inscrito.

3. a) Finalmente, en cuanto al *derecho real de hipoteca*, la *escritura pública* (la formalización en ella del título transmisivo/contrato de cesión) es

mediatamente requisito constitutivo de la transmisión de dicha garantía —pues sólo con esa forma documental pública, salvo contadísimas excepciones, puede obtenerse la inscripción registral del contrato de cesión, y, a su vez, sólo con esta inscripción registral (constitutiva) puede decirse adquirida la hipoteca por el cesionario.

b) En cambio, respecto del *crédito cedido*, cuando su cesión/transmisión se hace, como es normal —ésta es la regla de que parte el art. 1.528 del Código Civil—, *junto con la hipoteca accesorio*, la escritura pública es *mediatamente* requisito de oponibilidad/eficacia de la cesión/transmisión del crédito frente a terceros distintos del deudor cedido (en tanto que la escritura pública es, desde el punto de vista de la forma, el medio normal de obtener la inscripción registral en el Registro de la Propiedad, del contrato de cesión, inscripción registral que asegura, *ex art.* 1.526 del Código Civil, esa oponibilidad/eficacia).

Si, por contra, la cesión del crédito se hace *definitivamente sin la garantía hipotecaria accesorio* (quedando, así, ésta extinguida) la escritura pública del contrato de cesión es uno de los medios (*ex arts.* 1.526, 1.218 y 1.227 del Código Civil) de asegurar (*directa, inmediatamente*) la oponibilidad/eficacia de la transmisión del crédito frente a los terceros distintos del deudor cedido.

Excepcionalmente, la escritura pública puede ser *requisito (formal) de validez del contrato de cesión* (si éste es negocio formal que exija la observancia de esa formalidad, o la de la simple escritura, cuya exigencia formal queda también cubierta por la escritura pública), bien con relación al crédito, bien con relación a la hipoteca accesorio, y, entonces, como tal, será requisito constitutivo de la transmisión de uno u otro derecho.

3. EL SIGNIFICADO DE LA ESCRITURA PÚBLICA: FORMA DEL CONTRATO DE CESIÓN EN CUANTO AL CRÉDITO CEDIDO Y EN CUANTO A LA HIPOTECA ACCESORIA

A) En cuanto al *derecho de crédito*, ya sabemos que su transmisión/cesión (al cesionario) depende de la sola perfección/conclusión del contrato de cesión (entre sus partes: cedente y cesionario).

Es opinión pacífica entre nosotros (10), que la forma exigible al contrato de cesión dependerá de la causa que actúe como fundamento de la transmi-

(10) Vid., por ejemplo, Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pág. 806, núm. 4; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, II, cit., pág. 257; SANCHEZ, *Elementos*, II, 1 (1994), cit., pág. 221; PANTALEÓN, *op. cit.*, pág. 1099; SANTOS MORÓN, *La forma de los contratos en el Código Civil*, Madrid, 1996, pág. 388; GAVIDIA, *op. cit.*, págs. 187, 188 y 189.

sión/cesión. O sea, de la que sea, en su caso, exigible del concreto contrato transmisivo en cuya virtud se opere.

En virtud de esa remisión, el resultado a que ella conduce es que, *como regla* —pues la regla que rige en nuestro Derecho para los contratos transmisivos, como para los demás contratos, es la de la libertad de forma—, al contrato de cesión no se le impone, para su validez, la observancia de una determinada forma. Por esto, el efecto transmisivo del crédito se producirá, como regla, por el acuerdo transmisivo de cedente y cesionario expresado en cualquier forma.

Ahora bien, la aplicación de esos mismos principios generales, conduce a que *excepcionalmente* el contrato de cesión, para su validez, esté sujeto a exigencias de forma, en la medida en que para producir la cesión/transmisión del crédito se utilice un concreto contrato transmisivo sujeto a exigencias formales constitutivas.

Entonces, *de forma excepcional*, puesto que la transmisión del crédito sigue dependiendo de la perfección del contrato de cesión, y ésta, excepcionalmente, por el carácter formal del concreto contrato transmisivo utilizado, sólo se produce con el cumplimiento de la formalidad constitutivamente elegida, el efecto transmisivo del crédito queda supeditado a dicho cumplimiento (el acuerdo transmisivo de cedente y cesionario, para ser eficaz, también *inter partes*, ha de expresarse en la forma imperativamente exigida).

En particular, como se sabe, es un contrato transmisivo formal —sujeto a exigencias legales imperativas de forma— el *contrato de donación*. Por ello, en aplicación de los principios generales vistos, cuando la cesión del crédito se hace gratuitamente (*donandi causa*) —o sea, cuando el crédito se dona por el cedente al cesionario—, el contrato de cesión quedará sujeto a las exigencias legales de forma que se imponen al contrato de donación (11).

Y, puesto que el derecho de crédito tiene —como todos los derechos patrimoniales no comprendidos en la enumeración del art. 334 del Código Civil— la consideración legal de *bien mueble* (art. 335 del Código Civil), ello conduce a que a la donación de un crédito son aplicables las exigencias (imperativas) de forma que, para la *donación mobiliaria*, expresa el artículo 632 del Código Civil (12): bien la simple escritura del contrato de cesión/donación, bien la «entrega» simultánea con la perfección consensual de ese contrato del crédito donado (realizada por cualquiera de los procedimientos cuasitraditorios previstos en el art. 1.464 del Código Civil).

(11) Vid., autores y lugares citados en la nota precedente.

(12) Vid., así, especialmente, GAVIDIA, *op. cit.*, págs. 187, 188 y 189; SANTOS MORÓN, *op. cit.*, pág. 388 (pero esta autora limita la donación manual del crédito a los solos créditos incorporados a títulos al portador, siendo así, en cambio, que el art. 1.464 del Código Civil consiente una interpretación más amplia); PANTALEÓN, *op. cit.*, pág. 1099.

Como consecuencia del carácter formal del contrato de donación, cuando la cesión del crédito se produzca *donandi causa*, entonces el efecto transmissivo del crédito donado (al cesionario/donatario) quedará (legalmente) supeditado —porque lo está, también, la validez de ese concreto título transmissivo utilizado— a la observancia por el contrato de cesión de los indicados requisitos de forma (13).

Y, precisamente, por el carácter excepcionalmente esencial/constitutivo de dichos requisitos formales, no cabe utilizar el expediente previsto en el artículo 1.279 del Código Civil para subsanar *a posteriori* su falta de cumplimiento inicial en el contrato de cesión *donandi causa*: pues éste, sin ellos, es radicalmente nulo/ineficaz [vid., ya, *retro*, IV), 2)].

La transmisión del crédito cedido, del cedente al cesionario, se producirá, como digo, por la sola perfección del contrato de cesión —*generalmente* en forma libre, *excepcionalmente* en forma impuesta/necesaria—. Pero ese efecto transmissivo se producirá, así, sólo *inter partes* del contrato de cesión. Pues:

1) La eficacia/oponibilidad de la transmisión/cesión del crédito frente al deudor cedido exige (además) que éste conozca la cesión (arts. 1.527 y 1.198 del Código Civil).

Y 2) la eficacia/oponibilidad de la transmisión/cesión del crédito frente a los terceros distintos del deudor cedido, exige (además): 2.a) bien, si la transmisión del crédito se hace *definitivamente sin* la garantía hipotecaria (extinguendo ésta), la fehaciencia de la fecha del contrato de cesión —y la formalización de este contrato en escritura pública, es uno de los modos de alcanzar *directa, inmediatamente* ese resultado (arts. 1.526, 1.218 y 1.227 del Código Civil)—; 2.b) bien, si la transmisión del crédito se hace, como es lo normal (*ex art.* 1.528 del Código Civil), *con* la garantía hipotecaria, la inscripción en el Registro de la Propiedad del contrato de cesión —a cuyo fin, la escritura pública (*ex art.* 3 LH) es instrumento *mediato o indirecto*, en tanto que presupuesto normal de toda inscripción registral y, por tanto, también del acceso al Registro de la Propiedad del contrato de cesión.

No hay que decir que cuando la cesión del crédito hipotecario —del crédito *con* la hipoteca— se ha documentado en *escritura pública*, y se trata de una cesión *donandi causa* (de una donación del crédito hipotecario: del crédito y de la hipoteca accesorio), sin perjuicio del papel que la escritura pública desempeñe para la garantía hipotecaria [*sub B*)], la escritura pública —en tanto que es, también, escritura— servirá *además* para satisfacer la exigencia formal de la mera escritura (*ex art.* 632 del Código Civil) por lo

(13) Así, también, GAVIDIA (*op. cit.*, pág. 205), aunque él refiriéndose únicamente a la «entrega» del crédito en la donación manual de sólo el crédito. Cfr., asimismo, GUILARTE, *Comentarios cit.*, *sub* artículo 1.878, pág. 617.

que se refiere a la transmisión del *crédito* (a la validez/eficacia de la donación, en cuanto al efecto transmisivo a él relativo).

B) Por lo que se refiere al *derecho real de hipoteca*, tampoco la escritura pública, *como regla*, es requisito de validez (formalidad constitutiva) del contrato de cesión —del título sobre cuya base causal se opera la transmisión de la garantía hipotecaria—. Y recuérdese que ya vimos [*retro*, IV)] cómo la escritura pública *no* es, asimismo, forma necesaria o esencial para la validez del contrato constitutivo de la hipoteca —contrato de hipoteca—, hipoteca que, una vez constituida, sucesivamente se pretende transmitir contractualmente.

Pero, también aquí, las exigencias formales aplicables a la transmisión contractual de la garantía hipotecaria dependen del concreto contrato transmisivo que actúe como fundamento causal de la misma. Por lo que si, *excepcionalmente*, el título transmisivo de la hipoteca (el contrato de cesión) es un contrato formal (sujeto a forma esencial o constitutiva), la validez del mismo (y, por tanto, el efecto transmisivo de la garantía hipotecaria, de cedente a cesionario) dependerá de la observancia de la forma imperativamente impuesta.

Tal cosa vuelve a suceder con el *contrato de donación*, cuando se dona el crédito hipotecario —el crédito *con la garantía hipotecaria accesorio*.

Entonces, *por lo que se refiere al derecho real de hipoteca*, vista su consideración legal (*ex art.* 334-10 del Código Civil) como *bien inmueble* —de los que doctrinalmente se llaman «inmuebles por analogía»—, la validez de la donación exige el respeto de las exigencias de forma imperativamente impuestas por el artículo 633 del Código Civil (14). O sea, la donación (transmisión contractual gratuita) *de la hipoteca* (por supuesto, *siempre junto con* el crédito por ella garantizado) exige, para su validez, su formalización en *escritura pública*. Y recuerdo que ésta —necesaria, como se ve, para la válida donación del *derecho real de hipoteca*— permite, al mismo tiempo, satisfacer (porque la escritura pública es también escritura) la exigencia formal constitutiva que, *ex artículo 632 del Código Civil*, se impone a la donación del crédito hipotecario en cuanto al *derecho personal/de crédito* (bien, en cambio, de naturaleza mobiliaria) que se transmite/dona junto con la hipoteca accesorio.

Precisamente porque, de modo excepcional, en la transmisión contractual gratuita de hipoteca, la escritura pública es forma esencial/constitutiva del

(14) Así, también, por ejemplo, GAVIDIA (*op. cit.*, págs. 187 y 188; PANTALEÓN, *op. cit.*, pág. 1099 (para este autor tal cosa resulta dudosa; pero no hay tal, como tampoco es dudoso que el derecho real de hipoteca sea un bien inmueble); SANTOS MORÓN, *op. cit.*, pág. 388.

Para las cédulas hipotecarias y otros títulos equivalentes representativos de créditos hipotecarios, debe tenerse en cuenta, como señala la última autora citada, que *ex artículo 366 del Código Civil*, tienen consideración legal de *bienes muebles* y no están, por tanto, en cuanto a su donación, sujetos a la exigencia formal del artículo 633 del Código Civil (sino a la del art. 632 del Código Civil).

título transmisivo, en cuanto a la garantía hipotecaria, y dicho título sin esa forma, *en cuanto a la hipoteca accesorio*, radicalmente nulo/ineficaz, no cabe la utilización del artículo 1.279 del Código Civil para suplir sucesivamente la inicial no observancia de la indicada formalidad en el contrato de cesión (pero, en cambio, *en cuanto al crédito*, la donación no formalizada en escritura pública será válida/eficaz, si ha observado la exigencia formal imperativa del art. 632 del Código Civil).

Allí, en cambio, donde, como es la regla, la escritura pública *no* sea requisito constitutivo/necesario del contrato de cesión, en cuanto a la hipoteca accesorio, dicha formalidad no será, por definición, requisito de validez del *contrato de cesión/título transmisivo*, en cuanto a la hipoteca, pero condicionará *indirecta, mediatamente* el efecto transmisivo (del cedente al cesionario) *de la garantía hipotecaria accesorio*. Pues dicho efecto jurídico-real sólo se opera (legalmente) en virtud de la inscripción registral (constitutiva) de la cesión en el Registro de la Propiedad, y tal inscripción registral presupone, normalmente, la documentación pública (*ex* art. 3 LH) del título transmisivo cuya inscripción registral se pretende.

Por tanto, de la escritura pública que, como es regla, *no* es forma constitutiva del título transmisivo (contrato de cesión) de la hipoteca, en cuanto a ésta, puede decirse que cumple, respecto del efecto transmisivo del derecho real de hipoteca, exactamente el mismo papel que esa misma formalidad respecto de la constitución/nacimiento de la garantía hipotecaria (en virtud de un título constitutivo que, como el *contrato de hipoteca, tampoco* está sujeto a la formalidad constitutiva de la escritura pública) (15): la de ser, en uno y otro caso, *mediata, indirectamente* —en tanto que condicionante legal de la inscripción registral (constitutiva)— requisito constitutivo *del efecto jurídico-real de que se trate* (constitutivo o transmisivo de la hipoteca). (Naturalmente, la escritura pública que, excepcionalmente, sí es forma esencial/constitutiva del título constitutivo o transmisivo de la hipoteca, al mismo tiempo que es requisito de validez de éste, su cumplimiento posibilita su acceso al Registro de la Propiedad, sin cuyo acceso, también aquí, no se produce el efecto jurídico-real de que se trate).

En todos los casos en que, como es regla, la escritura pública *no* sea forma constitutiva/esencial del título transmisivo de la hipoteca (contrato de cesión), precisamente por ello —el contrato de cesión, aún no formalizado en escritura pública, es, *también respecto del derecho real de hipoteca, válido/eficaz*, aunque *no* productor del efecto jurídico-real (transmisivo de la garantía hipo-

(15) Comp. GARCÍA GARCÍA, *Comentario cit.*, sub artículo 1.878, pág. 1913; DE APALATEGUI, en *Quintus Mucius Scaevola. Código Civil*, XXIX, Madrid, 1955, sub artículo 1.878, pág. 541; RUBIO GARRIDO, *La propiedad*, cit., págs. 229-230; SANTOS MORÓN, *op. cit.*, pág. 389.

tecaria), supeditado, éste, a la inscripción registral (constitutiva)—, la no observancia de la misma no impedirá que, sobre la base del contrato verbal de cesión o del contrato de cesión otorgado en escritura privada, cualquiera de sus partes (en particular, el cesionario) inste judicialmente su elevación a escritura pública *ex* artículo 1.279 del Código Civil (16). Lo que, obtenido, permitirá la sucesiva inscripción registral (en el Registro de la Propiedad) y, con ella, la producción de la transmisión de la garantía hipotecaria, efecto jurídico-real (legalmente) supeditado a ese acceso registral.

C) En resumen, para la cesión del crédito *con* la hipoteca accesoria, la escritura pública no es (salvo las *excepciones* dichas) requisito (formal) constitutivo/de validez del contrato de cesión/título transmisivo, *ni* en cuanto a la transmisión de la *hipoteca*, *ni* en cuanto a la del *crédito*. Sino que, *como regla*, es, *en cuanto a la hipoteca*, simple requisito mediato o indirecto de su transmisión —en tanto que condicionante de la inscripción registral (constitutiva) del título transmisivo en el Registro de la Propiedad—; y *en cuanto al*

(16) Favorables, también, a la aplicación del artículo 1.279 del Código Civil a los efectos de la exigencia formal de la escritura pública dentro de la cesión de créditos hipotecarios, GARCÍA GARCÍA, *Comentario* cit., *sub* artículo 1.878, págs. 1912-1913; GUILARTE, *Comentarios* cit., *sub* artículo 1.878, pág. 617; RUBIO GARRIDO, *La propiedad*, cit., págs. 229-230.

En el caso que fue resuelto por la Sentencia del TS de 12 de marzo de 1985 (RA 1157; también en *CCJC*, 8, 1985, pág. 2527 y sigs., comentada por CLAVERÍA), se trataba de una cesión onerosa de crédito hipotecario hecha en documento privado. Cesión que el TS declara válida y eficaz, condenando al cedente, *ex* art. 1.279 del Código Civil, al otorgamiento de la escritura pública (que consentirá su ulterior inscripción registral).

Ahora bien, en mi opinión, la cesión documentada privadamente y *no* inscrita en el Registro de la Propiedad, sólo era eficaz, *mientras no se practicase la inscripción registral, en cuanto al crédito*, y es esto lo que permitía conservar la legitimación exclusiva para la ejecución hipotecaria, ya comenzada, al cedente/titular registral, que se había obligado con el cesionario a promoverla de acuerdo con él (con ciertas compensaciones a cargo de éste). Acuerdo tal, sin embargo, que el cedente incumplió —paralizando la ejecución hipotecaria ya comenzada—, cuyo incumplimiento desembocó en el litigio que resuelve definitivamente la supradicha sentencia.

O sea, lo que justificaba la actuación, dentro del juicio ejecutivo hipotecario, del cedente/titular registral, era la *no* transmisión de la hipoteca accesoria, a falta de la inscripción registral de la cesión hecha en documento privado, por lo que el cedente seguía siendo (*provisional, temporalmente*: mientras la cesión ya producida —previa su documentación pública— no se inscribiese en el Registro de la Propiedad) *titular registral y verdadero* de la garantía hipotecaria, y *titular aparente (no efectivo), según el Registro de la Propiedad*, del crédito garantizado con la misma (que, sin embargo, *inter partes* del contrato de cesión, ya se había transmitido, extrarregistralmente, al cesionario, por la sola perfección consensual del contrato de cesión onerosa). Esta situación de titularidad/legitimación registral del cedente, se romperá, definitivamente, con el fallo de la sentencia que pone fin al litigio: la inscripción registral subsiguiente de la cesión, operará la transmisión (también) de la hipoteca al cesionario y deshará, asimismo, la apariencia registral de titularidad del crédito cedido, respecto del cedente, apariencia registral que derivaba de la mantenida inscripción registral de la hipoteca accesoria a su favor.

crédito, simple requisito mediato o indirecto de la oponibilidad/eficacia de su transmisión (ya operada, extrarregistralmente, *inter partes*, por la conclusión/perfección, en forma libre, del contrato de cesión) frente a terceros distintos del deudor cedido —en tanto que condicionante de la inscripción registral del contrato de cesión, inscripción registral (en el Registro de la Propiedad) que produce esa oponibilidad/eficacia.

Por tanto, nada impide una cesión/transmisión, provisional o definitiva, del *solo crédito (sin la garantía hipotecaria accesoría)* en virtud de contrato transmisivo verbal u otorgado en documento privado [si es *donación, ex art. 632 del Código Civil*, sólo de esta segunda manera, o, siendo verbal, con «entrega» (art. 1.464 del Código Civil) simultánea al cesionario del crédito donado]; cesión, transmisión de crédito (al cesionario) que será, así, en todo caso eficaz *inter partes* del contrato de cesión (cedente y cesionario); pero que, además, exigirá: 1) para ser eficaz/oponible frente al deudor cedido, el conocimiento por éste de la cesión (arts. 1.527 y 1.198 del Código Civil); y 2) para ser eficaz/oponible frente a terceros distintos del deudor cedido (art. 1.526 del Código Civil), bien la fehaciencia de la fecha del contrato de cesión —si la transmisión del crédito se hace *definitivamente* sin la garantía hipotecaria accesoría—, bien la inscripción registral del contrato de cesión —si la transmisión del crédito se hace *con* la garantía hipotecaria accesoría, pero no *simultáneamente* con ella. En este segundo caso, la adquisición sucesiva (a la del crédito) de la hipoteca, por el cesionario, coincide con la inscripción registral del contrato de cesión, inscripción que produce, también, simultáneamente, frente a los terceros distintos del deudor cedido, la oponibilidad/eficacia de la transmisión del crédito y, también, claro (constitutividad y oponibilidad/publicidad no son efectos registrales incompatibles), de la propia transmisión de la hipoteca accesoría.

4. EL VALOR DE LA INSCRIPCION REGISTRAL DE LA CESION EN CUANTO A LA TRANSMISION DEL CREDITO CEDIDO Y DE LA HIPOTECA ACCESORIA

A propósito de la cesión del crédito hipotecario —del crédito *con* la garantía hipotecaria accesoría—, la distinción entre transmisión del derecho de crédito y transmisión de la hipoteca accesoría —ambas, por supuesto, en favor del cesionario— resulta particularmente necesaria en lo que hace al requisito legal (*ex art. 149 LH*) de la inscripción registral.

A) *Para la garantía hipotecaria accesoría*, según su propia ley de tráfico, la inscripción registral, en el Registro de la Propiedad, de su título transmisivo —el contrato de cesión— es *requisito constitutivo del efecto transmisivo*: sin inscripción registral no se opera la transmisión/adquisición de la

hipoteca en favor del cesionario, ni siquiera *inter partes* del contrato de cesión: frente al cedente. O sea, el cesionario no puede decirse (nuevo) titular de la garantía hipotecaria, tampoco frente al cedente, mientras dicha inscripción registral no se practique (por mucho que ya, sin necesidad de esa inscripción registral, sea titular *del crédito cedido* —aquel que garantiza la hipoteca accesoria—, *frente al cedente*, por la sola perfección del contrato de cesión, y *frente al deudor cedido*, desde que éste conozca la cesión).

El valor legal constitutivo de la inscripción registral, a efectos de la transmisión —adquisición sucesiva— de la hipoteca, deriva —es una consecuencia lógica— de que la ley atribuye ese mismo valor a la inscripción registral a efectos del nacimiento o constitución de la hipoteca —de su primera adquisición—. Lo que (legalmente) vale para la primera adquisición del derecho real de hipoteca, no puede dejar de valer (a falta de un distinto régimen legal que *excepcionalmente* distinguiese la ley de tráfico del derecho real a uno y otro efecto) para sus adquisiciones sucesivas.

Se trata de un principio general (de congruencia) válido para el tráfico de todos los derechos reales: a falta de *excepción legal*, su tráfico se opera con arreglo a la misma ley de circulación para la primera y para las sucesivas adquisiciones. Así, por ejemplo, la exigencia de título y modo vale tanto para la constitución contractual/primer adquisición contractual del derecho real de usufructo (derecho real poseíble, sujeto a esa ley de tráfico), como para la transmisión contractual/adquisición contractual sucesiva de ese mismo derecho. No veo ninguna razón —*legal*: ni en el Código Civil, ni en la Ley Hipotecaria— para no aplicar ese mismo principio al derecho real de hipoteca.

Por tanto, el *silencio* del artículo 149 LH sobre el valor/significado, *respecto del derecho real de hipoteca*, de la inscripción registral de su título transmisivo (contrato de cesión), hace que ese valor/significado se determine (legalmente) desde los artículos 1.875 del Código Civil y 145 LH —atribuyéndole el mismo valor legal (constitutivo) para el efecto jurídico-real transmisivo que para el constitutivo— (17).

(17) Son de esta misma opinión (completamente minoritaria entre nosotros): LACRUZ, en LACRUZ/SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1984 (2.^a ed.), núm. 65, pág. 110; RUBIO GARRIDO, *La propiedad*, cit., págs. 226-227; SANCHO, en *Elementos*, III, 2, pág. 358 [pero este autor se contradice: en la pág. 377, en cambio, suscribe la opinión mayoritaria que ve en la inscripción registral, sin distinguir entre crédito e hipoteca accesoria, un mero requisito de oponibilidad de la cesión del crédito hipotecario frente a terceros distintos del deudor cedido].

Para el Derecho italiano, *ex* artículo 2.843-I del Código Civil italiano, es necesaria la anotación registral, al margen de la inscripción registral de constitución/nacimiento de la hipoteca, de la transmisión de ésta (transmisión junto con el crédito garantizado, claro).

Visto el carácter legalmente constitutivo que, *ex* artículo 2.808-II del Código Civil italiano, tiene en Italia la inscripción registral de constitución/nacimiento de la garantía hipotecaria, es frecuente ver sostener en la doctrina italiana que la anotación marginal del

La opinión que acabo de expresar, diverge de la sostenida por nuestra doctrina mayoritaria. Para ésta (18), la inscripción registral del contrato de cesión del crédito hipotecario —del crédito *con* la garantía hipotecaria accesorio—, es, *tanto para el crédito, como para la hipoteca accesorio* —o sea, sin distinguir entre uno y otro derecho— requisito de *mera oponibilidad*/

artículo 2.843-I del Código Civil italiano tiene el mismo carácter constitutivo —o sea, hasta que esa anotación no se practique, la transmisión, al cesionario, de la hipoteca accesorio no se produce— que la inscripción registral en base a la cual se produce la primera adquisición de la garantía hipotecaria. Por tanto, esa anotación es un asiento formalmente marginal (por practicarse al margen de la inscripción registral de constitución/nacimiento) y sustancialmente constitutiva (del efecto transmisivo de la hipoteca). Vid., por ejemplo, MAIORCA, voz «Ipoteca (diritto civile)», en *Noviss.Dig.it.*, IX, Torino, 1982 (reimp.), núm. 104, pág. 139, y núm. 100, pág. 137; PAVARIN, en Cian/Trabucchi, *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 1981, sub artículo 2.843, pág. 1099; RAVAZZONI, *Trattato di diritto privato*, 20, Torino, 1990 (reimp.), págs. 65-66; ID., voz «Ipoteca I (Ipoteca immobiliare)», en *Enc.giur.Treccani*, XVII, Roma, 1989, núm. 5.6; TOZZI, en Rescigno (dir.), *Codice civile*, Milano, 1992, sub artículo 2.843, núm. 2; ZIO, en Perlingieri (dir.), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, VI, Napoli-Bologna, 1991 (2.ª ed.), sub artículo 2.843, núm. 1, págs. 414-415.

Como precisan algunos de estos autores (RAVAZZONI, *Trattato*; TOZZI y ZIO) la anotación marginal del artículo 2.843-I del Código Civil italiano es sólo requisito constitutivo de la transmisión *de la garantía hipotecaria accesorio*, no en cuanto a la transmisión del crédito garantizado. Respecto de éste, la cesión es eficaz *inter partes* por la sola perfección del contrato de cesión, y frente al deudor cedido desde que éste la conoce (art. 1.264 del Código Civil italiano). Lo que implica que el cesionario desde esos dos respectivos momentos, y sin necesidad de anotación registral del contrato de cesión, es ya titular del crédito cedido (pero sin la garantía hipotecaria accesorio, cuya adquisición está legalmente supeditada a la anotación registral constitutiva) frente al cedente y al deudor.

(18) Vid., por ejemplo, ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, IV, 2, Barcelona, 1979 (7.ª ed.), págs. 870, 871 y 872; GUILARTE, *Comentarios cit.*, sub artículo 1.878, págs. 617-618; DE COSSIO, *op. cit.*, pág. 360; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, II, pág. 258; ID., *Sistema*, III, pág. 555; GARCÍA GARCÍA, *Comentario cit.*, sub artículo 1.878, pág. 1913; GAVIDIA, *op. cit.*, págs. 185 y 215 y sigs.; PEÑA, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1986 (2.ª ed.), págs. 443 (nota 8), 444 y 445; SANCHO, *Elementos*, III, 2, pág. 377 [en contradicción con lo dicho en la pág. 358. Vid., *retro*, nota 308]; CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, II, 2, Madrid, 1988 (14.ª ed., rev. por Marín Pérez), pág. 475; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, 1983 (3.ª ed.), III, 3, pág. 186; SANTOS MORÓN, *op. cit.*, pág. 389 y nota 61, y pág. 396; CHICO ORTIZ, *Estudios sobre Derecho hipotecario*, II, Madrid, 1994 (3.ª ed.), págs. 1585-1586 y 1589; BLASCO, en LÓPEZ/MONTES, *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Valencia, 1994, pág. 730; YSÁS, en *CCJC*, 21, 1989, pág. 775 y sigs., y allí, págs. 783-784.

En la jurisprudencia, en igual sentido que la doctrina mayoritaria, Sentencia del TS de 29 de junio de 1989 (RA 4797; está también, pero con fecha equivocada, en *CCJC*, 21, 1989, pág. 775 y sigs., comentada por Ysás), FD 2.º: «si ciertamente la normativa contenida en los indicados preceptos de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento aluden a la exigencia de inscripción en el Registro de la Propiedad del crédito hipotecario cedido, ello hay que entenderlo en sus efectos con relación con terceros, puesto que en esta materia el ordenamiento jurídico español, tanto en el orden civil como en el hipotecario, sigue la orientación, y consiguientemente normativa, de que la inscripción es meramente

eficacia de la cesión/transmisión frente a terceros (extraños al contrato de cesión) distintos del deudor cedido.

La exigencia legal (*ex art. 149 LH*) de la inscripción registral de la transmisión de la hipoteca (con el crédito por ella garantizado), no tendría, pues, según la opinión mayoritaria, *también respecto del derecho real de hipoteca*, otro sentido que el de publicar registralmente, y hacer así oponible frente a terceros, el cambio jurídico-real (en la titularidad de la hipoteca transmitida) que ya se ha producido extrarregistralmente e *inter partes* del contrato de cesión (cedente y cesionario) por la sola perfección/conclusión del título transmisivo/contrato de cesión.

O sea, dicho negativamente, la falta de inscripción registral del contrato de cesión no impide la adquisición —frente al cedente— de la hipoteca (junto con el crédito por ella garantizado) por parte del cesionario, pero adosa al cesionario/adquirente el riesgo de la falta de publicidad, y, por tanto, de oponibilidad/eficacia frente a terceros, de la cesión ya operada *inter partes* pero no inscrita: en particular, frente a terceros sucesivos adquirentes del mismo cedente (doble cedente del mismo crédito hipotecario: del crédito *con* la hipoteca accesoria).

No tengo que decir que, según mi criterio, la equivocación de la opinión doctrinal mayoritaria, estriba, precisamente, en no distinguir (y, por tanto, confundir), en cuanto al valor/significado de la inscripción registral del contrato de cesión, entre *derecho de crédito* cedido y *derecho real de hipoteca accesorio*, transmitido junto con el primero. Lo que vale para el crédito —es verdad que la inscripción registral *no* es elemento constitutivo de su ley de tráfico; es verdad que el crédito se transmite al cesionario por la sola perfección del contrato de cesión; es verdad que *inter partes* del contrato de cesión

declarativa, y en consecuencia sólo robustece el título inscrito frente a dichos terceros a los efectos de la fe pública registral, y por ello la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de la cesión de créditos hipotecarios... lo corrobora el artículo 1.526 del Código Civil, cuando indica que la «cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero, sino desde que su fecha deba tenerse por cierta, en conformidad a los artículos 1.218 y 1.227» y «si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro», lo que *a sensu contrario*, da a entender, como proclaman las Sentencias de 16 de octubre de 1982 (RA 5558), 11 de octubre de 1983 y 23 de octubre de 1984 (RA 4972), que tal precepto se limita a expresar los efectos contra terceros en cuanto a fecha de la cesión, pero no priva de eficacia a la cesión entre el cesionario demandante y ejecutante del crédito cedido y el demandado deudor hipotecario... [y esto es así] por tener la hipoteca un carácter accesorio del crédito, de modo que aquélla subsiste en tanto éste también subsiste, lo que atribuye al crédito la cualidad de elemento principal de la relación jurídica y lleva a reconocer que corresponde [la hipoteca accesoria] a la misma persona que sea titular del crédito garantizado, al no ser la hipoteca un derecho independiente, o sea, con existencia propia, sino que vive al servicio del crédito, estando conectada a éste y que sigue su suerte, y así viene calificado por el artículo 1.528 del Código Civil».

la transmisión del crédito, al cesionario, consiguientemente, se produce desde la perfección del contrato de cesión y sin necesidad de la inscripción registral de éste—; no vale, en cambio, para la hipoteca, porque este otro derecho está sujeto a una distinta ley de tráfico, en la que la inscripción registral sí es elemento constitutivo (razón por la cual, el cesionario no inscrito —titular, en todo caso, frente al cedente, del crédito cedido— no puede decirse titular de la hipoteca accesoria, ni siquiera frente al cedente).

Me parece, igualmente, que nuestra doctrina mayoritaria se contradice, al afirmar, por un lado, el carácter constitutivo de la inscripción registral a efectos de constitución/nacimiento del derecho real de hipoteca (de la primera adquisición de ésta); y al negar, por otro, el carácter constitutivo de la inscripción registral a efectos de la transmisión de ese mismo derecho real (de sus adquisiciones sucesivas a la primera). Pues ya he dicho que el silencio de la ley respecto del valor de la inscripción registral en el segundo caso —la falta de una excepcional distinción legal con el primero— conduce necesariamente a su asimilación (legal) con el primero.

No debe pensarse, sin embargo, que la aludida contradicción se haya producido en nuestra doctrina mayoritaria de forma inadvertida, sino, al contrario, de forma deliberada y con plena conciencia de ella. Y, así, en nuestros autores, no es infrecuente ver distinguidos y contrapuestos el respectivo valor de la inscripción registral a efectos de constituir el derecho real de hipoteca y a efectos de transmitirlo (19): el carácter constitutivo de la inscripción registral se limita al primer efecto, pero no rige, en cambio, respecto del segundo. La hipoteca accesoria, *inter partes* del contrato de cesión, se transmitiría con el crédito (*ex art. 1.528 del Código Civil*), simultáneamente con éste, por la sola perfección del contrato de cesión, sin necesidad de inscripción registral —de la que, por su carácter meramente declarativo, sólo dependería la oponibilidad/eficacia del efecto transmisivo, *tanto de crédito como de hipoteca accesoria*, frente a terceros distintos del deudor cedido—.

Yo no veo en la ley vigente ningún fundamento para esa discriminación del valor/significado de la inscripción registral a uno y otro indicado efecto, y tampoco logra convencerme de ello ninguno de los argumentos que, a ese fin, se emplean en la doctrina mayoritaria:

1. El carácter meramente declarativo, no constitutivo, de la inscripción registral del título transmisivo/contrato de cesión, respecto de la transmisión del derecho real de hipoteca, no puede argumentarse de que ese sea el valor

(19) Vid., así, por ejemplo, ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV, 2, págs. 871-872; GARCÍA GARCÍA, *Comentario cit.*, sub artículo 1.878, pág. 1913; SANTOS MORÓN, *op. cit.*, nota 61, pág. 389; CLAVERÍA, en *CCJC*, 8, 1985, pág. 2527 y sigs., y allí, págs. 2532-2533; YSAS, en *CCJC*, 21, cit., págs. 783-784.

que *generalmente* la ley atribuye a toda inscripción registral dentro de nuestro sistema registral inmobiliario. Pues resulta que *excepcionalmente* la ley ha atribuido valor constitutivo precisamente a la inscripción registral de hipoteca (arts. 145 LH y 1.875 del Código Civil) —lo ha hecho para su constitución/nacimiento, y eso mismo vale, como vengo repitiendo, para su transmisión, a falta de indicación legal exceptiva en contrario.

2. Que la hipoteca accesoria se transmita, al cesionario, con el crédito que aquélla garantiza, por la sola conclusión/perfección del contrato de cesión —*inter partes*: con eficacia frente al solo cedente—, tampoco puede argumentarse del artículo 1.528 del Código Civil. Pues [vid. *retro*, sub 2)] una cosa (cierta) es que la hipoteca accesoria *sólo* puede transmitirse con el crédito que garantiza, y que siempre que se transmite el crédito garantizado, se hace, *en principio o como regla*, con la hipoteca accesoria; y otra cosa diferente (y falsa) es que la transmisión de la hipoteca accesoria —por supuesto, *con* el crédito garantizado— pueda prescindir de la aplicación de la ley de tráfico específica de la garantía hipotecaria —en la que la inscripción registral es elemento co-constitutivo, junto con el (válido) título transmisivo (arts. 149, 145 LH, y 1.875 del Código Civil)—, y que dicha transmisión de hipoteca se sujete a la ley de tráfico de un derecho diferente, de distinta naturaleza: el crédito garantizado —para cuya transmisión, ciertamente, no es requisito constitutivo la inscripción registral.

3. Ni puede, asimismo, fundarse la opinión mayoritaria en lo que dispone el artículo 1.526 del Código Civil. Pues que este precepto haga, como ciertamente hace, de la inscripción registral del contrato de cesión del crédito hipotecario (del crédito *con* la garantía hipotecaria accesoria), instrumento de *oponibilidad/eficacia*, frente a terceros distintos del deudor cedido, de la transmisión *tanto* del crédito garantizado *como* de la hipoteca accesoria, es perfectamente compatible con que, *sólo para la garantía hipotecaria accesoria*, otras normas del sistema (arts. 149, 145 LH, 1.875 del Código Civil) hagan de esa misma inscripción registral de su título transmisivo/contrato de cesión, *además* de instrumento de publicidad/oponibilidad de dicho efecto jurídico-real (transmisivo) frente a terceros distintos del deudor cedido [pues constitutividad y publicidad/oponibilidad son efectos registrales compatibles: la inscripción registral constitutiva, *además* de su efecto específico (constitutivo), no deja de producir los efectos comunes a toda inscripción registral (declarativa); en concreto, no deja de ser instrumento de publicidad/oponibilidad del mismo efecto jurídico-real del que es requisito constitutivo], requisito constitutivo de la transmisión, al cesionario, del derecho real de hipoteca accesorio.

O sea, el artículo 1.526 del Código Civil sólo se ocupa de un aspecto de la eficacia/valor de la inscripción registral del contrato de cesión —aspecto que es común a crédito garantizado e hipoteca accesoria—; pero a él hay que

añadir (*ex arts. 149, 145 LH y 1.875 del Código Civil*) otro aspecto, que es sólo propio de la hipoteca accesorio, y que, para ésta, se añade y superpone (no siendo incompatible con él) al anterior.

Con la única consideración del artículo 1.526 del Código Civil, por tanto, sólo se resuelve el valor de la inscripción registral *respecto del crédito garantizado cedido* (que se transmite con la hipoteca accesorio). Y porque *no* es elemento constitutivo de su transmisión/cesión, ésta se produce *inter partes* (frente al cedente), en favor del cesionario, por la sola perfección del contrato de cesión; y porque es requisito de oponibilidad/eficacia frente a terceros distintos del deudor cedido, el cesionario no inscrito puede perder el crédito ya adquirido (y no llegar a adquirir la hipoteca accesorio que se le transmitió con él, pero no simultáneamente con él), si el cedente, amparado en la apariencia registral, vuelve a transmitir el mismo crédito hipotecario (el crédito con la hipoteca accesorio) a un tercero —cesionario sucesivo— que reúne los requisitos del artículo 34 LH.

Para determinar, en cambio, el valor de la inscripción registral *respecto de la hipoteca accesorio* (transmitida con el crédito garantizado), no basta la sola consideración del artículo 1.526 del Código Civil, sino que hay que tener en cuenta, *además*, los artículos 149, 145 LH y 1.875 del Código Civil. Y, por eso, el cesionario no inscrito, mientras no inscriba, no es (ni siquiera frente al cedente) titular de la hipoteca accesorio que se transmitió con el crédito cedido (pero no simultáneamente con él: aunque dicho cesionario sí sea ya, frente al cedente, titular del crédito garantizado, por la sola perfección del contrato de cesión no inscrito). Y, por eso, la protección *ex artículo 34 LH*, del cesionario sucesivo que inscribe, frente al primer cesionario, no inscrito, protección que implica adquisición, de manos del doble cedente, por aquél, de *crédito e hipoteca accesorio*, descansa, *en cuanto al crédito*, en la mera inoponibilidad, respecto del segundo cesionario (que inscribió su adquisición), de la cesión no inscrita, aunque eficaz *inter partes* (aunque el primer cesionario, no inscrito, hubiese adquirido ya, frente al cedente, el crédito cedido por el solo contrato de cesión no inscrito, es despojado sucesivamente de esa adquisición, *ex artículo 34 LH*, en favor del segundo cesionario, inscrito); y, *en cuanto a la hipoteca accesorio*, en la *no consumación*, en favor del primer cesionario, no inscrito —no consumación por falta de inscripción registral co-constitutiva; falta de inscripción registral que implica, por supuesto, *además*, falta de publicidad/oponibilidad del efecto transmisivo supeditado a esa inscripción registral—, de la transmisión de la garantía hipotecaria accesorio (de la que seguía siendo titular, mientras la inscripción registral no se practicase, el cedente; titularidad efectiva y registral de la hipoteca accesorio, por parte del cedente, que creaba, además, la apariencia registral, frente a terceros, de titularidad del crédito garantizado con ella, aunque éste hubiese sido ya, ex-

traregistralmente e *inter partes* —sólo frente al cedente—, transmitido al primer cesionario, no inscrito).

4. Es cierto que la transmisión de la hipoteca accesoria, *una vez consumada*, conduce aquí, como en toda adquisición derivativa, a que el cesionario adquiera exactamente *la misma garantía hipotecaria* (en cuanto a, por ejemplo, objeto, alcance cuantitativo/coertura, rango registral/antigüedad) de que era titular anterior el cedente/transmitente. Lo mismo vale, por supuesto, para el derecho de crédito cedido, junto al que la hipoteca accesoria se transmite. Para ambos vale, consiguientemente, lo que en tal sentido dispone el artículo 149-III LH.

Puesto que el cesionario adquiere la *misma hipoteca* de que fue titular anterior su transmitente/cedente, esto significa, en particular, que la adquiere con el mismo *rango registral/antigüedad* que tenía para éste: el resultante (*ex art. 24 LH*) de la inscripción registral en cuya virtud dicha hipoteca, que sucesivamente se transmite, se constituyó/nació —o sea, el resultante de la inscripción registral practicada en favor del transmitente/cedente, si éste es el titular originario (primer adquirente) de la hipoteca por él después transmitida.

Lo que, a su vez, determina que al cesionario nunca le perjudique, *en cuanto a la antigüedad/rango registral de la hipoteca accesoria a él transmitida* (20), el *retraso en la inscripción registral de la cesión* operada en su favor. Puesto que, si bien, mientras él no inscriba su título transmisivo, no podrá decirse (nuevo) titular de la hipoteca transmitida, *una vez practicada esa inscripción registral*, cualquiera que sea su fecha, consumará la adquisición en su favor de la hipoteca transmitida, pero, precisamente, por ser la misma cuya titularidad ostentaba el transmitente/cedente, con la antigüedad/rango registral que deriven de la inscripción registral practicada, en su día, en favor de éste (si fue esa inscripción la que determinó el nacimiento, primera adquisición de la hipoteca en cuestión).

Ni, por la misma razón, perjudican al cesionario *inscrito* —y, como tal, adquirente de la hipoteca accesoria transmitida: de la misma de que fue titular originario el cedente— los gravámenes constituidos (o las enajenaciones realizadas) en favor de terceros, por el titular registral del dominio de la finca hipotecada, que hayan tenido acceso al Registro de la Propiedad con posterioridad a la inscripción registral de la hipoteca en favor del cedente/transmitente (insisto, si éste fue el titular originario, primer adquirente de esa hipoteca accesoria luego transmitida), pero antes de la inscripción registral, por el cesionario, de su propio título adquisitivo de la hipoteca (con el crédito por

(20) Que no le perjudique a ese efecto, no significa que el retraso en la inscripción registral de la cesión no le perjudique, en cambio, a otro diferente: en particular, el riesgo que, *ex artículo 34 LH*, significa la cesión no inscrita respecto de terceros adquirentes del cedente/titular registral.

ella garantizado): el contrato de cesión. Pues, por resultar evidente que el cesionario *inscrito* (aun después de que lo fueran esas enajenaciones/gravámenes en favor de terceros) es *ahora* el titular de la *misma* hipoteca que antes fue del cedente/transmitente, su garantía hipotecaria (por tener el mismo que tenía para su titular anterior) tiene rango registral preferente respecto de todos los actos de gravamen que han accedido al Registro con posterioridad a la inscripción registral en cuya virtud se constituyó/nació esa hipoteca (la inscripción registral en favor del transmitente/cedente, siendo éste el primer adquirente de la hipoteca, su titular originario). Y, por la misma razón, quienes escribieron su adquisición del dominio de la finca hipotecada con posterioridad a esa misma inscripción registral de hipoteca, deberán seguir sopor-tando la hipoteca previamente inscrita, ahora (en virtud de una cesión/transmisión inscrita después de que lo fueran las adquisiciones de esos terceros) con titular distinto: el cesionario que inscribió su propia adquisición de la hipoteca preexistente después de la del dominio de los terceros.

Ahora bien, de estos particulares efectos y otros semejantes que derivan de la aplicación, a la garantía hipotecaria accesorio, del principio general (de las adquisiciones derivativas) contenido en el artículo 149-III LH —efectos que, por la propia distinción de supuestos, son propios de la transmisión/adquisición sucesiva de la hipoteca, y no se dan, en cambio, para su constitución/primer adquisición—, ningún argumento puede extraerse en favor del carácter no constitutivo de la inscripción registral en cuanto a la transmisión de la hipoteca (a diferencia que para su constitución/nacimiento) (21), pues para que el cesionario adquiera la *misma hipoteca* accesorio de su cedente/transmitente (y se beneficie de *todas* —las vistas y las demás— las consecuencias que de ello derivan), como he ido repitiendo en los ejemplos antes puestos, ese efecto adquisitivo de la hipoteca accesorio ha de haberse *consumado según la ley de tráfico aplicable a este derecho real*; y, conforme a ésta, tal consumación sólo se produce con la inscripción registral (co-constitutiva) del título adquisitivo (contrato de cesión) del cesionario/adquirente. Por eso, me he ido repitiendo, para el derecho real de hipoteca (accesorio del crédito cedido, transmitido junto con éste), es sólo el cesionario *inscrito* el único posible beneficiario de todas las consecuencias implicadas en la adquisición del mismo derecho de su transmitente (de la misma hipoteca accesorio de que era antes titular el cedente/transmitente).

Dice ROCA SASTRE (22), desde la perspectiva de la doctrina mayoritaria, que así como la inscripción registral robustece la cesión del crédito hipotecario, al hacerla surtir efectos (hacerla eficaz/ponible) contra terceros (distintos

(21) En sentido contrario, GARCÍA GARCÍA, *Comentario cit.*, sub artículo 1.878, pág. 1913.

(22) *Op. cit.*, IV, 2, pág. 874.

del deudor cedido), la notificación al deudor cedido la refuerza en el sentido de vincular a éste (hacer eficaz/oponible la cesión frente a él).

En mi opinión, por todo lo dicho, esa asimilación funcional, entre inscripción registral y notificación al deudor cedido, no es completamente exacta. Hay un *quid distinctum* que hace de la inscripción registral algo más (sin dejar, tampoco, de serlo) que un simple requisito de oponibilidad/eficacia —frente a terceros distintos del deudor cedido—, y que deriva de su condición de elemento co-constitutivo —junto con el título transmisivo/contrato de cesión— de la ley de tráfico del (solo) *derecho real de hipoteca* que se transmite junto con el crédito cedido. Cosa que, en cambio, no sucede con la notificación al deudor cedido, ni para el *crédito*, ni para la *hipoteca* accesoria que se transmite con él.

Razón por la cual, insisto una vez más, mientras el cesionario no inscriba en el Registro de la Propiedad el contrato de cesión (título transmisivo de la hipoteca accesoria que se transmite con el crédito que garantiza) no puede decirse (nuevo) titular de la hipoteca accesoria transmitida con el crédito cedido, por mucho que lo sea ya de éste —frente al cedente— por la sola conclusión/perfección del contrato de cesión no inscrito (23). La distinta ley de tráfico de uno y otro derecho es lo que posibilita ese resultado —transmisión/adquisición no simultánea de lo que se transmite conjuntamente, y consiguiente separación temporal de sus respectivas titularidades—.

Y si el cesionario no inscrito, *no* es (ni siquiera frente al cedente) titular de la hipoteca accesoria transmitida junto con el crédito cedido, esto significa que, mientras no inscriba, carece por completo de todas las facultades y acciones que se integran en el contenido del derecho de hipoteca. En particular, como no titular de la hipoteca accesoria, no podrá promover su ejecución por ninguno de los procedimientos hábiles: no sólo —esto es evidente— por la vía del procedimiento judicial sumario o extrajudicial sumario, que exigen la inscripción registral, *a favor del acreedor ejecutante*, claro, de la hipoteca que se ejecuta —respectivamente, arts. 131, 3.^a, 2.^o y 236-a,a) LH— (24); sino, también, por

(23) En igual sentido, RUBIO GARRIDO, *La propiedad* cit., pág. 227.

(24) Por este dato legal, coincide en el resultado, respecto de dichos procedimientos ejecutivos, incluso un autor que *no* considera la inscripción registral del contrato de cesión como constitutiva en cuanto a la transmisión de la hipoteca accesoria: PEÑA, *op. cit.*, nota 10, pág. 444.

El TS, en Sentencia de 29 de junio de 1989 (RA 4797 y CCJC 21, 1989, pág. 775 y sigs. [pero en este otro lugar la sentencia figura con fecha equivocada], comentada por YSAS), ha reconocido legitimación (activa) para promover la ejecución de la hipoteca accesoria por el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, al cesionario *no inscrito* de un crédito hipotecario.

En el caso, la cesión de *qua* era consecuencia de la disolución del Banco cedente que, por ello, transmite en globo todo su activo —y, dentro de él, el crédito hipotecario de autos— y pasivo al Banco cesionario. Esta transmisión se hizo, en escritura pública, por

la vía del juicio ejecutivo ordinario de la LEC. Lo que sí podrá hacer el cesionario no inscrito es recurrir a este último procedimiento, si el contrato de cesión no inscrito consta en *escritura pública*, para ejercitar/cobrar en vía ejecutiva (ex art. 1.429-1 LEC) el *derecho de crédito* cedido, del que sí es ya titular por la sola perfección del contrato de cesión no inscrito.

La necesidad de la inscripción registral (constitutiva) para que se produzca la transmisión, al cesionario, de la hipoteca accesorial, tiene una clara

los representantes del Banco que se disuelve, pero la cesión del crédito hipotecario de *quo*, como digo, no fue objeto de inscripción registral a favor del Banco cesionario (por lo que en el Registro seguía figurando como titular del crédito hipotecario cedido el Banco cedente, ya disuelto).

Los actores en el juicio (declarativo) que motiva la sentencia del TS (el deudor hipotecario sujeto pasivo de la ejecución hipotecaria y, tras la muerte de éste, sus herederos), pedían la nulidad del juicio ejecutivo sumario de la hipoteca accesorial al crédito cedido, juicio ya concluido con remate, y que se había promovido [sin que ello, sorprendentemente, suscitase ningún reparo al Juez ante el cual la ejecución se promovió] por el cesionario no inscrito.

El TS desestima el recurso de casación de los demandantes, confirmando, así, el criterio de las instancias (desestimatorio de la demanda).

En sustancia, y por lo que concierne al único punto que aquí interesa, la doctrina de esta sentencia puede resumirse así:

1. El acuerdo transmisivo universal/disolutorio hecho en escritura pública, confiere legitimación activa al Banco cesionario, a los efectos del juicio ejecutivo sumario del artículo 131 LH, al colocarle en el mismo lugar del Banco cedente disuelto y titular registral de la hipoteca ejecutada (FD 1.^o).

2. El hecho de que el Registrador denegase la inscripción registral (de dominio) en favor del tercero rematante, y también la cancelación de la hipoteca ejecutada y de los asientos registrales posteriores a la inscripción registral de ésta, entre otras razones, y, fundamentalmente, por no figurar la hipoteca ejecutada inscrita a favor del Banco cesionario/ejecutante, no implica, sin embargo, nulidad de las actuaciones en el juicio ejecutivo de *quo*, pues la falta de inscripción registral del Banco cesionario/ejecutante es un defecto subsanable ex artículo 244 RH —aportando al Registro de la Propiedad la escritura pública de transmisión universal comprensiva, también, de la cesión del crédito hipotecario de autos—, y también son defectos subsanables los otros defectos alegados por el Registrador.

A pesar de todo lo cual, parece evidente que, ex artículo 131 LH (3.^a y 4.^a), el Banco cesionario nunca debió ser admitido, como parte actora, en la ejecución hipotecaria de autos, hasta que inscribiese (lo que era muy sencillo, aportando la escritura pública de transmisión universal al Registro) la cesión del crédito hipotecario de *quo*. Sin esa inscripción registral, no puede decirse (nuevo) titular de la garantía hipotecaria accesorial (ni, por tanto, de la facultad de promover su ejecución), y, en todo caso, carece de legitimación para promover un procedimiento ejecutivo que (*legalmente*) descansa, precisamente, en la *titularidad registral* de la hipoteca ejecutada. Vid., también en sentido crítico, sobre la doctrina de esta sentencia, Ysàs, en CCJC, 21, pág. 785 y sigs.; GARCÍA GARCÍA, *Comentario cit.*, sub artículo 1.878, pág. 1914, V.

La justificación *práctica* de la doctrina de esta sentencia parece ser de simple oportunidad (en igual sentido, Ysàs, *ib.*, pág. 787): se trata, a toda costa, de evitar tener que repetir un procedimiento —el juicio ejecutivo sumario de la hipoteca de *qua*—, cuyo resultado sería siempre el mismo (repetición de la ejecución, previa subsanación, por la inscripción registral de la cesión inicialmente no inscrita, de la falta de titularidad regis-

excepción legal (arts. 150 LH y 244 RH) cuando se trata de la cesión de *créditos incorporados a títulos a la orden o al portador* garantizados con hipoteca. Entonces (25), la transmisión de la hipoteca accesoria *junto con* el crédito cedido se hace, también, *simultáneamente* con la cesión/transmisión de éste y de forma extrarregistral: por la sola transmisión —con arreglo a su propia ley de tráfico: entrega o endoso— del documento (título-valor) al que el crédito cedido está incorporado, sin que, por tanto, quede ningún reflejo registral de todas las transmisiones (del crédito *con y simultáneamente con* la hipoteca accesoria) que se vayan sucesivamente realizando.

La razón de esta excepción legal debe buscarse en la propia naturaleza de los créditos garantizados con la hipoteca accesoria: su incorporación al título-valor (endosable o al portador) está pensada para facilitar su tráfico; y la ley no ha querido que esta ventaja se pierda cuando existe la garantía hipotecaria accesoria (en forma que ésta —su transmisión con el crédito incorporado al título-valor— suponga una rémora para la ágil circulación de los correspondientes títulos-valores). La forma de conseguirlo bien se ve: sujetando a la hipoteca accesoria a la misma ley de tráfico (ágil y facilitadora de su circulación) del crédito garantizado con ella e incorporado al título-valor.

Debe advertirse que este resultado —agilizador del tráfico, también de la hipoteca accesoria— se ha conseguido *sin* menoscabo de la seguridad del Registro de la Propiedad. El titular, en cada momento, del crédito incorporado al título-valor y de la garantía hipotecaria a él accesoria resulta perfectamente identificado/determinado *ex re* por el propio título —su último poseedor, el último endosatario—, título que, a su vez —en la completa emisión que, en su caso, se hiciera—, está escrupulosamente identificado (art. 154 LH) en el

tral y efectiva, por parte del cesionario/ejecutante, de la hipoteca ejecutada). El TS, para no repetir la ejecución, opta, a ejecución ya realizada por el cesionario no inscrito, en vez de exigir la inscripción registral previa a la ejecución (*que es lo que la LH exige*), con la consiguiente anulación de la ejecución ya consumada, por una subsanación *a posteriori* (posterior a la ejecución de la hipoteca) de la falta de titularidad registral del cesionario ejecutante: que, aun después de esa ejecución ya consumada, se inscriba primero la cesión en su favor, lo que permitirá, a su vez, el sucesivo acceso al Registro de la Propiedad de la titularidad dominical del tercero rematante, titularidad producto de la ejecución hipotecaria ya realizada.

(25) Vid. ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV, 2, pág. 879 y sigs.; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, III, 3, pág. 188.

En el Derecho italiano, *ex* artículo 2.831-I del Código Civil italiano, la anotación registral que, como regla (*ex* art. 2.843 del Código Civil italiano), se requiere como requisito constitutivo de la transmisión de la hipoteca, no es necesaria, en cambio, para la transmisión de una hipoteca que garantice una obligación cartular a la orden. En este caso, la hipoteca accesoria se transfiere automáticamente (y, por lo tanto, *simultáneamente*) con el título al que se incorpora el crédito garantizado, según la ley de circulación de ese título (por endoso) y sin necesidad de formalidades ulteriores (vid., PAVARIN, *op. cit.*, *sub* art. 2.843, pág. 1099).

Registro de la Propiedad, al practicar la inscripción registral de constitución/nacimiento de la hipoteca (en el folio registral de la finca hipotecada). De esta forma, la falta de publicidad registral de las sucesivas transmisiones de los títulos (y, con ellos, de crédito garantizado e *hipoteca accesorio*), se suple con la publicidad registral del propio título, sobre cuya base —por posesión o endoso— se determina el titular de crédito e hipoteca. Se trata, pues, de una publicidad registral por remisión al título, en el momento de constituirse la hipoteca, que permite prescindir del reflejo registral de las transmisiones que el título experimente sucesivamente (a dicho momento constitutivo), y que está en consonancia, como digo, con la especial vocación al tráfico de estos títulos-valores.

Esta inscripción registral de la hipoteca accesorio por referencia al título-valor —y la consiguiente legitimación/titularidad registral de crédito e hipoteca accesorio *ob rem*: por el título, según la ley de circulación propia de él— es la que permite decir al artículo 154-II *in fine* LH, en materia de títulos al portador, que en la inscripción registral de la hipoteca se hará constar que ésta queda constituida a favor de los poseedores presentes y *futuros* de los títulos. Lo mismo, desde luego, cabe decir, para los títulos a la orden, respecto de los endosatarios sucesivos (26).

B) En cuanto al *crédito cedido*, doy, desde luego, la razón a nuestra doctrina mayoritaria, en el sentido de que la inscripción registral del contrato de cesión *no* es requisito constitutivo de su ley de tráfico. Conforme a ésta, *inter partes* del contrato de cesión (frente al solo cedente), el cesionario adquiere el crédito cedido por la sola perfección del contrato de cesión, sin necesidad de su inscripción registral —pero la hipoteca accesorio, que se transmite con el crédito cedido, mas no simultáneamente con él, conforme a su propia ley de tráfico, sólo la adquirirá el cesionario con la inscripción registral (constitutiva) de su título transmisivo/contrato de cesión.

También suscribo la opinión de nuestra común doctrina, pero la limito *al solo crédito cedido, cuando éste se transmita con la hipoteca accesorio*, de que, *ex artículo 1.526 del Código Civil*, la inscripción registral, en el Registro de la Propiedad, del contrato de cesión, es un mero requisito de oponibilidad/eficacia frente a terceros distintos del deudor cedido, de la transmisión, al cesionario, del crédito cedido —que, en cambio, frente al cedente, ya se ha producido por la sola perfección del contrato de cesión, sin necesidad de inscripción registral.

Comparto la opinión que los terceros (distintos del deudor cedido) legalmente protegidos por la falta de publicidad registral de la cesión no inscrita —o sea, los terceros que legítimamente pueden desconocerla: frente a los

(26) En igual sentido, ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV, 2, pág. 880.

cuales no es (legalmente) eficaz— son los *terceros adquirentes* —de la hipoteca accesoria con el crédito por ella garantizado; o de algún derecho real inmobiliario (subhipoteca) sobre la hipoteca accesoria con el crédito— del cedente/titular registral, que reúnan *todos* los requisitos —no basta, pues, adquirir de un titular registral (el cedente) e inscribir la propia adquisición— del artículo 34 LH (27). La falta de cualquiera de ellos excluye, pues, al tercero de la protección legal.

Como digo, el ámbito objetivo de la protección, *ex* artículo 1.526 del Código Civil, de los terceros adquirentes del cedente/titular registral, es tan amplio cuanto lo es el ámbito aplicativo del artículo 34 LH: abarca, también, por ejemplo (28), la adquisición por un tercero, de un derecho real de subhipoteca recayente sobre el crédito hipotecario cuya cesión (del crédito *con* la hipoteca accesoria) no se ha inscrito en el Registro de la Propiedad, derecho real de subhipoteca constituido en favor del tercero por el cedente/titular registral del crédito hipotecario subhipotecado; o los casos (29) del tercero beneficiario de una posposición de rango registral hecha por el cedente/titular registral (por la no inscripción registral de una cesión previa del crédito hipotecario: del crédito *con* la garantía hipotecaria accesoria), del tercero beneficiario de una liberación parcial de la hipoteca concertada con el cedente/titular registral (en esa misma circunstancia de previa cesión no inscrita), de los terceros rematantes, adjudicatarios del bien hipotecado en la ejecución hipotecaria promovida por quien —cedente— todavía figura en el Registro de la Propiedad, por la falta de inscripción registral de una anterior cesión, como titular de la hipoteca ejecutada.

En particular, como señala nuestra común doctrina, *ex* artículos 1.526 del Código Civil y 34 LH, se resuelve el conflicto de la doble (o múltiple) cesión —transmisión del crédito cedido *con* la garantía hipotecaria accesoria— hecha, respecto de un mismo crédito hipotecario y por un mismo cedente, sucesivamente en favor de distintos cesionarios.

Entonces, por aplicación de dichas normas, si la primera cesión no se inscribió en el Registro de la Propiedad (lo que es suficiente para que el primer cesionario, no inscrito, no haya adquirido, todavía, la garantía hipotecaria accesoria; y no impide, en cambio, que por la sola perfección del contrato de cesión haya adquirido el crédito cedido, pero *sólo* con efecto frente al cedente, no frente a persona distinta de él), y si el cedente, amparándose

(27) En el mismo sentido, por ejemplo, ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV, 2, pág. 872; PEÑA, *op. cit.*, págs. 444-445; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, III, cit., pág. 258; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, III, 3, pág. 186; SANTOS MORÓN, *op. cit.*, págs. 396-397; SANCHE, *Elementos*, III, 2, pág. 377.

(28) Este ejemplo es de ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV, 2, pág. 872.

(29) Todos estos otros ejemplos de PEÑA, *op. cit.*, págs. 444-445.

en la apariencia registral (el Registro de la Propiedad lo publica como titular de la hipoteca accesorio —y, efectivamente, lo sigue siendo, a falta de la inscripción registral de la primera cesión—, y la titularidad registral de la hipoteca apareja la apariencia registral de titularidad del crédito garantizado con ella —éste se ha transmitido ya al primer cesionario, no inscrito, pero sólo con efecto frente al cedente, no frente a los terceros que, *ex art. 34 LH*, estén protegidos por la ley—), vuelve a transmitir, a un segundo cesionario, el mismo crédito hipotecario (el mismo crédito inicialmente cedido, *con* su hipoteca accesorio), y este segundo cesionario sí inscribe su adquisición/contrato de cesión, reuniendo todos los demás requisitos del artículo 34 LH —en particular, aquí la buena fe del segundo cesionario consistirá en la ignorancia excusable de la primera cesión, no inscrita—; entonces, digo, *ex* artículos 1.526 del Código Civil y 34 LH, será el segundo cesionario (el inscrito), el que prevalezca sobre el primero (el no inscrito): será él quien adquiera el *crédito cedido* —despojando de su previa adquisición al cesionario no inscrito— *con la garantía hipotecaria accesorio* (cuya adquisición ya no llegará a consumar/completar el cesionario no inscrito que tenía título para ello). Todo lo anterior, por supuesto, sin perjuicio de la responsabilidad personal del doble cedente (de evidente mala fe) frente al cesionario (el no inscrito y primero en el tiempo) frustrado en su adquisición.

Los mismos principios ahora expuestos valen, con las pertinentes adaptaciones, para cualquier otro supuesto de protección, *ex* artículos 1.526 del Código Civil y 34 LH, de un tercero adquirente del cedente/titular registral, frente a una cesión anterior no inscrita en el Registro de la Propiedad.

Por lo que acabo de explicar, se llega a la conclusión de que, si bien la inscripción registral del contrato de cesión *no* es requisito constitutivo de la transmisión del crédito cedido, cuando ésta se hace, como es lo normal (*ex* art. 1.528 del Código Civil), *con* la hipoteca accesorio, la no inscripción registral del contrato de cesión entraña —precisamente, por ser la inscripción omitida requisito legal (*ex* art. 1.526 del Código Civil), en este caso, de la oponibilidad/eficacia de la cesión frente a terceros distintos del deudor cedido—, *ex* arts. 1.526 del Código Civil y 34 LH, un grave riesgo para el cesionario no inscrito: no ya sólo el de no poder consumar la adquisición de la garantía hipotecaria accesorio, sino, incluso, el de perder el crédito cedido (contra el deudor), ya adquirido del cedente antes y con independencia de la inscripción registral, una y otra cosa en beneficio de un tercero hipotecario *ex* artículo 34 LH, sucesivo adquirente del mismo cedente/titular registral.

C) Como señala el artículo 244 RH, desde el punto de vista de la mecánica registral, la inscripción registral de la cesión (transmisión del crédito cedido *con* la hipoteca accesorio) se hace practicando, respecto de la hipoteca transmitida, una nueva inscripción registral a favor del cesionario —cuya práctica exige, desde luego, la observancia del tracto registral respecto del

último titular registral de la hipoteca transmitida. A este fin, el cesionario puede compeler a su cedente a que inscriba su propia adquisición (30) (éste es un efecto puramente obligatorio del contrato perfecto de cesión que media entre ellos, pero ni uno ni otro adquirirán la hipoteca accesoria hasta la pertinente inscripción registral constitutiva).

5. LA NOTIFICACION AL DEUDOR CEDIDO Y EL CONOCIMIENTO POR ESTE DE LA CESION

5.1. PRINCIPIOS GENERALES

Con arreglo al artículo 1.527 del Código Civil (que lo regula desde la perspectiva del pago hecho por el deudor cedido al cedente) y al artículo 1.198 del Código Civil (que lo regula desde la óptica de la compensación, por el deudor cedido, de los créditos que tenga contra el cedente), para que, en la cesión de créditos, la transmisión del crédito cedido —ya eficaz *inter partes* del contrato de cesión (cedente y cesionario) por la sola perfección de tal contrato— sea eficaz/ponible *frente al deudor cedido* —tercero, extraño al contrato de cesión— es requisito (legal) indispensable que este sujeto tenga *conocimiento* (efectivo) de la cesión producida.

Cuando el crédito cedido está garantizado con hipoteca —cuando se trata, pues, de un crédito hipotecario—, y, como es lo normal (*ex art.* 1.528 del Código Civil), la transmisión del crédito se hace *con* la garantía hipotecaria accesoria, la exigencia legal, en el artículo 149 LH, de la notificación de la cesión (del crédito hipotecario) al deudor cedido, no es sino la aplicación, también en este caso, del principio general expresado en los artículos 1.527 y 1.198 del Código Civil: o sea, tampoco en la cesión del crédito hipotecario, la transmisión del crédito cedido, del cedente al cesionario, será eficaz/ponible frente al deudor cedido, si éste desconoce (efectivamente) la cesión.

Y obsérvese que la notificación/conocimiento efectivo de la cesión funciona como *requisito (legal) específico* de oponibilidad/eficacia de la cesión del crédito hipotecario frente al deudor cedido: lo que significa que el deudor cedido no notificado, ni conocedor efectivo, por otra vía, de la cesión —o sea, el deudor no notificado y de *buena fe*— puede (legalmente) desconocer la cesión del crédito hipotecario *aunque ésta figure ya inscrita en el Registro de la Propiedad*.

De la legislación vigente, hipotecaria y «civil» (arts. 149, 151 LH, 1.526, 1.527, 1.198 del Código Civil), resulta, pues, en orden a la oponibilidad/

(30) Comp. CAMY, *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Pamplona, 1993, pág. 591.

eficacia de la transmisión del crédito hipotecario —por lo que se refiere al efecto transmisivo *del crédito*, crédito que se transmite junto con la hipoteca accesoria— un distinto tratamiento para deudor cedido (que ya he dicho que es, *también*, tercero, extraño al contrato de cesión) y para los *demás* terceros, extraños al contrato de cesión: mientras para éstos la transmisión del crédito cedido (cuando se transmite con la hipoteca accesoria) es eficaz/ponible desde el momento de la inscripción registral, en el Registro de la Propiedad, del contrato de cesión (art. 1.526 del Código Civil); en cambio, para el deudor cedido, la transmisión del crédito cedido (que se transmita junto con la hipoteca accesoria) *sólo* (pero, también, *siempre*) es eficaz/ponible desde que, efectivamente, la conozca —lo que significa que dicho efecto transmisivo, en cuanto al solo crédito cedido, es eficaz/ponible frente a él, si conoce la cesión *aunque ésta no esté inscrita en el Registro de la Propiedad*, y viceversa, si la desconoce, no es oponible frente/eficaz para él, *aunque esté inscrita en el Registro de la Propiedad*— (arts. 149, 151 LH, 176 RH, 1.527 y 1.198 del Código Civil).

O sea, en orden a la oponibilidad/eficacia de la cesión del crédito hipotecario, el deudor cedido es un *tercero (legalmente) cualificado, distinguido (legalmente)*, a tal efecto, de los demás terceros, extraños al contrato de cesión (31).

Esta discriminación legal tiene el evidente fundamento (32) de que si, por un lado, el deudor cedido es tercero, extraño al contrato de cesión —por eso, la transmisión del crédito cedido se produce sin necesidad de contar con su consentimiento y aun con su oposición—; en cambio, por otro, se trata de un tercero efectivamente cualificado por su condición de sujeto pasivo del crédito cedido y, como tal, *directamente* afectado por los efectos del contrato de cesión —quién sea el titular activo del crédito cedido, no sólo determina a quién hay que pagar, o si se puede o no compensar un determinado contra-crédito (u oponer otra excepción que se tenga personalmente contra un determinado sujeto), sino la legitimación para realizar con dicho sujeto titular cualquier otro hecho extintivo o modificativo de la correspondiente relación obligatoria—. No resulta, pues, sensato que el deudor, a la hora de pagar, de compensar, de novar, de beneficiarse de una condonación, etc. (insisto, de cualquier hecho extintivo o modificativo de la obligación de que es sujeto

(31) Vid., en sentido semejante, GAVIDIA, *op. cit.*, págs. 208, 221 y 249 y sigs.; ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV, 2, pág. 877; YSÁS, en *CCJC*, 21 cit., pág. 784; CHICO, *Estudios*, II, págs. 1587-1589.

(32) Para GAVIDIA (*op. cit.*, pág. 221), en sentido semejante, sería el de que el deudor, siendo parte en la relación obligatoria de la que nace el crédito cedido, no es, en cambio, necesaria su intervención ni su conocimiento para que la cesión se produzca. O sea, digo yo, la inoponibilidad/ineficacia, frente al deudor cedido, de la cesión por él desconocida, sería la compensación (legal) de su ajenidad al negocio de cesión.

pasivo) tenga que estar pendiente del Registro de la Propiedad, para ver si éste sigue publicando como titular del crédito hipotecario al originario acreedor (cedente) o si dicho titular, sucesivamente, ha cambiado; mucho más razonable que cedente o cesionario pongan en conocimiento del deudor el cambio de titularidad que la cesión ha producido en el crédito cedido.

Por tanto, frente a las reservas, cuando no abiertas críticas, que suscita este tratamiento legal discriminatorio en favor del deudor cedido —reservas o críticas en el sentido de que para éste, como para los demás terceros, para que la cesión sea eficaz/ponible frente a él, debería bastar con la publicidad registral: la sola inscripción del contrato de cesión en el Registro de la Propiedad (33)—, hay que responder, no sólo que esa discriminación es un dato legal de vigencia incuestionable; no sólo que el efecto de oponibilidad de la publicidad registral es un *efecto legal*, de forma que *la ley* que lo establece puede señalar, para cada caso concreto, el ámbito subjetivo en que opera la oponibilidad/eficacia de los hechos inscritos —*erga omnes* o, excepcionalmente, salvando de ese efecto a determinados terceros, para los que se exija un mecanismo de oponibilidad/eficacia distinto de la publicidad registral: véase otro supuesto legal de esto mismo en el artículo 136-I del Código Civil—; sino que la discriminación legal del deudor cedido respecto de los demás terceros, extraños al contrato de cesión, está (razonablemente) justificada en la peculiar/específica posición del primero como sujeto pasivo del crédito cedido —y, por ende, como el *tercero más interesado* en conocer sus cambios de titularidad activa—.

En consecuencia, tenemos que, legalmente, en la cesión del crédito hipotecario (del crédito *con* la hipoteca), mientras la *transmisión del crédito cedido* es oponible/eficaz frente al deudor cedido que, *con independencia de la inscripción registral del contrato de cesión, efectivamente la conozca*; ese mismo efecto transmisivo es eficaz/ponible frente a los demás terceros por la sola inscripción del contrato de cesión (como efecto legal de la publicidad registral: aunque dichos terceros desconocieran efectivamente la cesión ya inscrita).

A la vista de los datos legales expuestos —cuyo ulterior examen más detallado confirmará, más aún, esta conclusión— la notificación al deudor cedido/conocimiento efectivo de la cesión por éste, en el marco de la cesión del crédito hipotecario (de la transmisión del crédito *con* la hipoteca accesoria), *no* es un requisito constitutivo de la transmisión *del crédito* cedido, del cedente al cesionario, para lo cual, según la ley de tráfico propia de este derecho, basta con la sola perfección del contrato de cesión —efecto transmisivo del crédito que será oponible/eficaz, frente a terceros distintos del deudor

(33) Vid., esas reservas y críticas, por ejemplo, en ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV, 2, nota 3, págs. 877-888; CAMY, *op. cit.*, pág. 592; CHICO, *Estudios*, II, pág. 1589.

cedido, desde la inscripción registral del contrato de cesión: art. 1.526 del Código Civil—; *ni tampoco* es requisito constitutivo de la aneja transmisión de la hipoteca accesorio (también del cedente al cesionario), para cuyo efecto transmisivo, según ahora la ley de tráfico específica de este otro derecho, basta la inscripción registral en el Registro de la Propiedad del título transmisivo de la hipoteca (el contrato de cesión) —inscripción registral que asegura, simultáneamente, la oponibilidad/eficacia frente a terceros de este efecto transmisivo jurídico-real.

Sino que esa notificación al deudor cedido/conocimiento efectivo por éste es, conforme a la ley vigente y según opinión concorde entre nosotros (34), mero requisito de oponibilidad/eficacia, frente al deudor cedido, de la transmisión del crédito cedido (y que se cede con la hipoteca accesorio). Razón por la cual, como confirman las normas que luego se examinarán, el deudor cedido no notificado y desconocedor de la cesión (deudor cedido no notificado y de buena fe) puede considerar, *en cuanto a él*, al cedente como titular actual del crédito cedido (cedente que, frente al cesionario, ya no es titular del crédito cedido, desde la perfección del contrato de cesión), *aunque* la cesión no notificada/desconocida esté ya inscrita en el Registro de la Propiedad (lo que, simplemente, hace eficaz/oponible la cesión inscrita frente a terceros distintos del deudor cedido, pero no frente a éste), Y, sobre la base de esa inoponibilidad/ineficacia, frente al deudor cedido, de la cesión no notificada/desconocida, aunque inscrita, cualquier hecho extintivo del crédito cedido realizado de buena fe por él con el cedente (aun no siendo ya, éste, titular registral del crédito hipotecario cedido), tendrá eficacia extintiva de dicho crédito (con la consiguiente pérdida de éste por parte del cesionario, que ya lo había adquirido por el solo contrato de cesión) y, por tanto, liberatoria del deudor cedido —sin perjuicio, desde luego, de la responsabilidad personal del cedente (de mala fe evidente) frente al cesionario.

(34) Vid., por ejemplo, ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV, 2, págs. 870-871, 874, 877 y 879; PEÑA, *op. cit.*, pág. 443 (nota 8) y pág. 444; RUBIO GARRIDO, *La propiedad cit.*, págs. 224-225; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, III, 3, págs. 187-188; GAVIDIA, *op. cit.*, pág. 185; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, III, pág. 555; GARCÍA GARCÍA, *Comentario cit.*, sub artículo 1.878, pág. 1915; GUILARTE, *Comentarios cit.*, sub artículo 1.878, págs. 617-618; PANTALEÓN, *op. cit.*, págs. 1063-1064; SANCHO, en *Elementos*, III, 2, pág. 377; BLASCO, en López/Montes, *cit.*, pág. 730; CASTÁN, *op. cit.*, II, 2, pág. 475; CHICO, *Estudios*, II, págs. 1587 y 1589; Ysàs, en *CCJC*, págs. 782 y 784.

En la jurisprudencia, Sentencia TS del 23 de octubre de 1984 (RA 4972), Cdo. 3.º, con doctrina general para toda cesión de créditos, válida, también, para la cesión de crédito hipotecario: «cesión de créditos... para la que no [se] exige la prestación de consentimiento por parte del [deudor] cedido... la cesión de créditos puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aun contra su voluntad, sin que la notificación a éste tenga otro alcance que el obligarle con el nuevo acreedor [cesionario. En el Repertorio que manejo hay errata, dice "nuevo deudor", no reputándose pago legítimo, desde aquel momento, el hecho en favor del cedente».

El significado, para la cesión del crédito hipotecario —del crédito con la hipoteca accesoria— del requisito legal de la notificación al/conocimiento por el deudor cedido es, pues, exactamente el mismo que para toda cesión de créditos: requisito (legal) de oponibilidad/eficacia, frente al deudor cedido, de la transmisión del crédito cedido.

Ahora bien, tratándose de la transmisión del crédito *con* la garantía hipotecaria accesoria, la falta de oponibilidad/eficacia de la transmisión del crédito, *pese a la inscripción registral del contrato de cesión*, frente al deudor cedido no notificado y de buena fe, tiene esto de específico: que el riesgo para el cesionario de que el deudor cedido realice un hecho extintivo —por ejemplo, pago— con el cedente, no sólo afecta a la pérdida del derecho de crédito cedido, ya adquirido por el cesionario en virtud del solo contrato de cesión, sino, *también*, a la hipoteca accesoria, ya adquirida, igualmente, por el cesionario e inscrita en el Registro de la Propiedad a su favor (ya adquirida por él, precisamente porque ya está inscrita a su nombre).

O sea, la notificación/conocimiento *de qua*, sin ser requisito constitutivo ni de la transmisión del crédito, ni de la hipoteca accesoria, por ser requisito de oponibilidad/eficacia, frente al deudor, de la transmisión del crédito cedido, y por la accesoriidad a éste de la hipoteca que lo garantiza, entraña, si se omite su cumplimiento, el riesgo para el cesionario, de perder tanto el crédito como la hipoteca accesoria ya adquiridos.

Por donde se llega al fácil resultado, de que la finalidad práctica primordial de la notificación al deudor cedido *ex* artículo 149 LH, es, desde la perspectiva del cesionario, evitar la pérdida, por el cesionario ya inscrito, de crédito cedido e hipoteca accesoria, a causa de hechos extintivos del crédito cedido realizados por el deudor no notificado y de buena fe con el cedente.

Y, siendo ello así, puede convenirse (35) en que, si bien la notificación *ex* artículo 149 LH satisface de forma *directa o inmediata* el interés del propio *deudor cedido* —haciéndole conocer, de modo efectivo, quién es la persona, titular actual del crédito del que él es sujeto pasivo, con la que debe entenderse para cualquier hecho extintivo o modificativo que afecte a la obligación de que es sujeto pasivo—; de forma *indirecta o mediata* satisface, en no menor medida, el interés del *cesionario*: es el (mejor) medio de precaverse contra la pérdida, total o parcial, del crédito cedido —ya adquirido desde el contrato de cesión— y de la hipoteca accesoria —ya adquirida desde la inscripción registral del contrato de cesión— por hechos extintivos/modificativos ocurridos, después del contrato de cesión e incluso después de su inscrip-

(35) Cfr., en forma parcialmente semejante, MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, tomo XII, Madrid, 1973 (6.^a ed., rev. por Gómez, Ysabel), *sub* artículo 1.878, págs. 683-684; ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV, 2, pág. 874; CAMY, *op. cit.*, pág. 589; LALAGUNA, *Los créditos hipotecarios*, Madrid, 1977, pág. 72.

ción en el Registro de la Propiedad, entre cedente y deudor cedido no notificado y de buena fe, teniéndose que contentar, entonces, el cesionario con una simple acción personal contra el cedente (de evidente mala fe).

La legislación hipotecaria (arts. 149 LH y 242-243 RH) sólo se ocupa de la *notificación al deudor cedido* como medio de lograr el *conocimiento efectivo*, por su parte, de la cesión del crédito hipotecario, y de asegurar, por tanto, la oponibilidad/eficacia, frente al deudor cedido notificado, de la transmisión de dicho crédito.

En concreto, la forma de realizar esa notificación se señala en el artículo 242 RH, por remisión al artículo 222 RH, y de este otro precepto hipotecario (que señala las formas de requerir el pago al deudor hipotecario o al tercer poseedor de la finca hipotecada, dentro de la ejecución de hipoteca seguida por el juicio ordinario) resulta que la notificación tanto puede hacerse judicial como notarialmente. Es también admisible, como modo de notificación —porque ofrece las mismas garantías en cuanto a fehaciencia/autenticidad y porque también aquí hay documento público que posibilita la toma de razón registral de la notificación— la comparecencia personal (que quedará reflejada en la escritura pública) del deudor cedido, como *tercero* interesado/afectado, en el acto de otorgamiento de la escritura pública del contrato de cesión (36).

En la inscripción registral del contrato de cesión, se indicará (art. 243 RH), bien que la notificación al deudor cedido se ha realizado —a cuyo efecto se aportará al Registro de la Propiedad el documento público del que resulte la práctica y fecha de la misma—, bien que dicha notificación no se ha practicado. Esta segunda indicación advierte al Registrador de que la cesión inscrita no es eficaz frente al deudor cedido y, por tanto, le señala cómo debe proceder —cancelando la inscripción registral en favor del cesionario— si el deudor cedido aporta al Registro documento público de cualquier hecho extintivo —por ejemplo, pago— realizado con el cedente.

Si, practicada la inscripción registral de la cesión, con indicación de haberse omitido la notificación al deudor cedido, se acreditase, con posterioridad, aportando un documento público al Registro del que así resulte, el haberse cumplido sucesivamente con el requisito de dicha notificación, se extenderá (art. 243 RH), al margen de la inscripción registral del cesionario, nota marginal haciendo constar el cumplimiento sucesivo de tal requisito —nota marginal que, por supuesto, advierte al Registrador, de que la cesión ya es oponible/eficaz frente al deudor cedido desde la fecha fehaciente de la notificación, por lo que, a partir de tal fecha, sólo cabe cancelar la inscripción registral a favor del cesionario por hechos extintivos realizados por el deudor cedido con él—.

(36) Apunta, también, esta posibilidad, CAMY, *op. cit.*, pág. 590.

Los indicados preceptos registrales (arts. 149 LH, 242 y 243 RH) sólo pretenden (y consiguen) resolver el problema de la oponibilidad/eficacia de la cesión del crédito hipotecario, frente al deudor cedido, *desde el punto de vista del funcionamiento del Registro* —de cómo debe actuar el Registrador frente a la aportación al Registro de la Propiedad, en documento público, de un hecho extintivo o modificativo del crédito cedido ocurrido entre deudor cedido y cedente—; pero no impiden:

- a) Ni que al deudor no notificado, pero *conocedor*, por otra vía, de la cesión del crédito hipotecario, ésta le sea oponible —porque así resulta de los arts. 1.527, 1.198, 1.164 del Código Civil y del principio general de la buena fe—. Mas, entonces, será el cesionario quien tendrá que demostrar que el deudor no notificado conocía la cesión (prueba que puede no ser fácil, faltando un medio de prueba fehaciente y preconstituido *ad hoc*, como el legalmente previsto en los arts. 149 LH y 242 RH), y sobre la base de esa (no fácil) prueba, rectificar judicialmente las consecuencias registrales que hayan derivado de la no constancia registral de la práctica de la notificación.
- b) Ni que también la cesión del crédito hipotecario sea oponible al deudor cedido al que ésta se le haya notificado (por cualquier procedimiento: no sólo los legalmente previstos en el art. 242 RH), *a pesar* de que la notificación practicada *no* se haya reflejado en el Registro de la Propiedad, sin perjuicio de que, sobre la base de la prueba (más o menos fácil, según el medio de notificación empleado: muy fácil si media documento público acreditativo) de la notificación practicada pero no inscrita, sea el cesionario quien deba rectificar judicialmente las consecuencias registrales que hayan resultado de la falta de reflejo registral de la notificación hecha.

Del artículo 151 LH se desprende que la notificación al deudor cedido es legalmente una *carga* del cedente, en la medida en que él deberá soportar económicamente (indemnizando al cesionario) las consecuencias negativas (pérdida, total o parcial, del crédito cedido, y pérdida —total o parcial— o no adquisición de la hipoteca accesoria que lo garantiza) que, para el cesionario, deriven, en su caso, de la omisión de esa notificación —pero no se trata, como dicen muchos autores (37), de una *obligación* del cedente: no puede ser exigido de él su cumplimiento coactivo.

Visto el grandísimo interés del cesionario en que la notificación se practique (puesto que es él quien experimenta *directamente* las consecuencias

(37) Vid., por ejemplo, ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV, 2, pág. 873, nota 2; GARCÍA GARCÍA, *Comentario cit.*, sub artículo 1.878, pág. 1914, VI); CAMY, *op. cit.*, pág. 591.

negativas, en su caso, de su falta), y visto que dicho sujeto siempre preferirá el crédito contra el deudor cedido *con la garantía hipotecaria accesorio*, que una simple acción personal contra el cedente, no hay que descartar que, con cierta frecuencia, ante la pasividad del cedente, sea el propio cesionario quien notifique al deudor cedido (38), y quien, además, se ocupe del, en su caso sucesivo (*ex art. 243 RH*), acceso al Registro de la Propiedad de esa notificación.

Puesto que en la cesión del crédito hipotecario —del crédito con la hipoteca accesorio—, como en cualquier otra cesión de crédito, la notificación al deudor cedido/conocimiento por éste de la cesión es requisito legal de la oponibilidad/eficacia, frente a él, del efecto transmisivo del crédito cedido, ello significa que desde el momento de esta notificación/conocimiento, *y con independencia de que la cesión se haya o no inscrito en el Registro de la Propiedad*, el deudor cedido, notificado o conocedor de la cesión, sólo puede considerar, *a cualquier efecto*, como titular del crédito cedido al *cesionario/adquirente*.

Por eso, *ex artículo 1.198 del Código Civil*, desde la fecha de esa notificación/conocimiento, el deudor cedido ya no puede oponer en compensación, al cesionario, créditos adquiridos contra el cedente con posterioridad a la misma.

Y, por eso, *ex artículo 1.527 del Código Civil*, *a contrario*, a partir de esa misma fecha, sólo es liberatorio para el deudor cedido el pago que haga *al cesionario* (39).

En cambio, después de ese momento de la notificación/conocimiento de la cesión, el pago hecho por el deudor cedido notificado/conocedor de la cesión, *al cedente*, *no es* (*ex art. 1.527 del Código Civil*) un pago liberatorio: es un pago hecho a quien ya no es, tampoco para el deudor cedido —siendo la cesión legalmente eficaz/oponible frente a él—, acreedor: titular del crédito cedido. Y, en consecuencia, el deudor cedido deberá repetir el pago al verdadero acreedor (cesionario), sin perjuicio, claro, de recuperar él (*solvens*), no el cesionario, lo indebidamente cobrado por el cedente/*accipiens* —se trata de una acción de cobro de lo indebido (indébito subjetivo *ex persona creditoris*) de *solvens* contra *accipiens*.

Además, si la cesión del crédito hipotecario notificada al/conocida por el deudor cedido figura ya *inscrita* en el Registro de la Propiedad (lo que significa que el cesionario ha adquirido ya, también, la hipoteca accesorio y que el Registro de la Propiedad lo publica como titular de la misma), y, además,

(38) Vid. ROCA SASTRE y GARCÍA GARCÍA, citados en la nota precedente.

(39) Vid., así, por ejemplo, ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV, 2, pág. 877; GUILARTE, *Comentarios cit.*, *sub artículo 1.878*, pág. 619; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, III, 3, pág. 188; CHICO, *Estudios*, II, págs. 1590-1591.

existe, en la inscripción registral del cesionario o al margen de ella, *indicación registral* de que la cesión se ha notificado al deudor cedido (*ex art. 243 Reglamento Hipotecario*) —en fecha auténtica/fehaciente anterior al pago hecho al cedente—; entonces, tampoco podrá obtener el deudor cedido/*solvens* la cancelación de la hipoteca accesoria (inscrita ya a favor del cesionario) con la carta de pago otorgada (en documento público *ex art. 179 RH*) por el cedente/*accipiens* —porque, repito, el pago del deudor cedido *no* es liberatorio *ex art. 1.527 del Código Civil* y, *además*, ese carácter no liberatorio se lo manifiestan, al Registrador, los propios libros registrales.

Si, en cambio, estando ya la cesión *inscrita* en el Registro de la Propiedad (publicando ya el Registro de la Propiedad al cesionario como titular, también, de la garantía hipotecaria), el deudor cedido conoce la cesión pese a *no* haberle sido notificada, o se le notificó pero no se dio, en cambio, reflejo registral a este hecho, el pago del crédito cedido hecho por el deudor cedido al cedente, *sigue siendo*, *ex artículo 1.527 del Código Civil*, *no* liberatorio, pero, por la falta de indicación registral que revele al Registrador ese carácter del pago, dicho funcionario procederá, *ex artículo 176 RH* (pese a que en el Registro de la Propiedad aparece ya el cesionario como titular de la hipoteca; pese a la falta de tracto registral —la carta de pago presentada no está otorgada por el último titular registral de la hipoteca—) a la cancelación de la hipoteca accesoria al crédito cedido, sin perjuicio, claro, de que el cesionario pueda impugnar judicialmente tal cancelación —con aconsejable anotación preventiva de la demanda impugnatoria, a efectos de enervar el riesgo de la fe pública registral frente a terceros adquirentes—, precisamente sobre la base del carácter no liberatorio (*ex art. 1.527 del Código Civil*) del pago, hecho por el deudor cedido al cedente, que ha determinado la cancelación impugnada: demostrando el conocimiento por el deudor cedido/*solvens* de la cesión o que la misma le fue notificada, pese a no haberse reflejado en el Registro tal hecho.

He dicho antes que, dentro de la cesión de crédito hipotecario (del crédito con la hipoteca accesoria), la oponibilidad/eficacia, frente al deudor cedido, del efecto transmisivo (al cesionario) del crédito cedido, depende (legalmente) *de forma exclusiva* de la notificación al deudor o del conocimiento por éste de la cesión, *con independencia de que la cesión esté, o no, inscrita en el Registro de la Propiedad*.

Lo que, lógicamente, significa que, *ex artículo 1.527 del Código Civil*, el pago hecho por el deudor cedido, notificado o conocedor de la cesión, al cesionario, es *siempre* —tanto si la cesión está como si no inscrita en el Registro de la Propiedad— liberatorio, y, como tal, extintivo del crédito cedido.

Ahora bien, que la cesión esté o no inscrita —y, por tanto, que la hipoteca accesoria figure, o no, ya inscrita a favor del cesionario que cobró el crédito

cedido—, no puede dejar, lógicamente, de afectar al régimen de cancelación de la hipoteca accesoria al crédito cedido y cobrado por el cesionario (hipoteca accesoria extinguida, en todo caso, con el crédito al que garantizaba, por el pago/cobro liberatorio de éste).

Si la cesión está inscrita en el Registro de la Propiedad —y éste publica, ya, como titular registral de la hipoteca accesoria al cesionario— la cancelación de la hipoteca accesoria al crédito cedido y cobrado por el cesionario, se obtendrá, sin más, sobre la base de la carta de pago en escritura pública (*ex art. 179 RH*), otorgada por éste como titular registral de la hipoteca.

Si, en cambio, la cesión no está inscrita en el Registro de la Propiedad —y, por tanto, éste publica, todavía, al cedente como titular de la hipoteca accesoria (y aparente titular del crédito con ella garantizado), mientras que el cesionario no inscrito no ha llegado, todavía, por la falta de inscripción registral, a adquirirla (aun cuando sí haya adquirido ya, desde la perfección del contrato de cesión, el crédito garantizado con ella)— el tracto registral exige —por mucho que el pago al cesionario no inscrito haya sido, *ex art. 1.527* del Código Civil, un pago extintivo del crédito cedido y, como tal, también extintivo de la hipoteca accesoria—, para cancelar la hipoteca accesoria al crédito cedido ya cobrado, con carta de pago otorgada por el cesionario no inscrito que cobró el crédito cedido, la previa inscripción registral del contrato de cesión —y, por tanto, de la hipoteca accesoria, cuya cancelación se pretende, en favor del cesionario otorgante de la carta de pago—.

Cuando la cesión de crédito hipotecario (del crédito con la hipoteca accesoria), *aun habiéndose inscrito en el Registro de la Propiedad*, ni se ha notificado al deudor cedido, ni es, de otro modo, conocida por éste, el efecto transmisivo del crédito cedido (al cesionario) *no* es oponible/eficaz frente al deudor cedido (por faltar el requisito legal específicamente exigido para esa oponibilidad/eficacia: arts. 1.527, 1.198 del Código Civil, 149 y 151 LH).

Por ello, *ex artículo 1.198* del Código Civil, el deudor cedido, no notificado y desconocedor de la cesión, puede oponer en compensación, al cesionario, los créditos que haya adquirido contra el cedente después de la perfección del contrato de cesión y hasta el momento de la notificación/conocimiento.

Y, por ello, *ex artículo 1.527* del Código Civil y 151 LH, si el deudor cedido, no notificado y desconocedor de la cesión, paga al cedente, aunque éste, por haberse ya inscrito en el Registro de la Propiedad el contrato de cesión, no sea ya el titular registral del crédito hipotecario cedido (del crédito y de la garantía hipotecaria accesoria) —sino que lo es (de ambos derechos) el cesionario ya inscrito—, dicho pago será liberatorio, y, como tal, extintivo del crédito cedido y, con él, de la hipoteca accesoria. Por tanto, la inscripción de ésta, ya a favor del cesionario, no es obstáculo para obtener su cancelación (*art. 176 RH*) sobre la doble base formal de la carta de pago (en escritura

pública) del cedente/*accipiens*, y de la indicación registral que la cesión del crédito hipotecario no ha sido notificada al deudor cedido —lo que manifiesta al Registrador que la cesión inscrita no es oponible/eficaz para el deudor cedido y, que, por tanto, el pago hecho por éste al cedente que no es titular registral del crédito hipotecario, no deja, pese a ello, de ser legalmente liberatorio y, por ende, extintivo de la hipoteca accesoria ya inscrita a favor del cesionario—. El cesionario inscrito —y, sucesivamente, sujeto pasivo de la cancelación registral *ex art.* 176 RH— pierde, así, por consecuencia del pago liberatorio del deudor cedido al cedente, *crédito cedido e hipoteca accesoria*, teniéndose que contentar con una acción personal (art. 151 LH) contra el cedente/*accipiens* (de evidente mala fe) (40).

(40) Sobre todo lo cual, vid.: ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV, 2, págs. 871, 877, 878, 879; PEÑA, *op. cit.*, pág. 444; RUBIO GARRIDO, *La propiedad cit.*, págs. 224-225 y 227; GAVI-DIA, *op. cit.*, pág. 268 y sigs.; GUILARTE, *Comentarios cit.*, sub artículo 1.878, pág. 619; GARCÍA GARCÍA, *cit.*, sub artículo 1.878, pág. 1915; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, III, 3, pág. 188; CAMY, *op. cit.*, págs. 591-592; CASTÁN, *op. cit.*, II, 2, pág. 475; DE APALATEGUI, *op. cit.*, sub artículo 1.878, págs. 542-543; CHICO, *Estudios*, II, pág. 1590.

Por la RDGRN de 24 de abril de 1991 (RA 3167) se resolvió el siguiente caso:

Un crédito hipotecario figura inscrito en el Registro de la Propiedad en favor de determinado titular. Un acreedor de éste lo embarga y anota en ese mismo Registro el embargo (4 de junio de 1986).

La ejecución subsiguiente al embargo concluye con adjudicación judicial del crédito hipotecario embargado al acreedor embargante. Adjudicación judicial que también se inscribe en el Registro de la Propiedad (7 de noviembre de 1988). No consta, sin embargo, en el Registro que esa «cesión forzosa» del crédito hipotecario haya sido notificada al deudor cedido, ni tampoco que le fuese notificado el embargo antecedente.

Con fecha (23 de diciembre de 1987) posterior al embargo y a su anotación en el Registro, pero anterior a la adjudicación judicial/cesión forzosa, el titular originario del crédito hipotecario embargado había otorgado escritura pública de carta de pago al deudor hipotecario, dándose por pagado en cuanto al crédito y consintiendo la cancelación de la hipoteca accesoria. Esta escritura pública no se presenta, sin embargo, inmediatamente al Registro de la Propiedad.

Iniciado, por el nuevo titular del crédito hipotecario, el juicio sumario *ex artículo* 131 LH de ejecución de la hipoteca accesoria, se presenta (9 de enero de 1990) al Registro de la Propiedad la escritura pública de carta de pago otorgada por el titular anterior del crédito hipotecario, a efectos de cancelar la hipoteca cuya ejecución ya ha comenzado.

El Registrador se opone a la cancelación solicitada, alegando, fundamentalmente: 1) falta de tracto registral: quien otorga la carta de pago, sobre cuya base se pretende la cancelación solicitada, no es el titular registral actual del crédito hipotecario —de la hipoteca cuya cancelación se pretende—; y 2) la pendencia del juicio ejecutivo sumario del artículo 131 LH.

La DGRN revoca, parcialmente, la nota del Registrador, que el Presidente del Tribunal Superior de Justicia correspondiente había confirmado.

El Centro Directivo (en los FD 2.º y 3.º) confirma la necesidad de notificar al deudor cedido, tanto el embargo del crédito hipotecario (con apoyo en los arts. 1.165 y 1.196-5 del Código Civil), como la cesión forzosa de éste (cesión al sujeto embargante) (art. 149 LH); y, por tanto, declara igualmente aplicable al caso (de una cesión forzosa/judicial de crédito hipotecario) el régimen especial, en cuanto al deudor cedido, de oponibilidad/eficacia de la cesión de crédito hipotecario: el pago hecho por el deudor cedido no

Desde el punto de vista sustantivo y de la mecánica registral, merece la pena distinguir, respecto de este pago liberatorio hecho al cedente por el deudor cedido no notificado/desconocedor de la cesión del crédito hipotecario, según que la cesión esté o no inscrita en el Registro de la Propiedad (41).

Si la cesión *no está inscrita en el Registro de la Propiedad*, el deudor cedido no notificado y desconocedor de la cesión, pagando al cedente, paga al titular registral del crédito hipotecario —a quien sigue siendo titular del mismo no sólo para el deudor cedido no notificado y desconocedor de la cesión, sino frente a todos los demás terceros de buena fe, extraños al contrato de cesión no inscrito—, y la cancelación de la hipoteca accesoria extinguida por el pago liberatorio hecho al cedente, cancelación operada sobre la base formal de la carta de pago del cedente/*accipiens* y titular registral de la hipoteca accesoria (el cesionario no inscrito no llegó nunca a adquirirla, por la falta de inscripción registral), se hace conforme a la legitimación que deriva del Registro de la Propiedad: sin derogación del principio de tracto registral.

Si, en cambio, la cesión del crédito hipotecario *está ya inscrita en el Registro de la Propiedad* —y, por tanto, el cesionario inscrito ya ha adquirido, también, la hipoteca accesoria, y está publicado en el Registro como su titular registral actual—, la extinción y subsiguiente cancelación registral de la hipoteca accesoria [previamente inscrita a favor del cesionario y, por ello, previamente adquirida por él] en virtud del pago liberatorio, *ex* artículo 1.527 del Código Civil, hecho por el deudor cedido no notificado/desconocedor de la cesión, al cedente, cancelación subsiguiente obtenida con apoyo formal en una carta de pago otorgada por dicho cedente/*accipiens* —que ya no es titular registral, ni efectivo, de la hipoteca accesoria que se pretende cancelar—; todo ello implica tanto que el cesionario inscrito pierde una garantía (la hipoteca accesoria) que había previamente adquirido, como que la cancelación registral de la hipoteca extinguida se produce en derogación de los principios de legitimación registral/tracto sucesivo.

notificado y de buena fe, al titular originario del crédito, es liberatorio (*ex* arts. 1.527, 1.164 del Código Civil, 151 LH): extintivo tanto del crédito cedido como de la hipoteca accesoria; y, por ello, no constando en el Registro de la Propiedad que se haya notificado la cesión al deudor cedido, que la hipoteca accesoria figure ya inscrita a nombre del cesionario, no es obstáculo para que pueda obtenerse la cancelación registral de la misma, sobre la base formal de la carta de pago otorgada por su titular originario (ya no titular registral), sin perjuicio de la responsabilidad de éste frente al cesionario (arts. 176 RH y 151 LH).

Y obtenida así la cancelación de la hipoteca accesoria y en trámite de ejecución, queda expedida la paralización, *ex* artículo 132-3.º LH, del juicio ejecutivo sumario en curso.

(41) *Comp.* (sin agotar todas las consecuencias que derivan de esa contraposición) GAVIDIA, *op. cit.*, págs. 268-269.

O sea, en el primer caso (cesión no inscrita) el cesionario no inscrito no llega a adquirir la hipoteca accesorio, y la cancelación de ésta, por carta de pago del cedente/titular registral, se produce a favor del principio de legitimación/tracto registral. Mientras que en el segundo caso (cesión inscrita) el cesionario inscrito pierde la hipoteca accesorio que ya había previamente adquirido, y la cancelación de ésta, por carta de pago del cedente/no-titular registral, se produce en derogación del principio de legitimación/tracto registral.

Ahora bien, esta derogación del principio registral de legitimación/tracto sucesivo queda muy atenuada, y compensada, por la *indicación registral* (art. 243 RH) de que la cesión de crédito hipotecario inscrita no ha sido notificada al deudor cedido. Con lo cual, como he dicho antes, los propios libros registrales revelan que la cesión, aún inscrita, no es oponible/eficaz contra el deudor cedido, por lo que queda *registralmente* legitimado el acceso documental al Registro de la Propiedad de hechos extintivos/modificativos del crédito hipotecario cedido realizados entre deudor cedido no notificado y cedente (ex titular registral del crédito hipotecario cedido).

De cualquier forma, la cancelación registral de la hipoteca accesorio extinguida por el pago liberatorio hecho al cedente por parte del deudor cedido no notificado/desconocedor de la cesión, exige el otorgamiento, en escritura pública, de carta de pago por el cedente/*accipiens* —tanto si él es titular registral de la hipoteca accesorio extinguida, como si no; tanto si ésta figura, como no, ya inscrita a nombre del cesionario: arts. 179 y 176 RH—. Si el cedente se niega a su otorgamiento voluntario, se puede recurrir, demandando al cedente/*accipiens* renuente, a un juicio declarativo ordinario, y será la sentencia judicial firme que declare hecho el pago liberatorio, el documento público (judicial) (art. 3 LH) sobre cuya base (ex art. 82-III LH) pueda obtenerse la cancelación (42).

El pago liberatorio, ex artículo 1.527 del Código Civil, hecho al cedente por el deudor cedido no notificado y desconocedor de la cesión, implica, según he dicho, tanto extinción del crédito cedido, como, con él, de la hipoteca accesorio. O sea, significa la pérdida por el cesionario de toda acción contra el deudor cedido *solvens*, liberado éste por tal pago de toda responsabilidad.

Al cesionario le queda (art. 151 LH), sin embargo, una *acción personal* contra el cedente/*accipiens*. Acción personal que tiene un doble fundamento.

Por un lado, el *enriquecimiento injusto*. Puesto que *inter partes* del contrato de cesión, el efecto transmisivo (de cedente a cesionario) del crédito cedido se produce por la sola perfección de dicho contrato, el cobro por el cedente, a partir de ese momento del contrato de cesión, del crédito cedido —cuando, frente al cesionario, ya no es titular del crédito cobrado—, entraña

(42) Así, también, CAMY, *op. cit.*, pág. 592.

enriquecimiento injustificado de quien, cedente/*accipiens* carece, frente al cesionario, de legitimación para cobrar, a costa de quien (cesionario), frente al cedente, es el verdadero y nuevo titular del crédito cedido y cobrado; enriquecimiento injustificado que viene aquí determinado *por el hecho de un tercero* (el pago del deudor cedido/*solvens*). No se trata, en cambio, de una acción de cobro de lo indebido, en la que, por definición, siempre acciona el *solvens* contra el *accipiens*.

Sobre la base de este primer fundamento (el enriquecimiento injustificado), el cesionario, *ex* artículo 151 LH, reclamará del cedente/*accipiens* el importe íntegro del crédito cedido y cobrado.

El otro fundamento de la acción personal del artículo 151 LH es la *mala fe* del cedente/*accipiens*. Este conoce, en todo caso, la cesión de la que fue parte contractual (transmitente) —cuyo efecto transmisivo del crédito cedido se produce *inter partes* por la sola conclusión/perfección del contrato transmissivo— y, por tanto, su propia falta de legitimación para cobrar.

Sobre esta otra base, el cesionario podrá reclamar del cedente/*accipiens* —*además*, del importe íntegro del crédito cedido y cobrado— la indemnización de cualquier daño que demuestre haber padecido como consecuencia de la extinción (y consiguiente pérdida por su parte) del crédito cedido y —según que se hubiera o no inscrito el contrato de cesión en el Registro de la Propiedad: según que la hipoteca accesoria extinguida y cancelada figurase ya, o no, inscrita a nombre del cesionario— de la no adquisición o de la pérdida de la hipoteca accesoria extinguida con el crédito.

El mismo régimen que, *ex* artículo 1.527 del Código Civil y 176 RH, hemos visto para el pago del crédito cedido, es generalizable para *cualquier otro hecho extintivo o modificativo* del crédito cedido que, después de perfeccionado el contrato de cesión del crédito hipotecario, y con independencia de que este contrato se haya inscrito o no en el Registro de la Propiedad, ocurra entre el deudor cedido no notificado y desconocedor de la cesión (frente al que, por tanto, la transmisión del crédito cedido no es legalmente eficaz/oponible) y el cedente. Entonces, si la cesión no se ha inscrito sobre la base formal de la escritura pública, otorgada por el cedente o por cedente y deudor cedido, de la que resulte el hecho extintivo o modificativo del crédito cedido, y de la titularidad registral en favor del cedente, del crédito hipotecario cedido, se procederá a la cancelación, total o parcial, de la hipoteca accesoria. Y si la cesión se ha inscrito ya en el Registro de la Propiedad, procederá esa misma cancelación, total o parcial, de la hipoteca accesoria, a pesar de estar ya inscrita a favor del cesionario (y, por tanto, también adquirida por él), sobre la doble base formal del documento público —otorgado por el cedente, o por éste y el deudor cedido— del que resulte el hecho extintivo o modificativo del crédito cedido, y de la indicación registral de que la cesión inscrita no ha sido notificada al deudor cedido.

El artículo 1.198 del Código Civil —que aplica a la compensación los mismos principios que el art. 1.527 del Código Civil en materia de pago— y los propios términos generales en que se expresa el artículo 151 LH (que de ningún modo se refiere solamente al pago) confirman ese carácter generalizable del régimen ya analizado para el pago (43).

Por supuesto, en todo caso, la extinción, total o parcial, de crédito cedido e hipoteca accesoria por un hecho extintivo o modificativo ocurrido entre deudor cedido no notificado/desconocedor de la cesión y cedente, deja en pie la responsabilidad (*ex art. 151 LH*) de éste frente al cesionario perjudicado.

Por todo lo dicho, y como ya he anticipado en otros lugares, si bien la notificación al deudor cedido/conocimiento por éste de la cesión del crédito hipotecario, no es requisito constitutivo ni de la transmisión del crédito cedido —éste, según su propia ley de tráfico, se transmite al cesionario, frente al cedente, por la sola perfección del contrato de cesión—, ni de la transmisión de la hipoteca accesoria —ésta, según su específica ley de circulación, se adquiere por el cesionario desde que se inscribe en el Registro de la Propiedad el título transmisivo/contrato de cesión—; el hecho de que, en cambio, sí sea requisito de oponibilidad/eficacia, frente al deudor cedido, de la transmisión del crédito cedido, implica que su omisión, no sólo entraña, para el cesionario, el riesgo de perder el *crédito cedido*, ya adquirido desde la perfección del contrato de cesión, por un hecho extintivo (por ejemplo, pago) realizado por el deudor cedido, no notificado y desconocedor de la cesión, con el cedente; sino, también, el riesgo de perder la *hipoteca accesoria*, ya adquirida desde la inscripción registral del contrato de cesión, a causa de ese mismo hecho extintivo, por el indicado carácter accesorio de la garantía hipotecaria respecto del crédito cedido así extinguido.

5.2. EN PARTICULAR, DEUDOR CEDIDO NO NOTIFICADO PERO DE MALA FE Y DEUDOR NOTIFICADO PERO DE NOTIFICACIÓN NO REFLEJADA EN EL REGISTRO

He venido repitiendo que, legalmente, para la inoponibilidad/ineficacia, frente al deudor cedido, de la cesión del crédito hipotecario, no basta la mera no-notificación de ésta, sino que, *además*, se exige que dicho deudor no notificado desconozca (efectivamente) la cesión no notificada. Lo que implica que el efecto extintivo del crédito cedido y, consiguientemente, de la hipoteca accesoria, de todo hecho extintivo —por ejemplo, el pago— realizado, después de la perfección del contrato de cesión, entre cedente y deudor cedido no notificado, se supedita (legalmente) a la buena fe del deudor cedido no

(43) También favorables a esta generalización: PENA, *op. cit.*, pág. 445, nota 11; GAVIDIA, *op. cit.*, pág. 253; RUBIO GARRIDO, *La propiedad cit.*, pág. 228, nota 399.

notificado, en el momento en que realiza el hecho extintivo en cuestión (buena fe, aquí, igual a la ignorancia excusable, en el indicado momento del hecho extintivo, de que la persona con quien se trata —el cedente— no es ya, por haberlo transmitido al cesionario, titular del crédito cuya extinción se pretende y del que se es objeto pasivo) (44).

Esta exigencia de la buena fe en el deudor cedido no notificado —y, por tanto, que la ineficacia/inoponibilidad, frente al deudor cedido, de la transmisión del crédito cedido (que se cede con la hipoteca accesoría) se apoya en el desconocimiento efectivo, por su parte, de la cesión, aunque ésta figure ya inscrita en el Registro de la Propiedad; mientras que para que dicha transmisión sea oponible/eficaz frente a él, basta el conocimiento efectivo de ella por su parte (por cualquier vía, no sólo la notificación de la cesión), aunque no esté inscrita en el Registro— tiene, como digo (sólido) fundamento legal.

Así, en concreto, ello viene impuesto por los siguientes datos legales:

1. El artículo 1.527 del Código Civil, a propósito del pago hecho, después del contrato de cesión, por el deudor cedido al cedente, supedita la eficacia liberatoria/extintiva de dicho pago, al desconocimiento efectivo, por parte del deudor cedido/*solvens*, de la cesión previamente realizada. Por tanto, *ex* artículo 1.527 del Código Civil, el pago hecho al cedente por un deudor no notificado, pero conocedor (por cualquier otra vía distinta de la notificación) de la antecedente cesión, *no* tiene eficacia liberatoria/extintiva del crédito cedido.

2. La misma conclusión se refuerza desde el artículo 1.164 del Código Civil —la norma general de la que el art. 1.527 del Código Civil hace aplicación a un caso concreto: para una hipótesis singular de acreedor aparente—:

(44) También a favor de la exigencia de la buena fe en el deudor cedido no notificado: ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV, 2, pág. 878 y nota 3; RUBIO GARRIDO, *La propiedad* cit., págs. 224, 227-228; MANRESA, *op. cit.*, *sub* artículo 1.878, pág. 684; GUILARTE, *Comentarios* cit., *sub* artículo 1.878, pág. 619; DE APALATEGUI, *op. cit.*, *sub* artículo 1.878, pág. 543; CHICO, *Estudios*, II, pág. 1589.

En la jurisprudencia, la Sentencia del TS de 5 de mayo de 1885 (Col. *RGLJ*, tomo LVII, núm. 199), frente al cuarto motivo del recurso, en que la parte recurrente —deudor hipotecario cedido— alegaba infracción del artículo 153 LH (en la redacción entonces vigente, que exigía, igual que el actual art. 149 LH, la notificación al deudor cedido como requisito de la cesión del crédito hipotecario), y sostenía, con ese apoyo legal, que la cesión del crédito hipotecario de autos, inscrita en el Registro de la Propiedad pero no notificada al deudor cedido, era ineficaz frente a éste; frente a ello, la sentencia, como digo, declara (Cdo. 4.º): «no puede fundarse derecho en la falta de notificación de un acto, desde el momento en que se manifiesta enterada de él la parte a quien debió hacerse y, por lo tanto... carece de fundamento la infracción que se alega del artículo 153 LH, por no haberse dado conocimiento al demandado [deudor hipotecario cedido] de la escritura de 17 de noviembre de 1880 [del contrato de cesión]». Por tanto, como se ve, el TS equipara, en su eficacia, la notificación de la cesión al deudor cedido, al conocimiento, por otra vía, que el deudor cedido no notificado tenga de ella.

la eficacia liberatoria/extintiva del pago hecho a un acreedor aparente —que no lo es realmente (el cedente ya no es titular del crédito cedido desde la perfección del contrato de cesión) pero que puede parecerlo (el cedente puede parecer acreedor frente al deudor cedido, si éste ignora la cesión ya operada)— se supedita, *en todo caso*, a la *buena fe* del *solvens* —la ignorancia de estar pagando a quien (ya) no tiene legitimación para cobrar—. Por tanto, *ex* artículo 1.164 del Código Civil, el conocimiento, por cualquier vía, de la falta de legitimación para el cobro del *accipiens* (o sea, la *mala fe* del *solvens*) excluye la eficacia liberatoria/extintiva —frente al verdadero acreedor (en nuestro caso, el cesionario)— del pago hecho por el *solvens* (en nuestro caso, el deudor cedido no notificado).

3. Remacha ese mismo resultado, el artículo 1.198, II y III del Código Civil, del que expresamente resulta, en materia de compensación oponible por el deudor cedido que, en orden a producir la eficacia, frente a éste, de una cesión anterior (al uso de la excepción de compensación), están legalmente equiparados la *notificación* al deudor cedido de la cesión y el *conocimiento* de la misma, por su parte, obtenido por cualquier otra vía.

Y, como es natural, lo que vale para el pago y la compensación no puede dejar de valer para todos los demás hechos extintivos (o modificativos) del crédito cedido ocurridos después de la cesión, entre cedente y deudor cedido no notificado —a estos otros hechos aplicaremos los mismos principios generales que se inducen de los artículos 1.527, 1.164 y 1.198 del Código Civil, lo que conduce a exigir, también para ellos, la *buena fe* del deudor cedido no notificado. Esta misma conclusión viene impuesta desde la consideración del principio general de la buena fe: art. 7 del Código Civil.

Ahora bien, resulta preciso compaginar lo que, por un lado, según se ve, resulta de los artículos 1.527, 1.164 y 1.198 del Código Civil, con el funcionamiento del Registro de la Propiedad, por otro.

El problema registral es éste: si el deudor hipotecario cedido no ha sido, por hipótesis, notificado, tampoco, claro, se habrá hecho indicación en el Registro de la Propiedad de esa (inexistente) notificación, y, por mucho que el deudor conozca por vía distinta de la notificación la cesión ya realizada, el Registro no ofrecerá el menor indicio registral de ello.

Imaginemos el siguiente supuesto: cesión de crédito hipotecario (del crédito con la hipoteca accesoria) de cedente a cesionario. Cesión que *no* se notifica al deudor cedido, pero que éste ha conocido de otro modo. En tal situación, el deudor no notificado, pero de mala fe, paga al cedente el crédito cedido (y lo que digo sucesivamente para el pago, puede generalizarse, con las pertinentes adaptaciones, a cualquier otro hecho extintivo del crédito cedido realizado, después de la cesión, entre cedente y deudor cedido no-notificado pero de mala fe).

Para mayor claridad en la exposición, distingamos dos supuestos:

A) *La cesión de crédito hipotecario no figura inscrita en el Registro de la Propiedad*. Entonces, es claro que sobre la base de la titularidad registral del cedente, y de la carta de pago otorgada por éste, el Registrador (*ex art. 179 RH*) cancelará la hipoteca accesoria inscrita, todavía, a favor de él.

Pero ello no impide que el pago del deudor cedido, no notificado pero de mala fe, *ex artículos 1.527 y 1.164 del Código Civil*, *no* haya sido liberatorio —no extintivo del crédito cedido y, por tanto, tampoco de la garantía hipotecaria accesoria—. Razón por la cual, *ex artículo 181 RH*, el cesionario no inscrito podrá pedir judicialmente la rectificación de la cancelación registral así producida. Para lo cual tendrá que demostrar, en el pertinente juicio declarativo ordinario —carga de la prueba a él adosada (45), tanto porque es hecho constitutivo de su demanda impugnatoria, cuanto porque la buena fe legalmente se presume: arts. 434, 1.951 del Código Civil, 34-II LH—, que, pese a la falta de notificación de la cesión, el deudor cedido no notificado ya conocía, por otra vía, la anterior cesión cuando pagó sucesivamente al cedente, y, por tanto, siendo ya eficaz/oponible frente a él la cesión conocida no notificada, el pago hecho, con ese conocimiento, al cedente, carece de virtualidad extintiva del crédito cedido y, consecuentemente, de la hipoteca accesoria, siendo, por consiguiente, improcedente la cancelación registral de ésta practicada con apoyo causal en ese mismo pago.

Si la demanda impugnatoria del cesionario no inscrito prospera, la correspondiente sentencia judicial firme será el título hábil para rectificar registralmente la cancelación impugnada, rectificación registral que abre, ya, la posibilidad para que el cesionario no inscrito, en escrupulosa observancia del tracto sucesivo registral —trayendo causa del cedente, último titular registral del crédito hipotecario, tras la rectificación registral de la cancelación impugnada que había eliminado del Registro de la Propiedad la inscripción registral en favor del cedente (transmitente del cesionario)—, pueda inscribir el contrato de cesión y, con esta inscripción registral, adquirir, también, la hipoteca accesoria —la misma de que era titular anterior el cedente, no extinguida por el pago (judicialmente declarado no liberatorio) hecho a éste por el deudor cedido no notificado y de mala fe—. En cambio, el crédito cedido garantizado por esa hipoteca ya lo había adquirido el cesionario, antes de esa inscripción registral, desde la perfección del contrato de cesión, y la sentencia estimatoria de su demanda, al declarar no liberatorio el pago, el cedente, del deudor cedido no notificado pero de mala fe, declara subsistente —no extinguido por aquel pago— el crédito ya desde entonces adquirido.

(45) Conformes en esta atribución de la carga probatoria de la mala fe del deudor cedido/*solvens* al cesionario, GAVIDIA, *op. cit.*, págs. 251, 268 y 271; ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV, 2, nota 3, pág. 878.

Por tanto, rectificada judicialmente la cancelación impugnada e inscrito, sucesivamente, el contrato de cesión inicialmente no inscrito, la situación es de que el cesionario es titular tanto del crédito cedido (contra el deudor cedido) como de la hipoteca accesorio; y, como verdadero acreedor, a él debe pagarle el deudor cedido. Sin perjuicio, claro, de recuperar del cedente/*accipiens* lo indebidamente pagado a éste: en virtud de una acción de pago de lo indebido (de *solvens* contra *accipiens*) —indébito subjetivo *ex persona creditoris*—.

No hay que decir que es muy aconsejable la anotación preventiva de la demanda impugnatoria de la cancelación (*ex arts. 182 RH, 42-1 LH y 139 RH*): para evitar el riesgo, frente a terceros adquirentes, de la fe pública registral (*ex arts. 34 y 40 in fine LH*) durante toda la pendencia del proceso judicial impugnatorio.

En cambio, si la demanda impugnatoria no prospera, el cesionario no inscrito perderá el crédito cedido (ya adquirido por él desde la perfección del contrato de cesión, pero extinguido sobrevenidamente por el pago, al cedente, del deudor cedido no notificado), y no llegará a adquirir la hipoteca accesorio (extinguida, también, con ese mismo pago que extinguió el crédito por ella garantizado), quedándole definitivamente cerrado el Registro —por la cancelación de la inscripción registral del cedente, que rompe el tracto registral para su causahabiente— al contrato de cesión que es su título transmisivo. Tendrá, pues, que conformarse con la acción de enriquecimiento y responsabilidad, *ex artículo 151 LH*, contra el cedente de mala *felaccipiens*.

B) *Si la cesión del crédito hipotecario ya está inscrita en el Registro de la Propiedad*, como, por hipótesis, la cesión no ha sido notificada al deudor cedido, en la inscripción registral del cesionario, figurará, *ex artículo 243 RH*, la indicación registral de que dicha notificación no se ha realizado.

Si en esa situación registral, el deudor cedido no notificado, pero conocedor de la previa cesión no notificada, paga el crédito cedido al cedente, y después de ello se presenta al Registro de la Propiedad carta de pago, otorgada por el cedente/*accipiens*, solicitando la cancelación de la hipoteca accesorio; entonces, está claro que el Registrador, por mucho que esa hipoteca figure ya inscrita a nombre del cesionario, procederá, *ex artículo 176 RH*, a su cancelación (46). Pues el Registrador sólo puede atenerse a lo que resulta de los libros registrales y del documento público presentado (carta de pago), y el Registro le dice que, no habiéndose notificado la cesión al deudor cedido *solvens*, no es oponible/eficaz dicha cesión, aun inscrita en el Registro de la Propiedad, frente al deudor cedido no notificado —del Registro, ni tampoco

(46) Coincide en este resultado, GUILARTE, *Comentarios cit.*, *sub artículo 1.878*, pág. 619.

de la carta de pago del cedente, no resulta la mala fe del deudor cedido no notificado/*solvens*, y la discusión sobre la buena o mala fe de éste excede de las competencias del Registrador y es, en cambio, competencia propia y exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia. Discusión judicial que la cancelación practicada por el Registrador deja, desde luego, imprejuzgada: art. 181 RH.

Pero, por supuesto, también aquí, el pago hecho al cedente por el deudor cedido no notificado pero de mala fe, es (*ex arts. 1.527 y 1.164 del Código Civil*) no liberatorio —no extintivo ni del crédito cedido, ni, por tanto, de la hipoteca accesoria—, y, consecuentemente, el cesionario inscrito, víctima de la cancelación registral así producida, podrá pedir, *ex artículo 181 RH*, en juicio declarativo ordinario, la rectificación registral de esa cancelación, sobre la base de la demostración (carga de la prueba a él adosada) de que, pese a la falta de notificación de la cesión inscrita, el deudor cedido no notificado, en el momento en que pagó al cedente, conocía efectivamente, de algún modo —no bastando, a ese fin, por sí sola, la simple publicidad registral de la cesión inscrita: ya sabemos que esta publicidad registral no tiene *efecto legal* para el deudor cedido de buena fe (que efectivamente desconozca la cesión)——, la cesión inscrita y no notificada.

Demostración ésa que lo es, también, de la oponibilidad/eficacia, frente al deudor cedido no notificado, y ya en el momento de su pago al cedente, de la cesión inscrita no notificada, y, por tanto, de la virtualidad no extintiva (del crédito cedido y de la hipoteca accesoria) de ese pago, así como, consiguientemente, del carácter improcedente de la cancelación de la inscripción registral del cesionario practicada con apoyo causal en ese mismo pago.

Si el juicio impugnatorio concluye con sentencia firme favorable a la demanda del cesionario, dicha sentencia será el título hábil para reinscribir, en el Registro de la Propiedad, al cesionario víctima de la cancelación improcedente. Reinscripción en los mismos términos en que figuraba inscrito en la inscripción registral indebidamente cancelada: él es —y ahora el Registro, judicialmente rectificado, vuelve a declararlo así——, tanto titular del crédito cedido, desde la perfección del contrato de cesión —crédito que la sentencia firme declara no extinguido por el sucesivo pago, al cedente, del deudor no notificado pero de mala fe—, como titular de la hipoteca accesoria (la misma de que fue titular anterior el cedente, pero que el cesionario sólo adquirió con la inscripción registral de su título adquisitivo/contrato de cesión, inscripción registral del cesionario que se reconstruye tras la impugnación exitosa de su cancelación indebida), hipoteca accesoria que la sentencia firme declara, igualmente, no extinguida (por no estarlo tampoco el crédito cedido por ella garantizado) por el pago, al cedente, del deudor cedido no notificado pero de mala fe.

Y puesto que, tras la sentencia estimatoria, el cesionario reinscrito es el titular del crédito cedido, a él debe pagarle el deudor cedido, sin perjuicio de

que este mismo deudor/*solvens* recupere del cedente/*accipiens* lo indebidamente cobrado por éste (acción de cobro de lo indebido, indébito subjetivo *ex persona creditoris*).

Es, para este caso, asimismo, prácticamente muy importante, que el cesionario que insta la rectificación judicial de la cancelación que le perjudica, anote preventivamente su demanda (arts. 182 RH, 42-1 LH, 139 RH), para evitar el riesgo de la fe pública registral (*ex* arts. 34 y 40 *in fine* LH), en favor de terceros adquirentes, durante toda la pendencia del juicio impugnatorio.

En cambio, si la demanda del cesionario se desestima, éste perderá el crédito cedido (ya adquirido desde la perfección del contrato de cesión), extinguido por el pago hecho, al cedente, por el deudor cedido no notificado, y perderá, también, como efecto de ese mismo pago, y por la accesoriedad de la garantía hipotecaria al crédito cedido extinguido, la hipoteca accesoría (que había ya adquirido por la inscripción registral de la cesión, inscripción sucesivamente cancelada sobre la base causal del pago hecho al cedente por el deudor cedido no notificado). Entonces, el cesionario inscrito y víctima después de la cancelación no rectificadas judicialmente, tendrá que contentarse con la acción personal, *ex* artículo 151 LH, contra el cedente/*accipiens* (de evidente mala fe).

Puede darse el caso de que, producida la cesión del crédito hipotecario, ésta se haya notificado al deudor cedido, pero, en cambio, en el Registro de la Propiedad no exista indicación de que tal notificación ha sido practicada. *¿Quid iuris* si el deudor cedido notificado paga al cedente antes de que el Registro de la Propiedad refleje que ya ha sido notificado? (y lo que digo sucesivamente para el pago, vuelve a valer, con las pertinentes adaptaciones, para cualquier hecho extintivo del crédito cedido realizado, después de la cesión, entre deudor cedido notificado —pero de notificación no inscrita en el Registro— y cedente).

Para la aplicación a este caso de los mismos principios generales ya conocidos, volveré a distinguir entre cesión no inscrita y cesión inscrita en el Registro de la Propiedad.

A) Si la cesión de crédito hipotecario *no figura inscrita en el Registro de la Propiedad* —razón por la cual, tampoco el Registro puede indicar, en la (inexistente) inscripción registral del cesionario o al margen de ésta que la cesión no inscrita ha sido notificada al deudor cedido—, es claro que el Registrador, sobre la base de la titularidad registral del cedente, y de la carta de pago otorgada por éste, procederá (*ex* art. 179 RH) a la cancelación registral de la hipoteca accesoría (47).

Pero es claro, asimismo, que, por la notificación registralmente no reflejada, el deudor cedido *solvens* conocía la cesión anterior no inscrita, y, por

(47) Conforme en este resultado, GAVIDIA, *op. cit.*, pág. 269.

tanto, ésta era ya eficaz/ponible frente a él. Por tanto, el pago hecho al cedente por el deudor cedido, después de esa notificación que el Registro no refleja (pago hecho, pues, de mala fe), no tiene eficacia liberatoria *ex* artículos 1.527 y 1.164 del Código Civil (48). Y, consecuentemente, ni extingue el crédito cedido ni, por ello, tampoco la hipoteca accesoría.

Consecuentemente, *ex* artículo 181 RH, el cesionario no inscrito podrá instar, en juicio declarativo ordinario, la rectificación registral de la cancelación así producida. Para lo cual, tendrá que demostrar (carga de la prueba a él adosada) que el deudor cedido *solvens* estaba ya notificado (de la cesión anterior) en el momento de su pago (al cedente) —prueba que será más o menos fácil según el medio de notificación que se haya, en su día, utilizado—; aclarado lo cual, se demuestra, como he dicho, el carácter no liberatorio de tal pago, y, por tanto, también el carácter improcedente de la cancelación registral practicada con apoyo causal en ese mismo pago.

Los efectos de la sentencia firme con que se concluye el juicio impugnatorio, favorable o desfavorable a la demanda del cesionario, son (para cesionario, deudor cedido/*solvens* y cedente/*accipiens*) exactamente los mismos ya analizados *retro* para el caso del pago al cedente por deudor cedido de mala fe —el deudor cedido notificado de nuestra hipótesis también lo es—, estando la previa *cesión no inscrita* [sub A)].

Vale también, por supuesto, lo allí dicho sobre la conveniencia práctica de anotar preventivamente la demanda impugnatoria.

B) Si, en cambio, la *cesión de crédito hipotecario ya está inscrita en el Registro de la Propiedad*, pero ni en la inscripción registral del cesionario, ni, sucesivamente, al margen de ella, se ha hecho indicación registral de que el deudor cedido, como así es, está efectivamente notificado de la cesión; entonces, lo mejor que puede hacer el cesionario inscrito es, prevaleándose de la facultad concedida por el artículo 243 RH, llevar al Registro de la Propiedad (por documento público, del que resulte el hecho y la fecha de la notificación), sucesivamente a la propia inscripción registral de la cesión, el hecho de que el deudor cedido está ya notificado —hecho del que, *ex* art. 243 RH, se hará indicación registral por nota extendida al margen de la inscripción registral del cesionario—. Y, de esta forma, el cesionario inscrito queda *absolutamente* protegido contra una cancelación de su propia inscripción registral que se pretenda obtener con apoyo causal en un pago (u otro hecho extintivo del crédito cedido ocurrido entre ambos sujetos) realizado, al cedente, por el deudor cedido notificado, *después* de la fecha auténtica/fehaciente (arts. 1.218, 1.227 del Código Civil) de la notificación registralmente reflejada.

Si antes de que la indicación registral de la notificación al deudor cedido se haga, se presenta al Registro de la Propiedad solicitud de cancelación de

(48) Así también, GAVIDIA, *op. cit.*, pág. 269.

la hipoteca accesoria, apoyada causalmente en un pago del crédito cedido hecho, al cedente, por el deudor cedido notificado, y apoyada formalmente, por tanto, en carta de pago otorgada por el cedente/*accipiens*; entonces, por mucho que esa hipoteca figure ya inscrita a nombre del cesionario, el Registrador, *ex* artículo 176 RH, procederá a la cancelación solicitada (49). Pues este funcionario sigue obligado a atenerse exclusivamente a lo que resulta del título presentado y de los libros registrales —según los cuales, la cesión, aun inscrita, *no* es oponible al deudor cedido cuya notificación *no* accedió al Registro de la Propiedad, razón por la cual la inscripción registral del cesionario, carente de toda mención de haberse practicado esa notificación, le dice al Registrador (*ex* art. 243 RH), como verdad oficial/registral, que dicha notificación *no* se ha practicado (aunque extrarregistralmente se haya producido)—; ello sin perjuicio de que en otra sede (judicial) se pueda discutir lo que ante el Registrador es improcedente discutir (art. 181 RH).

Por tanto, como el pago hecho al cedente, después de la notificación registralmente no reflejada por el deudor cedido notificado, *no* es liberatorio (*ex* arts. 1.527 del Código Civil y 1.164 del Código Civil): ni extintivo del crédito cedido, ni, consecuentemente, de la hipoteca accesoria —porque el deudor cedido/*solvens* notificado conocía, al hacerlo, la cesión anterior e inscrita ésta, ya en el momento del pago, era eficaz/oponible frente a él—; el cesionario inscrito y víctima de la cancelación operada con tal fundamento causal, podrá, *ex* artículo 181 RH, impugnar, en juicio declarativo ordinario, dicha cancelación registral (50).

Para lo cual deberá demostrar (carga de la prueba a él adosada) que el deudor cedido estaba ya notificado de la anterior cesión cuando pagó al cedente (prueba que, naturalmente, será más o menos difícil, según el medio de notificación en su día empleado). Demostrado lo cual, resulta, como he dicho, tanto el carácter no liberatorio del pago realizado al cedente por el deudor cedido notificado como, consecuentemente, el carácter improcedente de la cancelación registral operada con apoyo causal en ese pago.

Los efectos de la sentencia firme con que concluye el juicio impugnatorio, favorable o desfavorable a la demanda del cesionario, son —para cesionario, deudor cedido/*solvens* y cedente/*accipiens*— exactamente los mismos ya analizados *retro* para el caso del pago al cedente por deudor cedido de mala fe —lo es, también, evidentemente, el deudor cedido notificado del que ahora me ocupo—, estando la antecedente *cesión inscrita* [*sub* B)].

Sigue valiendo, igualmente aquí, lo allí dicho sobre la conveniencia práctica de anotar preventivamente la demanda impugnatoria del cesionario.

(49) Conformes en este resultado, GAVIDIA, *op. cit.*, págs. 269-270; GUILARTE, *Comentarios cit.*, *sub* artículo 1.878, pág. 619.

(50) Así también, GAVIDIA, *op. cit.*, pág. 271.

5.3. RECAPITULACIÓN

Como se habrá observado, la notificación al deudor cedido *no* es requisito legal de la *inscripción registral*, en el Registro de la Propiedad, *del contrato de cesión*: la inscripción registral del cesionario puede practicarse, perfectamente, sin necesidad de acreditar esa notificación. Así resulta expresamente del artículo 243 RH, y presuponen, asimismo, la posibilidad de la inscripción registral del contrato de cesión sin que éste se haya notificado al deudor cedido, los artículos 151 LH y 176 RH (51).

Ello es plenamente congruente con el hecho de que esa notificación no es, legalmente, requisito constitutivo *ni* de la transmisión (al cesionario) del *crédito cedido* —que se produce por la sola perfección del contrato de cesión, siendo la aludida notificación únicamente medio para asegurar la oponibilidad de este efecto transmisivo del crédito, al cesionario, frente al deudor cedido—, *ni* de la transmisión (también al cesionario) de la *hipoteca accesorio* —para lo que basta la inscripción registral del título transmisivo/contrato de cesión.

Sin embargo, como ya he dicho, el papel que la ley asigna a la notificación al deudor cedido —como medio, insisto, de hacer oponible/eficaz, frente al deudor cedido, la transmisión del crédito cedido al cesionario— es suficiente para que, de su omisión, y también de la falta de su reflejo registral —porque crea la apariencia registral de que la cesión, aun inscrita, no es oponible/eficaz frente al deudor cedido, aun notificado pero sin que esa notificación se haya reflejado registralmente—, deriven *graves riesgos* para el cesionario: no sólo en cuanto a la pérdida del *crédito cedido*, sino por el carácter accesorio a él de ésta, en cuanto a la pérdida o no adquisición de la hipoteca accesorio. Lo que confiere, pues, de todas formas, gran importancia práctica tanto a la realización de la notificación al deudor cedido, como a su adecuado reflejo registral.

5.4. LOS CASOS EN QUE ESTÁ DISPENSADA LA NOTIFICACIÓN AL DEUDOR CEDIDO

Finalmente, hay que examinar los dos casos de cesión de crédito hipotecario en que legalmente se excepciona la necesidad de notificar al deudor cedido.

1. El primero de ellos (art. 242 RH) es cuando el propio deudor hubiera anticipadamente renunciado, en escritura pública, a ser notificado.

(51) Vid., en tal sentido, ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV, 2, págs. 874 y 879; RUBIO, *La propiedad* cit., nota 395, pág. 225; GAVIDIA, *op. cit.*, pág. 269; CHICO, *Estudios*, II, cit., pág. 1589; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, III, pág. 555.

Esta renuncia anticipada a la notificación, expresamente consentida por la ley, tampoco suscita dudas, en cuanto a su validez, por parte de la doctrina (52).

Aunque no se diga expresamente —sí implícitamente: la formalización en escritura pública de la renuncia se exige (sólo) para posibilitar su acceso al Registro de la Propiedad—, la operatividad *registral* de esta renuncia exige su reflejo en el Registro de la Propiedad, bien inicialmente en la inscripción registral del cesionario, bien sucesivamente en nota al margen de la misma (arg. art. 243 RH).

En cuanto al efecto de esta renuncia, según la mejor interpretación (53), consiste en que el deudor renunciante se autopriva de la protección específica, como tercero cualificado, que resulta de los artículos 1.527, 1.198 del Código Civil, 151 LH y 176 RH, y queda, por tanto, asimilado en cuanto a la oponibilidad/eficacia de la cesión del crédito hipotecario, a la posición de *todos los demás terceros*, extraños al contrato de cesión. O sea, la oponibilidad/eficacia de la cesión depende, también para él, de la *inscripción registral* de la misma en el Registro de la Propiedad (art. 1.526 del Código Civil).

De esta suerte, el deudor cedido renunciante no está, respecto de la oponibilidad/eficacia de la cesión inscrita, en *mejor* posición que otro tercero distinto, *pero tampoco* en posición *peor*.

En concreto, inscrita ya la cesión en el Registro de la Propiedad, el deudor cedido renunciante y no notificado de la cesión, ya sólo puede pagar el crédito cedido para liberarse al *cesionario inscrito* —porque la cesión inscrita, desde su inscripción registral, ya es eficaz/oponible frente a ese deudor—, y, por tanto, la cancelación de la hipoteca accesoria, desde la inscripción registral del cesionario, sólo puede obtenerse en virtud de carta de pago otorgada por el propio cesionario/titular registral. La renuncia previa del deudor a la notificación hace, pues, inaplicables los artículos 1.527 del Código Civil y 176 RH: no cabe obtener la cancelación de la hipoteca accesoria, ya inscrita en favor del cesionario, en virtud de un pago del crédito cedido hecho, al cedente, por el deudor cedido no notificado (y no, porque la renuncia anticipada del deudor cedido ha privado de eficacia liberatoria y extintiva —del crédito cedido y, por tanto, de la hipoteca accesoria— a dicho pago).

[Ahora bien, para que el Registrador pueda actuar en consecuencia, conforme a lo arriba expuesto, es necesario que la renuncia a la notificación *conste en el Registro*; de otro modo, se procederá a la cancelación *ex* artículos 176, 243 RH y 1.527 del Código Civil, y será el cesionario víctima de la cancelación quien tenga que impugnarla, *ex* artículo 181 RH, en juicio declarativo ordinario, probando la renuncia anticipada del deudor cedido/*solvens* que el Registro no refleja].

(52) Vid. GARCÍA GARCÍA, *Comentario cit.*, sub artículo 1.878, pág. 1916, VII.

(53) La de GAVIDIA, *op. cit.*, págs. 274-275.

En cambio, si el deudor cedido renunciante paga de *buena fe*, al *cesionario inscrito* en el Registro de la Propiedad, el crédito hipotecario cedido, siendo así que dicho crédito hipotecario cedido ha sido objeto de una nueva cesión en favor de un tercero, cesión sucesiva *ni* notificada al deudor cedido —que, insisto, debe ser de buena fe: equivalente, aquí, a desconocimiento de la cesión sucesiva—, *ni* tampoco inscrita en el Registro de la Propiedad; entonces, el pago hecho por el deudor cedido renunciante al *cesionario inscrito* es (*ex art.* 1.164 del Código Civil) liberatorio y extintivo del crédito cedido y, por tanto, de la hipoteca accesoria. Y lo es, porque la *cesión sucesiva no inscrita* no es oponible/eficaz frente al deudor cedido renunciante y *solvens* de buena fe, que está, repito, respecto de la cesión no inscrita en la misma posición que cualquier otro tercero de buena fe *ex artículo* 1.526 del Código Civil.

En consecuencia, la hipoteca accesoria se cancelará (*ex art.* 179 RH) con apoyo causal en ese pago liberatorio/extintivo, y con apoyo formal en la carta de pago otorgada por el cesionario inscrito/titular registral. Sin perjuicio, claro, de la acción personal, de enriquecimiento y de responsabilidad del cesionario sucesivo, no inscrito, contra su transmitente/cedente: el cesionario anterior, inscrito y *accipiens*, de evidente mala fe.

2. Tampoco se exige, en la cesión de crédito hipotecario, la notificación al deudor cedido cuando (arts. 150 LH y 242 RH) el crédito cedido, garantizado con hipoteca, está incorporado a un título-valor a la orden o al portador.

La razón de ser de esta dispensa legal está en la propia naturaleza del crédito cedido. Su incorporación al título-valor pretende facilitar su transmisión por la simple entrega de ese título, o por ésta unida al endoso. El legislador, al dispensar en estos casos de la notificación al deudor cedido, ha pretendido mantener la agilidad transmisiva que esa incorporación persigue (agilidad transmisiva del crédito, pero también de la hipoteca accesoria, para cuya transmisión con el crédito no se exige, tampoco, la inscripción registral: art. 150 LH). La exigencia, también en este caso —para la oponibilidad/eficacia, frente al deudor cedido, de la transmisión del crédito incorporado al título-valor endosable o al portador—, de la notificación al deudor cedido pugnaría, en cambio, con la naturaleza del crédito incorporado al título-valor, y, por tanto, con esa finalidad agilizadora que la incorporación persigue.

Más en concreto, la justificación de esta dispensa legal, desde la naturaleza del crédito incorporado al título-valor endosable o al portador, se hace (54): *a*) porque el deudor, en el momento de la emisión del título-valor,

(54) Vid., así, ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV, 2, pág. 881; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, III, 3, págs. 188-189; GUILARTE, *Comentarios cit.*, *sub* artículo 1.878, págs. 620-621; DE APALATEGUI, *op. cit.*, *sub* artículo 1.878, pág. 546.

ha renunciado, de forma tácita pero inequívoca, a la notificación de las sucesivas transmisiones del crédito incorporado. Y lo ha hecho así porque se ha comprometido a pagar al último tenedor del título al portador o al último endosatario del título a la orden; y *b*) porque en estos casos la falta de notificación de las sucesivas transmisiones no puede reportar ningún perjuicio al deudor cedido —el peligro de tener que pagar, dos o más veces, a personas distintas: cesionarios sucesivos—, debido a que en estos títulos la legitimación para cobrar es inseparable del propio título-valor (que hay que poseer, o poseer y, además, ser el último endosatario), y la transmisión de éste (y, con él, del crédito incorporado y de la hipoteca accesoría) se hace, precisamente, sobre la base material del título mismo —su entrega o su entrega unida al endoso.

6. CESIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS GARANTIZADOS CON HIPOTECA LEGAL

Para los créditos garantizados con *hipoteca legal (expresa)*, la cesión del crédito hipotecario (del crédito con la hipoteca accesoría) está afectada por la prohibición dispositiva *temporal* resultante del artículo 152 LH (55). O sea, entonces y según el indicado precepto, la cesión del crédito hipotecario exige, tanto que el crédito cedido (garantizado con hipoteca *ex lege*) haya ya nacido (y esto porque la hipoteca legal ha podido constituirse anticipadamente en previsión del nacimiento futuro del crédito por ella garantizado) —lo que afecta al *an* del crédito cedido y garantizado con hipoteca legal—, como que su exacta cuantía esté ya determinada —lo que afecta al *quantum* del crédito cedido y garantizado con hipoteca legal.

Así, por ejemplo (56), si se trata de hipoteca legal constituida para garantizar la eventual responsabilidad de un tutor (art. 168-4 LH), la cesión del crédito (del pupilo) por el importe de la responsabilidad de su tutor, transmisión del crédito con la hipoteca accesoría constituida, con fundamento legal para su garantía, exige: 1) la extinción de la tutela; 2) que de la liquidación de la administración del tutor y de su rendición de cuentas resulte un crédito favorable al pupilo; 3) la concreción —en su caso, judicialmente— del exacto importe cuantitativo de la responsabilidad del tutor frente a su pupilo.

Como señala ROCA SASTRE (57), el fundamento de esta prohibición legal transmisiva temporal —que durante su vigencia no se admita ni siquiera el

(55) Sobre lo cual, vid., por ejemplo, ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV, 2, pág. 882 y sigs.; GUILARTE, *Comentarios cit.*, sub artículo 1.878, pág. 621; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, III, 3, pág. 190; CHICO, *Estudios*, II, pág. 1592.

(56) De ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV, 2, págs. 882-883.

(57) *Ib.*, pág. 884.

tráfico de un derecho eventual, y/o de cuantía incierta, con el consiguiente riesgo aceptado por el adquirente— es (a la vista de *buena parte* de los casos de hipoteca legal expresa reconocidos por nuestra ley) evitar la intromisión de personas extrañas (el cesionario adquirente) en la relación, casi siempre personalísima, que existe ante acreedor y deudor, antes de que esa relación se haya concretado en la escueta exigencia de una determinada cantidad de dinero (lo que se ve, muy bien, en el ejemplo puesto de la tutela).

Ahora bien, cesada la temporal indisponibilidad del crédito hipotecario —o sea, existente el crédito y determinada su cuantía—, el régimen de su cesión remite al mismo régimen general, ya conocido (arts. 149 y 161 LH) (58).

FRANCISCO JORDANO FRAGA
Catedrático de Derecho civil

(58) Así, ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV, 2, pág. 85; GUILARTE, *Comentarios cit.*, sub artículo 1.878, pág. 621; CHICO, *Estudios*, II, cit., pág. 1592.

El embargo de bienes gananciales y la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado (II)

(continuación)

SUMARIO: CONSIDERACIONES GENERALES.—LAS CONCRETAS MANIFESTACIONES JURISPRUDENCIALES POSTERIORES A LAS REFORMAS DEL CODIGO CIVIL EN 1981 Y DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO EN 1982: RESOLUCIÓN DE 6-11-1981. RESOLUCIÓN DE 28-3-1983 Y RESOLUCIÓN DE 15-4-1983. RESOLUCIONES DE 27-5, 24 Y 28-11-1986.—COLISIONES ENTRE EMBARGO Y LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.—SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADA: RESOLUCIONES DE 22-5, 3-6 Y 16-10-1986. RESOLUCIÓN DE 11-12-1991. EL ARTÍCULO 166.I DEL RH. RESOLUCIÓN DE 25-4-1986.—SOCIEDAD DISUELTA Y LIQUIDADA: RESOLUCIÓN DE 16-2-1987. RESOLUCIÓN DE 29-5-1987. STS DE 20-3-1989. RESOLUCIONES DE 15-7-1988 Y 15-5-1989. RESOLUCIÓN DE 28-10-1987. RESOLUCIONES DE 6 Y 12-11-1987. RESOLUCIÓN DE 5-1-1988. RESOLUCIÓN DE 18-3-1988. RESOLUCIÓN DE 29-5-1989. RESOLUCIONES DE 3 Y 4-6-1991 Y DE 25-1-1993. RESOLUCIÓN DE 18-9-1987. RESOLUCIÓN DE 24-9-1987. RESOLUCIÓN DE 25-3-1988.—NOTA FINAL.—RELACION DE RESOLUCIONES.—ADDENDA.—RESUMEN.

CONSIDERACIONES GENERALES

Al iniciar el análisis de las Resoluciones de la DGRN en materia de responsabilidad de los bienes gananciales conviene tener presente que las proclamaciones del CD se emiten en el ámbito registral («a los efectos del Registro», como dice la Resolución de 24-9-87, entre otras muchas), es decir, dentro de las reglas que establecen los principios hipotecarios, a diferencia de lo que ocurre con las sentencias del TS, que se pronuncian en el campo del derecho sustantivo, lo que origina significativas diferencias entre unas y otras (42).

(42) En la Resolución de 23-1-93, el Registrador denegó una anotación de embargo a favor de la Tesorería de la Seguridad Social porque la traba había sido posterior a la

La jurisprudencia registral sobre bienes inmuebles gananciales inscritos, al igual que la del TS fluye, en su inmensa mayoría, con motivo de la sustitución del régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación de bienes en virtud de capitulaciones otorgadas durante el matrimonio.

La específica doctrina de la DG en la materia que nos ocupa se ha desarrollado en definitiva, con ocasión de aplicar los principios hipotecarios a actos jurídicos referentes a titularidades de unos bienes poseídos en comunidad de tipo germánico como es la sociedad ganancial, a cuya configuración doctrinal como tal, ha contribuido de forma decisiva (MAGARIÑOS, *Sociedad de Gananciales y Sociedad Civil*. Academia Sevillana del Notariado, 1989, pág. 307).

La responsabilidad de los gananciales en relación al Registro de la Propiedad se lleva a efecto por medio de la anotación de embargo sobre los bienes inscritos que son objeto de ejecución. Anotación que se practica inexcusablemente en virtud de un mandamiento judicial (dejando a un lado los procedimientos de apremio administrativo, en los que el mandamiento se expide por el agente ejecutor).

Toda controversia acerca del carácter o naturaleza de las deudas que la anotación de embargo trata de garantizar, es decir, si tales débitos son o no a cargo de la sociedad de gananciales, es algo que cae fuera del Registro (cfr. RIVAS, *ob. cit.*, pág. 126).

El mandamiento que ordena la anotación es el que debe decir, en su caso, si la responsabilidad es o no ganancial, lo que con anterioridad deberá haberse ventilado y resuelto en el procedimiento del que el mandamiento emana.

El Registro, instrumento de seguridad para el tráfico que se acoge a sus libros, exige la máxima claridad en la definición de los derechos que, en documentación pública, acuden a la vida tabular. Esta definición no le compete al Registrador, los derechos deben venir perfilados por la voluntad de las partes o por los pronunciamientos judiciales. Si el mandamiento que ordena la anotación de embargo sobre un inmueble ganancial no expresa la naturaleza de la deuda, el Registrador debe atenerse a tal circunstancia y obrar al dictado de los principios hipotecarios especialmente, en este caso, a los de tracto y legitimación, defensores de la titularidad inscrita y ello al margen de cómo sea la realidad o de lo que pueda resultar del derecho sustantivo que definen los jueces, previa audiencia de las partes y mediante las pruebas que sean pertinentes.

Pero como ha sido y sigue siendo supuesto general que el mandamiento que ordena la anotación no exprese la naturaleza de la deuda, el Registrador,

disolución e inscripción de la liquidación de la sociedad de gananciales en el Registro. La Administración recurrente invocaba que: «la normativa hipotecaria no puede constituir obstáculo a la persecución de los bienes, objeto del embargo. Porque la deuda tenía el carácter de deuda de la sociedad de gananciales». La DG, sin discutir que se tratara de una deuda ganancial, se limita a contestar que «esta realidad sustantiva no puede ser apreciada en este recurso».

puesto a calificar, ante el silencio del mandamiento, tiene que pronunciarse sobre la naturaleza que va a atribuir a la deuda (y por encima de él, el CD) y también ha resultado, no ya una regla general, sino una regla absoluta que atendido, por una parte, el principio de actuación conjunta y, por otra, la defensa del titular inscrito que exigen las reglas hipotecarias, la deuda de un cónyuge, «a los efectos del Registro», ha sido considerada invariablemente de responsabilidad privativa (más adelante, con referencia a la Resolución de 24-9-87, comentaremos los argumentos en que se funda tal criterio).

Sin embargo, el contraste de tal postura con los hechos que la vida real ha ido aportando, ha imprimido un carácter específico a la jurisprudencia registral relativa al embargo de bienes gananciales, teñida por un marcado pragmatismo, necesario para superar los inconvenientes que se siguen de considerar, desde el punto de vista registral, que ciertos actos o negocios jurídicos son de naturaleza diferente de la que tienen en la realidad.

LAS CONCRETAS MANIFESTACIONES JURISPRUDENCIALES POSTERIORES A LAS REFORMAS DEL CODIGO CIVIL (1981) Y DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO (1982)

Entrando en el análisis de las resoluciones que interpretan y aplican la nueva normativa a las mismas o análogas situaciones que contempló la jurisprudencia anterior, lo primero que observamos es que, en algunos casos, las soluciones han cambiado menos de lo que se esperaba (43).

En primer lugar debemos referirnos al problema de la demanda conjunta o individual contra el deudor con notificación a su consorte, como requisito para anotar el embargo sobre un bien ganancial.

Por su prioridad cronológica nos referiremos primero a la Resolución de 6-11-1981, cuya doctrina reiteran puntualmente las de 10 y 19 de noviembre del mismo año. El interés de esta resolución radica en que sus elementos se encuentran a caballo entre la legislación anterior y la posterior a la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981. (Los hechos eran anteriores y la Resolución fue de fecha posterior.) Consecuente a un juicio declarativo contra don Antonio, iniciado por demanda de 21-5-79, el 17-4-80 se dictó providencia por la que se acuerda el embargo de una finca y se ordena que se tome anotación en el Registro de la Propiedad, haciéndose constar haberse llevado a efecto la notificación de la existencia del procedimiento y embargo a doña

(43) *Vide* GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, que ponen de relieve la permanencia legal e interpretativa referente a la anotación de embargo, una vez disuelta la sociedad de gananciales y la ——— para algunos inesperada ——— continuidad de la doctrina anterior respecto de la demanda conjunta.

Elisa, esposa del demandado. Con fecha 12-10-80, se adicionó la anterior providencia para hacer constar que la fecha de la deuda determinante del embargo preventivo fue contraída constante el matrimonio y anterior a la fecha de la escritura de capitulaciones matrimoniales que se indican. Don Antonio y doña Elisa, el 19-1-79 habían otorgado capitulaciones sustituyendo el régimen de gananciales por el de separación, adjudicando la finca objeto del embargo a la esposa, a cuyo nombre se inscribió en el Registro el 31-5-79. (Por tanto, cuando se practica el embargo de la finca, aparecía ya inscrita como privativa de la esposa.)

La anotación fue denegada en virtud de lo que disponen los artículos 20 y 38 de la LH y artículo 144-2-1.º de su Reglamento.

Ocurría que la deuda era indubitadamente ganancial, nacida de actos del marido realizados constante matrimonio (arts. 1.413 y 1.408-1.º anteriores). El recurrente invocaba el último párrafo del artículo 1.322 (versión de 2-5-1975), según el cual la modificación del régimen matrimonial, verificada constante matrimonio, no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros. Que si los bienes se encontraban inscritos a favor de la esposa en el Registro de la Propiedad, consecuencia de la adjudicación recibida con motivo de las capitulaciones, ello no debía afectar al acreedor, quien podía «actuar sobre ellos como si se tratase de bienes gananciales, siendo tales inscripciones a modo de permeables o porosas que permiten que se filtre el derecho del acreedor para hacer efectiva su garantía», que constituyen verdaderas excepciones al principio de tracto sucesivo; que se había notificado a la esposa la existencia del procedimiento y del embargo a los fines prevenidos en el artículo 144 del RH (versión de 17-3-59), por lo que de conformidad con las resoluciones de 9, 13 y 14 de diciembre de 1966, debía considerarse cumplido el requisito de dirigir la demanda contra el titular inscrito y, finalmente, que no era de aplicación el artículo 144 del RH, ya que «está referido al caso de disolución de la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges». Incluso añadía —cabe suponer que con menos convicción— que «al tiempo de dictarse dicho precepto no pudo haber contemplado el supuesto de la disolución de la sociedad de gananciales en virtud de capitulaciones matrimoniales».

Esto no sólo era la parte más débil de su razonamiento sino que el no tener en cuenta la modificación del Código de 2-5-75 —que acaso ignoraba— autorizando la modificación del régimen económico matrimonial, vigente el matrimonio, resultó ser la causa principal de su fracaso.

La DG, en consonancia con el informe del Registrador (44), invocó los artículos 20 y 38 de la LH y 140-1.ª de su Reglamento para sostener el acuerdo

(44) El cual entendía que la calificación de las inscripciones como permeables o porosas chocan abiertamente con el principio de legitimación registral recogido en el artículo 38 de la LH.

denegatorio de la anotación preventiva. Sin negar que el artículo 144-2 (todavía no modificado en noviembre de 1982), se refiriese a la disolución de la sociedad ganancial por causa de muerte, entiende, sin embargo, que regula una situación similar a la aquí planteada —sociedad de gananciales disuelta—, exigiendo la misma solución, que la demanda se dirigiera contra el titular registral adjudicatario de los bienes a consecuencia de la liquidación (45).

La solución es impecable desde el punto de vista registral. Más que primar al titular inscrito lo que hace la Resolución es castigar al acreedor porque constando ya en el Registro la titularidad exclusiva de la mujer, no dirige también la demanda contra ella (art. 144-4 del RH) (46).

RESOLUCIÓN DE 28-3-1983

Esta Resolución es la primera que enjuicia hechos posteriores a la reforma del Código Civil y también a la del RH de 12-11-82 y se enfrenta al asendereado tema de si es necesario demandar conjuntamente a los dos cónyuges para anotar un embargo sobre bienes gananciales o si es suficiente demandar al cónyuge deudor y notificar a su consorte.

Es conocida la trayectoria de la jurisprudencia anterior en la interpretación del artículo 144 del RH y las razones por las cuales sustituyó la exigencia de dirigir la demanda contra los dos cónyuges por la de demandar al deudor y notificar la demanda a su consorte (47).

(45) Como muestra de la flexibilidad del CD, la futura Resolución de 24-9-1987, aunque contempló un supuesto distinto del que acabamos de ver, con fundamento en los mismos artículos antes invocados saca consecuencias contrarias a las de la Resolución que contemplamos.

(46) Sin duda, se había faltado a la regla formal del artículo 144-4 del RH. Pero la deuda era claramente ganancial, lo que confería al acreedor el amparo del artículo 1.317 (igual que del 1.322 anterior), con lo que se podía beneficiar del artículo 1.401, como haría en el futuro la STS de 20 de marzo de 1989. Quizá por ello algún autor ha estimado que en esta resolución los principios hipotecarios de tracto y legitimación no se aplicaron en función del principio general informador de toda la mecánica registral que es la seguridad del tráfico. Puesto que en la sustitución del régimen legal de gananciales por el de separación, según amplios sectores, existe un cambio «relativo» de titularidad, pues ésta existía ya, bajo forma ganancial, antes de la modificación, por lo que no se la podía considerar del todo ajena a la responsabilidad del embargo —tracto abreviado— que, hay que repetirlo, era ganancial (art. 1.408-1.º). (MAGARIÑOS, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación de bienes y los derechos de los acreedores», en *RCDI*, enero-febrero de 1982, núm. 548, pág. 59). En lo sucesivo, el panorama será distinto, la jurisprudencia registral actuará con el pie forzado de desconocer el carácter de la deuda contraída por un cónyuge, en cuyo caso la estima privativa, lo que va a excluir los beneficios que concede el artículo 1.401 del Código Civil.

(47) El artículo 144 del RH en su primera redacción de 1947 decía: «Cuando por deudas y obligaciones contraídas por el marido o la mujer, en su caso, a cargo de la

Dado que en la Reforma de 13-5-81, los poderes omnímodos del marido se transfirieron al conjunto de ambos cónyuges, la subsiguiente redacción del artículo 144 del RH de 12-11-82, congruente con la norma sustantiva, estableció que: «Para que sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes comunes durante la vigencia de la sociedad conyugal, incluso cuando uno solo de los cónyuges aparezca como deudor, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra ambos cónyuges o que el embargo ha sido notificado al cónyuge no demandado, en el supuesto del párrafo siguiente» (que se refiere al embargo de gananciales por deudas privativas, de acuerdo con el art. 1.373 del Código Civil) (48).

No obstante, en esta primera resolución, contra la literalidad de la norma —no impremeditada, como dice REY PORTOLÉS— se acabó concluyendo que tampoco ahora era necesaria la demanda a los dos cónyuges para anotar un

sociedad de gananciales y antes de su disolución, se decreta 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 hubiere sido a título oneroso durante el matrimonio y no conste la pertenencia exclusiva del dinero de uno de los cónyuges...» La reforma de 1959 añadió: «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 en relación con el 96 de este Reglamento». Este añadido era consecuencia de la modificación de dicho artículo en 1958, que exigió el consentimiento de la esposa para la enajenación de inmuebles o establecimientos mercantiles.

La experiencia pronto puso de relieve las dificultades de la demanda conjunta, puesto que el artículo 1.413 no había derogado las facultades del marido que, siendo administrador de la sociedad ganancial, podía «enajenar y obligar a título oneroso los bienes» de dicha sociedad, los cuales respondían de las deudas y obligaciones contraídas por el marido (art. 1.408-1.^o). Por tanto, la legitimación pasiva del marido gestor no se había alterado. La doctrina entendió que el consentimiento de la mujer en realidad era asentimiento, cuya falta no anulaba los actos dispositivos u obligacionales del marido, sino que concedía simplemente a la mujer y a sus herederos la facultad de impugnarlos. (Como decía la STS de 21-4-64, «el poder de disposición de los bienes de las características a que se refiere el artículo 1.413 del Código Civil, que tradicionalmente correspondió al marido, no ha pasado a corresponder conjuntamente a ambos cónyuges, sino que continuando en él, la mujer puede potestativamente asentir o no el acto dispositivo, correspondiendo exclusivamente a ella o, en su caso a los herederos el impugnar los actos en que no haya sido prestado un consentimiento susceptible de ser expresado a posteriori y, por consiguiente, carente de entidad bastante a imprimir la nulidad radical al acto realizado por quien está facultado por Ley para realizarlo»).

Con tales fundamentos doctrinales, algunos recogidos expresamente en sus considerandos, se dictaron las conocidas Resoluciones de 9, 13 y 14 de diciembre de 1966, según las cuales para anotar un embargo sobre un bien ganancial, no era necesario demandar ambos cónyuges, siendo suficiente dirigir la demanda contra el deudor y notificar el procedimiento a su consorte.

(48) El citado párrafo dice: «Cuando se persigan bienes comunes, a falta o por insuficiencia de los privativos de uno solo de los cónyuges, en el supuesto previsto en el artículo 1.373 del Código Civil, bastará que haya sido notificado el embargo al cónyuge no deudor».

embargo sobre bienes gananciales, sino que era suficiente demandar al deudor y notificar el procedimiento y el embargo a su consorte.

Algún autor ha señalado que la solución adoptada viene exigida por razones de tipo práctico, amén de consideraciones teóricas (49).

El caso de la resolución se trataba de un juicio ejecutivo por una letra de cambio impagada, suscrita por el marido. Se le demandó sólo a él y el embargo trabado sobre un piso ganancial fue notificado a la esposa. El Registrador denegó la anotación en base a los artículos 1.375 y 71 del Código Civil, por entender que ya no existe un consentimiento asentimiento, como se sostenía antes, sino que ahora la gestión conjunta exige el consentimiento de ambos cónyuges, como se deduce de los artículos 1.367 y 1.375 del Código (50).

La DG parte, efectivamente, del principio de actuación conjunta instaurado en 1981 que se plasma sobre todo en los artículos 1.367 y 1.375 del Código Civil. No obstante, considera necesario cohonestar el principio general con el respeto a la personalidad de cada esposo en la sociedad conyugal y, por ello, el Código Civil ha tenido que admitir supuestos de válida actuación personal de uno solo de los cónyuges en el artículo 1.365.

También ha sido necesario considerar las relaciones del contratante no sólo con el cónyuge, con quien realiza el negocio jurídico, sino también con su consorte y, por ello, el Código Civil soluciona el problema distinguiendo un aspecto externo para protección del tráfico a lo que responde el artículo 1.369, que solidariza los bienes gananciales con los privativos del cónyuge deudor y un aspecto interno, al objeto de mantener el equilibrio de las masas en la economía matrimonial, mediante los pertinentes reintegros entre ellas (arts. 1.364 y 1.319).

En virtud de lo expuesto, distingue tres clases de obligaciones:

(49) Se ha dicho que la demanda conjunta «origina dificultades prácticamente insalvables en los supuestos de juicio ejecutivo basado en un título extrajudicial del que resulte deudor uno solo de los esposos. Y resulta de imposible cumplimiento en los supuestos de procedimientos administrativos de apremio o de embargo decretado en causa criminal» (RIVAS TORRALBA, *Anotaciones de embargo*, Colegio de Registradores de la Propiedad, 1992, pág. 131).

(50) El Magistrado-Juez que había dictado el mandamiento informó que es necesaria la demanda conjunta a ambos cónyuges, pero que por afectar a gananciales también es cierto que la impugnación de los actos realizados por un solo cónyuge queda al arbitrio del otro cuyo consentimiento se omitió. La llamada del otro cónyuge al procedimiento, que pide el cumplimiento de la obligación, no deriva de la cotitularidad sino de la necesidad de salvaguardar los derechos que le corresponden en la sociedad. Que la responsabilidad de los bienes comunes por obligaciones contraídas por un cónyuge deriva de la finalidad de la obligación (criterio objetivo, tesis de GORDILLO) y no de la prestación del consentimiento del otro y que, finalmente, al expedir el mandamiento se tuvo en cuenta que la obligación había sido contraída por el marido en el ejercicio de su actividad mercantil, «que se realiza sin oposición expresa del otro»).

- a) las contraídas por ambos cónyuges, caso en que para practicar la anotación de embargo es necesario demandar a los dos esposos;
- b) obligación puramente personal del deudor, sólo se le demanda a él, con la posibilidad que ofrece el artículo 1.373; y
- c) «obligación contraída por uno solo de los cónyuges en el ejercicio de los poderes individuales que sobre la sociedad de gananciales le reconoce la ley, y que es el supuesto que ofrece más dificultades».

En el supuesto considerado, la demanda conjunta podía tener su fundamento en que el cónyuge no deudor, cotitular de los bienes sociales, se encuentra afectado por las obligaciones que legalmente contraiga el otro y que su intervención sería necesaria, al objeto de determinar si la deuda existe o se encuentra en uno de los supuestos de legitimación para la válida actuación de un solo cónyuge.

Sin embargo, la exigencia de la demanda conjunta «no guardaría armonía con el carácter individual de la calidad de deudor, cualquiera que sean las masas patrimoniales que tal actuación individual haya podido sujetar a responsabilidad, ya que cuando la Ley establece que uno de los cónyuges como “órgano social” (sic) puede obligar los bienes gananciales, hay que entender este mandato hasta sus últimas consecuencias, que no es sólo la de poder realizar una prestación, sino también la responsabilidad aneja de unos bienes —en este caso, los gananciales— si hay incumplimiento...»

Por último, sigue la Resolución, en vista de la singularidad de la sociedad de gananciales, «en que históricamente ha correspondido sólo al marido la facultad de obligarla, dado su carácter de administrador único, lo que se traducía en que igualmente era sólo a él a quien se podía demandar» en caso de incumplimiento, situación mantenida después de la reforma del artículo 1.413 en 1958, de la que sólo se derivó la necesidad de notificar la demanda a la mujer, según reiterada jurisprudencia de este Centro y «ESTE MISMO CRITERIO PERMANECE DESPUES DE LA NUEVA REGULACION INTRODUCIDA POR EL CODIGO CIVIL EN DONDE EN BASE AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD SE HA EXTENDIDO A LOS DOS CONYUGES LAS FACULTADES QUE ANTES SOLO OSTENTABA EL MARIDO». Afirmación aventurada, con la que luego ha sido poco respetuosa la jurisprudencia posterior que, en lo sucesivo, invariablemente se ha atendido a la idea de que la actuación de un cónyuge no compromete los bienes comunes, al contrario, la deuda contraída por uno solo de ellos, «a efectos del Registro», debe considerarse de carácter privativo (51).

(51) Lo que le ha valido la crítica de los autores. Por ejemplo, RAGEL, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 37.

Termina el último considerando en que «aparece que la obligación no fue contraída conjuntamente por los dos esposos, y aunque no resulta con claridad en cuál de los dos supuestos puede incluirse, dado que en ambos se hace necesaria la notificación al cónyuge no deudor, y tal notificación ha tenido lugar, según consta en el mandamiento calificado, no hay obstáculo que impida la práctica de la anotación de embargo solicitada».

La crítica de esta Resolución cabe referirla a diversos aspectos.

En primer lugar, sus razonamientos, con ingenioso pragmatismo, tratan de sortear los obstáculos que nacen del hecho de no estar determinada, a priori, la responsabilidad de los bienes gananciales por actos de un cónyuge, incluso se llega a emitir el fallo confesando que no se sabe qué clase de obligación es la que ha sido objeto del recurso.

El artículo 144 del RH, redactado en 1947, decía que: «Cuando por deudas y obligaciones contraídas por el marido o por la mujer, en su caso, a cargo de la sociedad de gananciales...», ni los autores ni la jurisprudencia se preocuparon de determinar cuáles eran dichas obligaciones (cfr. GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, cit., pág. 838). En realidad, mucha falta no hacía, teniendo en cuenta lo que disponían los artículos 1.413, 1.408-1.º y 1.416 del Código Civil. Sin embargo, en la aplicación de la Reforma de 1981 a la vida cotidiana, era y sigue siendo necesario establecer criterios fiables, conocidos y asumidos en la vida jurídica para conocer *ab initio* y en beneficio del tráfico cuándo una obligación de un solo cónyuge es de responsabilidad directa de la masa ganancial (52).

Por otra parte, a favor de la decisión que se va a adoptar, la Resolución sobreestima las facultades de un cónyuge para responsabilizar, por sí solo, los bienes comunes, a pesar del principio de actuación conjunta, llegando en este sentido a afirmaciones arriesgadas, realmente discordantes dentro de lo que luego ha sido la trayectoria de su doctrina.

Así, considera al cónyuge deudor como «órgano social». Ciertamente nadie es órgano de sí mismo. La facultad de gestionar en concepto de órgano implica la ineludible responsabilidad del patrimonio gestionado (GUILARTE,

(52) Cuando se trasvasó la norma del artículo 1.322 al actual 1.317, en beneficio de los acreedores, el mandato seguía siendo el mismo, pero el contexto al que se aplicaba había variado sustancialmente. Vigente el artículo 1.322, el cambio de régimen económico durante el matrimonio no perjudicaba a los acreedores que, como hemos visto, salvo excepciones, lo eran de la sociedad. Pero el artículo 1.317 contempla un panorama muy distinto, ahora no se sabe si los acreedores de los cónyuges lo son también del consorcio o si sólo pueden hacer efectivo su derecho sobre el patrimonio particular del deudor. Pues la mejor defensa de los acreedores la dispensan los artículos 1.401 y 1.402 a los que lo sean de la sociedad; los particulares de los cónyuges quedan más bien al raso. No es que resulten totalmente desprotegidos (cfr. el art. 1.373), pero su posición resulta mucho más débil (comparar los derechos del acreedor de la comunidad con los del que lo sea de un comunero, arts. 403 y 405 del Código Civil).

ob. cit., pág. 54), es decir, que la deuda contraída por un solo cónyuge sería de responsabilidad común, al revés del criterio que observa la DG en las Resoluciones futuras (53).

Pero, sobre todo, resulta excesiva, dentro del carácter que iba a revestir la jurisprudencia que tratamos, la frase de que «en base al principio constitucional de igualdad, se ha extendido a los dos cónyuges las facultades que antes sólo ostentaba el marido» (frase que se repite en la posterior Resolución de 15-4-83). Porque, como hemos dicho, después de aquel aserto, el CD se ha mantenido terne en que uno de los cónyuges no posee las facultades que antes ostentaba el marido, sino, al revés, que toda obligación contraída individualmente por un cónyuge afecta exclusivamente a su patrimonio, salvo cumplida prueba de que es común.

Tampoco resulta edificante que el CD, en la primera ocasión que se presentaba para aplicar la reforma del Código Civil, confiese que no aparecía «con claridad» la naturaleza de la deuda que motivaba el fallo y que se avenga a resolver sin referencia a ningún criterio acerca de la responsabilidad del patrimonio común por actos de un cónyuge.

También parece conveniente señalar que aunque las resoluciones se emitan en el ámbito registral, sus pronunciamientos no sintonicen más extensamente con lo que resulta del derecho sustantivo que aprecian o declaran los tribunales, creando una extraña discordancia que, aunque esté plenamente justificada por exigencias del sistema registral, corre el peligro de no ser bien entendida, en detrimento del prestigio de las instituciones (54).

De cuanto acabamos de decir, se hace eco en alguna medida la Resolución de 23-11-83, cuyo penúltimo considerando dice que «en relación a la nueva regulación de la sociedad de gananciales con el régimen de coadministración impuesto y las excepciones y matizaciones que a este principio el propio Código Civil establece, se ha puesto de relieve por la doctrina las dificultades en que pueden encontrarse los acreedores al intentar ejecutar sus créditos y determinar los bienes comunes o privativos que según los distintos supuestos pueden quedar afectos a las responsabilidades contraídas

(53) La consideración del cónyuge como órgano social se repetirá en las Resoluciones de 27-5 y 28-11 de 1986, entre otras.

(54) La calificación de las deudas como privativas, a efectos del Registro, privándolas de la eficacia de que las revestiría el ser consideradas como gananciales (cfr. Resolución de 29-5-87), en virtud de lo que disponen los artículos 1.317 y los 1.401 y 1.402, ha originado quejas no sólo de los recurrentes, como en la Resolución de 18-9-87. También el Magistrado-Juez, en la de 5-1-88 postula la eficacia de las normas sustantivas (arts. 1.317, 1.365, 1.369), «evitándose con ello maniobras defraudatorias». Por su parte, el Presidente de la Audiencia en las Resoluciones de 6 y 12 de noviembre de 1987, señala en sus autos que después de la reforma de 1981, mediante las capitulaciones «pueden darse situaciones fraudulentas», pero que los acreedores en el aspecto del derecho sustantivo, tienen una adecuada protección legal, derivada de los artículos 1.401 y 1.402.

por ambos o uno cualquiera de los esposos, así como la dificultad o incluso imposibilidad de que sea el juicio ejecutivo el procedimiento adecuado para poder hacerlos efectivos, pero juzgándose por este sector doctrinal una reforma de las Leyes procesales que resolviese la dificultad apuntada» (reforma todavía pendiente).

El esquema de la Resolución que acabamos de ver, se repite en la de 15-4-83, aunque entre ambas mediaba una diferencia importante. Aquí la deuda —una póliza mercantil suscrita por el marido con intervención de agente de Cambio y Bolsa— se había contraído antes de la reforma del Código Civil. No había duda, pues, acerca de su naturaleza, era de responsabilidad común, de acuerdo con el artículo 1.408-1.º

La cuestión la plantea el CD, partiendo de que la obligación era ganancial, pero la demanda dirigida contra el marido con notificación a la mujer, se presentó después de la reforma. La solución podría deducirse de la aplicación de la regla general del derecho transitorio (Disposiciones Transitorias 1.ª y 2.ª del Código Civil, según las cuales, se rigen por la ley anterior los derechos nacidos, según ella, así como los actos y contratos celebrados bajo su régimen). La deuda era a cargo de la sociedad ganancial y, por otra parte, era suficiente la demanda al deudor con notificación a su cónyuge, conforme a una jurisprudencia bien asentada.

Sin embargo, se repitieron los argumentos de la Resolución de 28 de marzo, diciendo que para el supuesto planteado vigente, la nueva Ley «debido a la obligación contraída por uno solo de los cónyuges en el ejercicio de los poderes individuales que se le reconocen sobre la sociedad de gananciales, este Centro Directivo en Resolución de 28 de marzo de este año, interpretando igualmente la nueva redacción del artículo 144 del RH, ha mantenido igual criterio al sustentado con anterioridad...».

Nada habría que objetar a esta Resolución, conocida la naturaleza de la deuda, si no fuera que al repetir el supuesto de la anterior, no lo hace con exactitud. Para justificar la solución que se dio antes, afirma que se trataba de una «obligación contraída por uno solo de los cónyuges en el ejercicio de los poderes individuales que se le reconocen sobre la sociedad de gananciales». Es decir, un supuesto de responsabilidad ganancial. Sin embargo no era así, la naturaleza de la deuda —y lo subrayamos— había quedado en la más oscura penumbra.

Ocurre en esta Resolución como en la anterior, que a favor de la solución que se va a adoptar, convenía justificar la legitimación pasiva del cónyuge deudor, lo que aquí no hacía falta, atribuyendo a cada uno los poderes que antes sólo tenía el marido, considerándoles capacitados, en general, para responsabilizar por sí solos los bienes comunes. Cuando en las resoluciones posteriores se sostendrá invariablemente el criterio opuesto de que toda deuda de un cónyuge se considera privativa salvo cumplida prueba en contrario.

Los fundamentos de las dos Resoluciones comentadas se han aplicado inalterados en las posteriores en que se ha vuelto a plantear la exigencia de la demanda conjunta como requisito para practicar anotación de embargo sobre un bien ganancial en garantía de deuda contraída por un cónyuge. Esto ha ocurrido en las Resoluciones de 27 de mayo, 24 de octubre y 28 de noviembre de 1986. Todas ellas se han pronunciado en recursos contra acuerdos del mismo Registrador.

Su extraordinaria analogía aconseja un tratamiento conjunto.

En autos de juicio ejecutivo (en la primera, por devolución de letras aceptadas por el marido; en las otras, sin mencionar el origen de la deuda), el Juez libró mandamiento al Registrador de la Propiedad, ordenando la anotación de embargo sobre fincas inscritas a favor de ambos cónyuges con carácter ganancial en el primer caso, y contra fincas inscritas a favor del deudor, en los otros dos, con presunción de ser gananciales, notificándose o dando traslado de la demanda a la esposa.

La nota de calificación se reproduce en los tres documentos en unos mismos términos: «Se suspende la anotación preventiva de embargo ordenada en el precedente mandamiento, por los defectos subsanables de que: 1.º Siendo la deuda presuntivamente de la sociedad conyugal, no se cumplen los requisitos del artículo 144 del RH, a cuyo tenor debe acreditarse que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges, no bastando con la notificación posterior que se hiciere a la esposa. 2.º Caso no muy probable de que la obligación fuere personal del marido, tampoco se cumplen los requisitos del precitado artículo por las razones: a) No se acredita que se hayan perseguido bienes propios del pretendido deudor, y b) que siendo insuficientes, se dirige el embargo contra los comunes».

En su informe el Registrador pone el acento en el principio de igualdad preconizado por el artículo 14 de la Constitución, que ha determinado un cambio radical en el gobierno de los bienes gananciales, estableciéndose como regla general la actuación conjunta, siendo excepción la individual que responsabilice bienes comunes (arts. 1.319 y 1.365). Pero toda actividad individual, no basada en tales preceptos, es deuda privativa y, en tal caso, los bienes gananciales sólo responden subsidiariamente cuando falten o sean insuficientes los bienes propios, siendo trámite previo la persecución de tales bienes.

El mandamiento no dice de qué clase es la deuda, a efectos de la anotación, pero, si es común, debió dirigirse la demanda contra los dos y si la deuda es personal, para obtener la protección que ofrece el artículo 1.373 al no deudor (art. 144-2.º del RH), no se han cumplido o no se ha acreditado el cumplimiento de los requisitos que en el precepto se establecen.

La Resolución despacha el recurso de forma expedita. Por una parte, dice que «la cuestión planteada en este recurso es idéntica» a la contemplada en la de 28-3-83, a la que aplica la misma solución, extractando los argumentos de

ésta, y por otra, no toma en consideración ni responde en absoluto al segundo defecto señalado en la nota, no haber perseguido previamente los bienes propios del deudor, por lo que, evidentemente, no lo considera como tal.

Dicha postura se alinea con el sentir general acerca de la innecesidad de acreditar la falta o insuficiencia de bienes propios del deudor para embargar los gananciales.

La doctrina había señalado ya que ello dificultaría o impediría el ejercicio de los derechos del acreedor, por lo que debía admitirse que en la demanda se expresara simplemente que no se habían encontrado bienes privativos como requisito suficiente para obtener la anotación (*vide* DE LA CÁMARA, *ob. cit.*, pág. 481) (55).

COLISIONES ENTRE EMBARGO Y LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Un estudio de las colisiones entre embargo y sociedad de gananciales y su reflejo registral, que es la materia que ha originado la jurisprudencia que venimos examinando, se ha llevado a cabo con claridad y sentido práctico (*vide* RIVAS, *ob. cit.*, pág. 170 y sigs.) con motivo de la gran reforma del Derecho Civil en 1981 y la correlativa del RH de 1982.

Nuestro propósito consiste en hacer algunas acotaciones a la materia, poniendo de relieve ciertas carencias de la misma que, en buena parte, proceden de que con motivo de la nueva regulación de los bienes gananciales no se estableciera con claridad la responsabilidad provisional común por actos de un cónyuge o que, al no haberse hecho así, el paso de la administración única del marido —que obligaba siempre los bienes comunes— a compartirla por ambos esposos, con actuaciones individuales, que comprometen, o no, el acervo común, hubiera realizado todos los retoques concordantes necesarios en los diversos preceptos civiles e hipotecarios afectados, lo que al no haberse hecho, deja situaciones indecisas en áreas sensibles, como lo es la de responsabilidad ganancial a que nos estamos refiriendo lo que, a su vez, puede aparentar diferencias en el tratamiento de determinadas situaciones por el derecho sustantivo y por la técnica registral, como tendremos ocasión de ver.

El problema prácticamente no existe en el campo del derecho material, porque las facultades del Juez en el proceso permiten investigar y comprobar la

(55) En el orden de los hechos, hay constancia de que en representación de los Registradores de Madrid, se solicitó del Juez Decano de la capital que en los mandamientos que expidieran los jueces para embargar bienes gananciales, por razón de obligaciones de un solo cónyuge, hicieran constar la falta o insuficiencia de bienes privativos de éste. La solicitud no fue atendida.

verdadera naturaleza de las deudas de un cónyuge para hacerlas valer en consecuencia. De aquí que la jurisprudencia del TS tenga distinto sentido que la registral.

Después de indicar someramente el sentido de estas reflexiones, digamos que cuando el embargo de los bienes de la sociedad de gananciales colisiona con la disolución de la misma, hecho tan frecuente en los últimos tiempos, se producen cuestiones cuya solución ha dado lugar a la nutrida jurisprudencia de la DG, cuyo análisis constituye parte fundamental del presente trabajo.

En la redacción del RH de 1947, el supuesto normal de disolución de la sociedad ganancial, contemplado por la norma, era el de la muerte de los cónyuges, y a ello atendió el artículo 144, segundo inciso del párrafo 2.º y el 166-1 del RH.

Pero a partir de la reforma del Código Civil en 1975 y más en la actualidad, desde la de 1981, se han generalizado las capitulaciones matrimoniales por las que se sustituye el régimen de sociedad de gananciales por el de separación de bienes. Esta operación puede tener utilidad para poner a salvo el patrimonio de un cónyuge cuando el otro se dispusiera a emprender actividades económicas arriesgadas, pero más frecuentemente, según acredita la experiencia, se ha acudido a él con intención de burlar acreedores, sacando del patrimonio común al particular de algún cónyuge los bienes de mayor entidad económica, con intención de ponerlos a salvo de la acción ejecutiva de aquéllos (56).

En defensa de los acreedores, en 1975 se estableció el principio plasmado en el artículo 1.322-3.º, que ha pasado al 1.317 actual, según el cual, «la modificación del régimen económico matrimonial, realizada durante el matrimonio, no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros».

El principio despliega su plena eficacia en el derecho sustantivo, por medio de lo que disponen los artículos 1.401 y 1.402 del Código Civil, que protegen específicamente a los acreedores de la sociedad, pero no a los privativos de los esposos.

Sin embargo, no ocurre lo mismo en el campo registral, donde el principio resulta inoperante precisamente porque «a los efectos del Registro», las deudas de un cónyuge no se consideran comunes, sino privativas, mientras no se declare judicialmente lo contrario (sus acreedores no reciben la protección de los mencionados artículos). Desde esta premisa y habida cuenta de las dificultades probatorias en el más común de los juicios, el ejecutivo, el CD ha tenido que elaborar su doctrina, generando una interesante trayectoria cuyos hitos fundamentales vamos a comentar.

(56) La mayoría de los casos tratados por la jurisprudencia lo han sido bajo sospecha. En opinión de algunos autores, dichos acreedores no están suficientemente protegidos ante la modificación del régimen económico matrimonial de sus deudores (*vide* MAGARIÑOS, «Cambio de régimen económico-matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», en *RCDI*, enero-febrero, núm. 548, pág. 48 y sigs.).

Los problemas que con más frecuencia ha planteado la disolución de la sociedad de gananciales a la jurisprudencia en la etapa que comienza con la reforma del Código Civil en 1981 (y la subsiguiente del RH en 1982) hacen referencia a la calificación de la deuda, al objeto de determinar si la responsabilidad grava los bienes de la sociedad o los particulares del deudor; en función de dicha calificación hay que establecer correctamente la legitimación pasiva desde el punto de vista registral y, finalmente, se han planteado problemas de prioridad entre embargo y disolución de la sociedad, que se han resuelto con criterios no aplicados con anterioridad.

Los supuestos de colisión entre embargo y liquidación de la sociedad de gananciales cabe agruparlos, para su examen, bajo dos situaciones: sociedad disuelta pendiente de liquidación y sociedad disuelta y liquidada. Naturalmente desde lo que publica el Registro, la sociedad no está liquidada mientras no se hayan inscrito las adjudicaciones como operación última de la partición. Al no existir un plazo para practicar ésta y, además, una vez practicada, tampoco hay término obligatorio para llevar a cabo su inscripción, la indivisión del patrimonio ganancial en el Registro puede perdurar más allá de lo que haya ocurrido en la vida extraregistral.

SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADA

La sociedad entra en liquidación en la que, cuidando de los intereses contrapuestos de partícipes y acreedores, se realizan los créditos, se cumplen las obligaciones y se determina el remanente líquido objeto de partición (art. 1.404 del Código Civil), terminando con la adjudicación de bienes concretos a los cónyuges (o sus herederos).

Dada la finalidad cautelar de la anotación de embargo (asiento de carácter provisional), ésta resulta perfectamente compatible con la indeterminación transitoria del derecho sobre el que recae. La anotación adelanta y defiende el derecho del acreedor, desde que se inscribe, sobre la cuota abstracta del deudor en la cosa común y que luego, por arrastre de cargas registrales, pasará a gravitar sobre el bien o bienes concretos que se adjudiquen al deudor, o se cancelará automáticamente si el adjudicatario es otra persona (cfr. art. 206-10.º del RH) (57).

(57) La doctrina mantiene diversos puntos de vista sobre la naturaleza del derecho de los comuneros sobre la masa ganancial en liquidación. Para unos, el derecho recae sobre una cuota en el conjunto, homogénea, susceptible de tráfico jurídico y que puede ser embargada por deudas de su titular. Otros autores entienden que cada cónyuge puede transmitir, a título oneroso o gratuito, sus derechos sobre el patrimonio en liquidación sin que pierda por ello su personalísima cualidad de cotitular de dicho patrimonio. Es decir,

A propósito del embargo de cuota, no estaría de más recordar que el Registro no se lleva por patrimonios, sino por fincas, sobre las cuales se materializa o se hace visible la participación de los cónyuges en la sociedad ganancial. La comunidad sobre el patrimonio ganancial —vigente la sociedad o en liquidación— se reproduce en cada uno de los bienes concretos que lo integran. La cuota de cada comunero en el conjunto es determinada, pero permanece indeterminada en relación a los indicados bienes hasta el final de la liquidación y subsiguientes adjudicaciones.

Al estar atribuidos los bienes concretos a sus titulares con indeterminación de cuotas, la exigencia de una responsabilidad ganancial sobre los mismos obliga a dirigirse contra todos ellos. Pero subrayemos que esto es así en el caso de que de la deuda reclamada deban responder los bienes gananciales, pero no en el supuesto de que la deuda deba gravitar sobre el patrimonio particular de un cónyuge, en cuyo caso no es procedente demandar a todos los comuneros sino sólo al deudor, solicitando el embargo sobre su participación en el bien común.

En términos generales cabe afirmar que, al no haber afectado la reforma de 1981 a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, la jurisprudencia registral, en el supuesto que consideramos de sociedad disuelta y no liquidada, ha seguido el mismo criterio que antes de dicha reforma.

Por el mismo motivo, el artículo 144 reformado en 1982, tampoco ha sufrido variación en su significado (no así en su redacción literal). Al supuesto que contemplamos dedica el apartado 4.º (58).

puede transferir el contenido económico de su participación, pero no desprenderse de su cualidad de titular (*vide* RIVAS, *ob. cit.*, pág. 167).

Esta diferencia de apreciaciones lleva a una importante consecuencia, que es la de si en un procedimiento de ejecución es enajenable directamente la cuota ganancial embargada, o si, previamente a tal enajenación judicial, es necesario proceder a la liquidación, para que sean los bienes concretos adjudicados al cónyuge los que sean objeto de subasta y remate.

La mayor parte de la doctrina se inclina por esto último, a cuyo favor militan diversas razones. No existen normas procesales para la valoración de una cuota abstracta en un conjunto patrimonial, en dicho conjunto puede haber bienes —activo— y deudas —pasivo— y, además, la válida sustitución de un deudor exige el consentimiento del acreedor (art. 1.205 del Código Civil). Este es también el sentir del TS manifestado en la Sentencia de 29-4-94. Análogo criterio cabe deducir de la Resolución de 8-7-91.

Al margen del interés de esta controversia, al CD lo que en realidad le preocupa es la legitimación pasiva en la sociedad de gananciales en liquidación frente a la anotación de embargo solicitada por los acreedores, a efectos de cumplir el tracto, y más que entrar en consideraciones doctrinales acerca de la naturaleza del derecho de los comuneros en tal situación, lo que hace es establecer y justificar los requisitos que debe cumplir la demanda, origen de la cautela, para que pueda tomarse la anotación de embargo, respetándose los mencionados principios.

(58) Como indicamos más arriba, la aplicación de los repetidos principios hipotecarios a la diversa situación de la sociedad de gananciales fue la causa de la participación de la DG en la elaboración de la doctrina sobre la naturaleza jurídica de dicha sociedad.

Dicho artículo 144-4.º, objeto de un leve retoque material, pero sin alteración sustancial, comporta una obligada reflexión. Constituye un caso más de norma civil afectada por el cambio de gestión de los bienes gananciales introducida en la Ley 11/1981, pero cuyo impacto no se ha tenido en cuenta en la nueva redacción del precepto reglamentario.

La redacción anterior decía: «Si, disuelta la sociedad conyugal, no se hubiera inscrito la partición, podrá... ser anotado el embargo, si la demanda se hubiere dirigido conjuntamente contra el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto» (el supuesto normal era la muerte de los cónyuges).

Ahora el motivo de la disolución ya no es sólo el fallecimiento de los esposos, sino (además de la nulidad, separación y divorcio) también la modificación del régimen económico durante el matrimonio, por ello ahora se dice que en el supuesto que contemplamos, «el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos».

La redacción anterior formaba parte de un artículo que empezaba diciendo: «cuando por deudas y obligaciones contraídas por el marido o la mujer, en su caso, a cargo de la sociedad de gananciales...», es decir, eran deudas comunes, por definición, que afectaban a todo el patrimonio ganancial en liquidación, por tanto la demanda se tenía que dirigir contra todos los comuneros.

Pero en la actualidad, fatiga repetirlo, no se sabe si las deudas de un cónyuge son o no a cargo de la sociedad de gananciales y éste es un matiz que no tiene en cuenta el párrafo 4.º del artículo 144. Su redacción da por supuesto que la deuda que se trata de garantizar con la anotación de embargo es de aquéllas de que responden directamente los bienes gananciales y esto, «a los efectos del Registro», no ocurre prácticamente nunca en responsabilidades de un cónyuge perseguidas por medio de un juicio ejecutivo, puesto que el CD exige prueba cumplida de que la deuda de un cónyuge es común y al tiempo se estima, prácticamente por toda la doctrina, que tal demostración no es posible en los trámites del proceso de ejecución.

Las resoluciones que vamos a comentar subsanan la omisión del artículo 144-4.º en la aplicación que hacen del mismo, pero no aluden a la carencia que muestra el precepto (59).

La jurisprudencia registral que constituye el antecedente del artículo 144 redactado en 1947, se integra de resoluciones que contemplaban invariable-

Esta jurisprudencia, amén de notables aportaciones doctrinales, constituye la base de la regulación de esta materia en el RH de 1947.

(59) Todas establecen que «la finalidad cautelar pretendida podía haberse logrado si el mandamiento de embargo se hubiera referido a bienes gananciales concretos —y no a su mitad— y siempre que la demanda, DE SER LA DEUDA CONSORCIAL, se hubiera dirigido conjuntamente contra el viudo y los herederos del cónyuge premuerto».

mente obligaciones a cargo de la sociedad ganancial. Pero actualmente con, igual regularidad, las anotaciones de embargo que se solicitan en el Registro representan garantías de deudas de carácter privativo. ¿Qué es lo procedente?, desde luego no se puede solicitar el embargo de un bien ganancial, *ex artículo 1.373*, porque la sociedad no está vigente. No procede dirigir la demanda contra todos los interesados en el patrimonio en liquidación porque el acreedor lo es de un comunero, pero no de la comunidad, sus derechos son los que se deducen del artículo 403 del Código Civil que en nada atañe a los comuneros no deudores. Estos no tienen porqué verse implicados en una demanda que no les incumbe ni en el orden personal ni en el objeto de su derecho, su cuota en el bien o los bienes comunes. Por tanto, lo correcto es demandar al deudor privativo, sin extender la demanda a los demás copropietarios, y embargar «su parte» en la comunidad. Es la solución a que llegan las resoluciones que vamos a ver.

LA RICA en sus comentarios al RH de 1947 dice que en caso de deuda privativa de uno de los cónyuges, si «hubiere de hacerse efectiva sobre bienes presuntivamente gananciales y todavía inscritos en esta forma, será de aplicación el artículo 144 y la demanda habrá de dirigirse contra el cónyuge superviviente y los herederos del muerto» (Colegio de Registradores, Madrid, 1948, pág. 117). (Lo mismo repite en sus comentarios a la reforma de dicho Reglamento en 1959, pág. 125). Por las razones expuestas, entendemos que esta apreciación no es la adecuada. No lo era antes, como no lo es ahora. Por ser la parte perseguida la cuota del deudor en el patrimonio ganancial en liquidación, sólo éste debe ser demandado.

Este criterio es también el de RIVAS, en caso de deuda cuya ganancialidad no se haya probado, sólo cabrá la anotación del embargo de la parte que le corresponda en la sociedad en liquidación (*ob. cit.*, pág. 170).

Las Resoluciones que vamos a examinar, referidas al objeto que nos ocupa, son de 22 de mayo, 3 de junio y 16 de octubre de 1986 y más recientemente, de 11 de diciembre de 1991 (60).

Las mencionadas Resoluciones —todas ellas originadas en disolución de sociedad conyugal por fallecimiento de los cónyuges— vienen determinadas por la actitud de los recurrentes que parten de la inexacta creencia de que en la sociedad de gananciales, los bienes concretos que la componen pertenecen por mitad a los cónyuges (arts. 1.344 y anterior 1.392), lo que a veces les

(60) En dichas Resoluciones se parte de la distinción teórica inicial de que la deuda de un cónyuge puede ser común o privativa (antes de 1981, todas las deudas del marido, administrador único, eran de responsabilidad común, arts. 1.413 y 1.408-1.º). Pero simplemente se considera la posibilidad de que sea de uno u otro signo porque, como hemos visto y seguiremos viendo, la naturaleza de las deudas de los cónyuges en la vertiente registral suele ser desconocida con el corolario obligado de que cuando falta la prueba, la deuda contraída por un solo cónyuge, a efectos del Registro, se considera privativa.

lleva a pedir directamente el embargo de dicha mitad en las fincas inscritas como gananciales.

En la primera de ellas, la de 22-5-86, el recurrente había interpuesto demanda ejecutiva y obtenido mandamiento de embargo sobre «la mitad indivisa de una vivienda... adquirida por el demandado en estado de casado con doña María... para su sociedad conyugal, habiendo fallecido dicha señora, por lo que sostenía que al haber fallecido la esposa con anterioridad a la demanda, había que atribuir una mitad de bienes a cada cónyuge».

Los pronunciamientos básicos de esta Resolución —que luego se repiten en las siguientes que vamos a ver— son que: «Por el hecho de la disolución —arts. 1.344 y 1.404 del Código Civil— a cada cónyuge (o heredero en su caso) se le atribuye una mitad en el conjunto patrimonial en liquidación y, en su día, en el remanente líquido de las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente durante la vigencia de la sociedad; pero ello no significa que le quede atribuido una mitad proindiviso sobre cada uno de los bienes que integran la masa de bienes en liquidación». «La atribución a uno u otro cónyuge de bienes concretos o de cuotas en proindiviso sobre ellos sólo ocurrirá como consecuencia de la última operación divisoria, la adjudicación de bienes».

«Mientras se mantiene esta situación —la indivisión— la administración y disposición corresponde al conjunto de sus titulares (cónyuge supérstite y herederos del premuerto)». (Hoy ambos cónyuges o sus herederos, según el art. 144-4 del RH). En consecuencia, para disponer de bienes concretos o cuotas sobre los mismos es necesaria la intervención de todos los partícipes (así lo entiende el TS en diversas sentencias, entre otras las de 15-3-1945 y 8-3-65, según la cual, disuelta la sociedad conyugal entra en estado de liquidación y «mientras ésta no se efectúe, los actos dispositivos de bienes concretos han de hacerse por todos los interesados»).

Añade que la finalidad cautelar pretendida podía haberse logrado si el mandamiento de embargo se hubiera referido a bienes gananciales concretos —y no a su mitad— y siempre que la demanda, «de ser la deuda consorcial», se hubiera dirigido conjuntamente contra el viudo y los herederos. Obsérvese que se condiciona la aplicación del punto 4 del artículo 144 al hecho de que la deuda sea «consorcial», por tanto la demanda conjunta no sería correcta en el caso de que la deuda fuera privativa (una matización que no se recoge en el precepto).

Finalmente, señala otra forma de constituir la garantía que la anotación representa, al decir: «Sin estos requisitos —demanda conjunta contra el viudo y los herederos— también habría podido practicarse la anotación si el embargo se hubiera referido a la parte que al viudo demandado corresponde en la sociedad de gananciales en liquidación». El carácter de la deuda no estaba determinado, si era a cargo de los bienes comunes se podían utilizar cualquiera de las dos formas ofrecidas, en el caso de ser privativa sólo se podía

embargar la participación del deudor (que se hace visible en el bien concreto inscrito que es objeto de embargo) (61).

La Resolución de 16-10-1986 es en casi todo similar a la que acabamos de ver, por lo que la DG le aplica, con alguna abreviación, los argumentos en que se funda aquélla. Sin embargo, en este caso, la deuda era privativa.

Se trataba de una anotación de embargo solicitada sobre los bienes del deudor y, por su fallecimiento, contra la herencia yacente del mismo o sus herederos. El acreedor no tuvo en cuenta que el bien era ganancial y que la sociedad estaba disuelta y pendiente de liquidación. La anotación fue suspendida por embargarse bienes gananciales y no dar cumplimiento a la regla 4.^a del artículo 144 del RH. La deuda era privativa, pues había fallecido la esposa y la deuda se había contraído con posterioridad al óbito de ésta.

El FD3 señala simplemente que la demanda debía dirigirse «contra todos los herederos de uno y otro cónyuge», o bien, al ser la deuda privativa, el embargo sería anotable si se hubiera referido a la parte que correspondiera a los herederos del marido tras la liquidación de la sociedad de gananciales (62).

(61) Antecedentes de esta Resolución, incluso del contenido actual del artículo 144-4 del RH, los encontramos en las Resoluciones de 4 de noviembre de 1926 y de 1 de julio de 1927. Según la primera de ellas: las ejecuciones dirigidas contra el marido en estado de viudez pueden perseguirse sobre los bienes que formaron parte del patrimonio común, es decir, de la sociedad de gananciales y en tal caso «el procedimiento ejecutivo debe ser llevado, no sólo contra el viudo que ha contraído la obligación, sino contra los herederos de la mujer que, como cotitulares de los bienes gananciales, tienen un interés directo de la defensa procesal...» En la segunda, con más sencillez se enuncia «que una vez admitido el principio de que mientras en el Registro conste que una sociedad de gananciales no ha sido liquidada con adjudicación de los bienes a personas determinadas, siempre es posible anotar el embargo dirigido por deudas peculiares de la misma contra las personas que representen la totalidad...»

La Resolución de 2 de diciembre de 1929, incluso apuntó ya la posibilidad de que se trabara la parte correspondiente al viudo en la masa ganancial. En ella se decía que en un procedimiento de apremio dirigido contra el viudo debía «limitarse su derecho de disposición sobre la porción que al liquidar le correspondía y trabar sobre ella un embargo formal, para evitar la cesión, transferencia o renuncia que burle los derechos de los acreedores». La de 10 de julio de 1952 adelantó ya los mismos términos que la que comentamos, que «la finalidad cautelar perseguida podría haberse logrado mediante el embargo de la porción global que al liquidar correspondiere al cónyuge viudo contra quien se planteó la demanda». Y ello «sin necesidad de demandar a los herederos del cónyuge premuerto», como a su vez dice el FD3 de la Resolución de 3-6-86).

(62) El FD4, sin mucho sentido, reitera que no cabía que el Registrador de la Propiedad anotara el embargo «sobre la mitad indivisa de cada bien concreto de la comunidad ganancial en liquidación —cosa que nadie le había solicitado—, porque tales cuotas o participaciones sólo son predicables respecto del total patrimonio ganancial en liquidación» y que sí hubiera podido practicarse la anotación si el embargo se hubiera referido «a la parte que al cónyuge demandado hubiera correspondido en la sociedad de gananciales en liquidación». A lo que parece, la DG no parecía haberse percatado de que en el caso de que la deuda sea privativa, lo único que cabe embargar es la participación del cónyuge,

La Resolución de 3-6-1986 hace aplicación del mismo criterio de las anteriores con motivo de la enajenación judicial de un finca que pertenecía a un matrimonio, inscrita para su sociedad ganancial. Dicha finca fue objeto de anotación de embargo en virtud de juicio ejecutivo seguido contra el marido deudor y acreditado el fallecimiento de la esposa, «se notificó la demanda por edicto a los herederos en ignorado paradero».

El Registrador practicó la anotación, pero «sólo sobre los derechos que le pueda corresponder al demandado en su disuelta sociedad conyugal».

Practicada la subasta y ejercitado el remate, el JPI en rebeldía del deudor, otorgó escritura de venta de la finca, cuya inscripción fue denegada por falta de congruencia entre los derechos embargados y el objeto de la venta, que era la finca en su totalidad.

La DG justifica su acuerdo con los argumentos de las dos Resoluciones anteriores.

No obstante ser la deuda privativa, pues se había contraído después del fallecimiento de la esposa, vuelve a repetir que es posible practicar la anotación si el mandamiento de embargo se refiere a bienes gananciales concretos, y la demanda, «de ser la deuda consorcial», se dirige contra el viudo y los herederos. Otra vez señala que la garantía cautelar que el embargo representa puede lograrse «sin necesidad de demandar a los herederos del cónyuge premuerto, sino sólo al cónyuge sobreviviente, cuando la anotación de embargo venga referida a la parte que al viudo demandado corresponda en la sociedad de gananciales en liquidación».

La Resolución de 11-12-1991 contempla el supuesto de un juicio ejecutivo promovido por impago de letras de cambio, contra el avalista de las mismas «y su esposa a los efectos del artículo 144 del RH». Admitida la demanda, el 28-7-88 se embargó al demandado un piso que estaba inscrito a favor de él y de su esposa «para su sociedad conyugal».

El Registrador suspendió la anotación por no expresarse el nombre y apellidos de la esposa y porque de otro mandamiento obrante en el Registro constaba que dicha esposa había fallecido en 1977 y no se había cumplido el artículo 144, apartado 4.º del RH, la sociedad de gananciales estaba disuelta, no constaba su liquidación y no se había dirigido la demanda contra el cónyuge viudo y los herederos del causante.

Ante la suspensión, el demandante solicitó al Juzgado que se acordara la notificación de la demanda ejecutiva y del embargo trabado a los desconocidos herederos de doña Francisca (la esposa) y se expidiera nuevo mandamiento de embargo, no accediendo el mencionado Juzgado, según providencia de 10 de noviembre de 1988.

sin que sea procedente dirigir la demanda contra todos los herederos, como se dice al principio del FD3.

El Presidente del TSJ de Castilla-León estimó el recurso de la entidad acreedora y revocó la nota, «en base a que al ignorarse si el deudor estaba o no casado se dirigió la demanda, pese a ello, contra el demandado y su cónyuge, sin que se pueda alterar las partes del procedimiento» (63).

Para la DG se está en un supuesto claramente análogo al contemplado en las Resoluciones de 22-5 y 16-10 de 1986 (cita ambas en el «vistos»). Solicitud de anotación preventiva de embargo sobre fincas inscritas con carácter presuntivamente ganancial a favor del deudor y su esposa, constando en el mandamiento la notificación a dicha esposa, cuando de los asientos del Registro aparece que dicha señora falleció en 1977, y la deuda origen de la traba se contrajo en 1986. Disuelta la sociedad habrá de procederse a la liquidación que terminará con la adjudicación de bienes concretos a los interesados. «Pero en tanto esta situación no se haya producido, para proceder a la anotación de embargo... habrá que dirigir la demanda contra el viudo y los herederos del cónyuge premuerto —art. 144.4 en relación con el 166.1 del RH.

Admitida la decisión de la DG caben, no obstante, algunas reflexiones:

1.º El dirigir la demanda contra el viudo y los herederos no lo condiciona —como hacen las Resoluciones del «vistos»— a que la deuda sea consorcial. Evidentemente, la deuda era privativa, conforme resulta de las fechas que constan en el expediente, y no matiza el diferente trato que procede aplicar según que las deudas sean privativas o gananciales.

2.º Al invocar en el FD3 no sólo el artículo 144.4, sino también el 166.1 del RH, cabría traer a colación el criterio liberal que ha informado la jurisprudencia respecto a la determinación de los herederos del deudor difunto, teniendo en cuenta el carácter cautelar y provisional de la anotación, compatible con indeterminaciones transitorias, pero que exigirán indubitada determinación cuando hagan tránsito a situaciones definitivas (64).

(63) El recurrente alegaba que al haberse avalado las letras de cambio sólo por el demandado e ignorarse la existencia o no de esposa del mismo, su citación se hizo en forma genérica de acuerdo con el artículo 269 de la LEC. Que es inoperante para la anotación que el fallecimiento de la esposa se deduzca de otro mandamiento posterior al que se recurre y carece igualmente de relevancia que el fallecimiento esté inscrito en el Registro Civil, hecho desconocido para esta parte y también para el Registro, pues en ninguno de sus libros figura la defunción del cotitular.

(64) En la Resolución de 18-12-1942 se contempla el caso de un juicio declarativo de menor cuantía que se promovió «contra doña Eloísa, obligada solidariamente con su esposo, don Pedro, y contra las demás personas desconocidas que puedan tener derecho a la herencia de éstos».

El Registrador denegó la anotación: porque siendo gananciales las dos fincas embargadas, no acreditan la partición que hayan hecho por fallecimiento del causante, por la cual se adjudiquen a cada cónyuge la porción que ahora desean embargarle; y por solicitarse la anotación preventiva del embargo y del secuestro contra los herederos indeterminados, desconocidos e inciertos del causante, y de paradero ignorado o desconocido.

El párrafo 4.º del artículo 144 tampoco debe ser aplicable a las deudas de un cónyuge cuya naturaleza no haya sido calificada. En tal supuesto lo procedente es dirigir la demanda contra el deudor para que la anotación de embargo recaiga sobre la parte que a dicho cónyuge deudor corresponda en la sociedad de gananciales en liquidación.

¿Quid en el caso de que siendo la deuda privativa de un cónyuge se demande a todos los cotitulares?

Si éstos no reaccionan, se practicará la anotación sobre el bien de que se trate y seguirá adelante la ejecución. Es de suponer que ésta será la actitud más previsible cuando, sin previa determinación de la naturaleza de la deuda, los comuneros la estimen ganancial. En caso contrario, estos últimos, al ser demandados y pretenderse que la anotación afecte a su cuota, podrían oponer la excepción de falta de legitimación pasiva (cfr. el párrafo 4.º del art. 1.467 de la LEC).

CASO PARTICULAR DEL ARTÍCULO 166-1, SEGUNDO PÁRRAFO DEL RH

El citado precepto en relación al artículo 144-4 puede originar una coincidencia cuyo tratamiento cabría comentar. Me refiero al embargo del derecho hereditario del cónyuge viudo. Disuelta la sociedad de gananciales, sin que conste en el Registro su liquidación, cabe perseguir el derecho hereditario del cónyuge viudo por deudas privativas del mismo, pero, al mismo tiempo, se puede reclamar la anotación de la parte que le corresponda en el acervo ganancial en liquidación. La yuxtaposición de reclamaciones no altera las reglas singulares de cada una de ellas.

Pero en el caso de que el acreedor acumule en la demanda la solicitud de anotación de embargo sobre «la parte que corresponde al derecho hereditario

La DG revocó la nota por una serie de razones, entre las que destacamos: «la imposibilidad de determinar en ocasiones quiénes son y dónde residen los interesados en una herencia, la circunstancia de que los herederos suceden al causante por el solo hecho de la muerte en todos sus derechos y obligaciones, la opinión de los procesalistas concordante con la jurisprudencia civil e hipotecaria sobre emplazamiento por edictos de los ignorados sucesores de un deudor, las reglas que las leyes rituarías contienen para tales casos por evidente necesidad jurídica... El párrafo 1.º del número 2.º del artículo 141 —hoy 166.1— del RH, según el cual, en los casos de procedimientos contra herederos del deudor por responsabilidades de éste, sólo se requiere la expresión de las circunstancias personales de los demandados cuando sean determinados y ciertos, han servido de base para que las demandas encaminadas a hacer efectivas obligaciones contraídas por quien falleció sin testamento puedan ser dirigidas contra las personas desconocidas que están interesadas en la herencia, y por consiguiente, los Registradores no deben oponerse a cumplir las decisiones judiciales porque el procedimiento se siga contra los herederos indeterminados del deudor, sin que por esto se vulneren los principios fundamentales del tracto sucesivo y el consentimiento».

del deudor» (art. 166-1-2.º) y al mismo tiempo sobre la «parte que le corresponda en la sociedad de gananciales en liquidación» (he conocido el caso en la vida profesional), se trata realmente de dos anotaciones distintas por ser diferentes las masas sobre las que recaen (diferente: titularidad, cargas, destino, etc.). Al proceder de un solo mandamiento, ¿cabría hacer la anotación sobre las dos participaciones en un solo asiento? Acaso sea posible, sin embargo, el principio de determinación o especialidad y la exigencia de que los derechos inscritos consten con la mayor claridad posible, aconsejan la práctica de dos asientos consecutivos, primero la anotación del derecho ganancial, y la segunda del derecho hereditario (haciéndolo constar en la nota de despacho del título). Ello tiene también la ventaja de que si la cancelación de la anotación sobre uno u otro derecho no es simultánea (cfr. art. 206-10.ª del RH), la cancelación total de un asiento parece más recomendable que una cancelación parcial del mismo por las razones antes expuestas (la cancelación parcial debería hacerse constar por medio de una nota marginal), de que actos jurídicos distintos se reflejen en asientos separados.

RESOLUCIÓN DE 25-4-1986

Dentro de este epígrafe de sociedad disuelta y no liquidada (y registralmente no se considera liquidada mientras la liquidación no se haga constar en el Registro mediante las correspondientes adjudicaciones), vamos a examinar la importante Resolución de 25-4-86, que sólo tiene un leve parentesco con las anteriores que estamos viendo. En ella existe también colisión entre embargo y capitulaciones matrimoniales liquidatorias, pero la fecha que sale a relucir no es la del embargo, sino la de la anotación, anterior a la constancia registral de las capitulaciones que, a su vez, anteriores al embargo, se registraron después.

Entonces el problema que se afronta es otro, el de la preferencia entre anotación de embargo y negocios jurídicos con sustancia traslativa anteriores que se inscriben después, supuesto que regula el artículo 44 de la LH, remitiéndose al 1.923-4.º del Código Civil. La solución que se adopta implica una ruptura total con la doctrina jurisprudencial seguida hasta aquella fecha. Ruptura que se consolidaría después de las Resoluciones de 6-9-1988, 12-6-1989 y, muy decisivamente, con abundancia de argumentos procesales, registrales y de orden práctico, en las de 23-3-93 y 5-5-93 (65).

(65) Estas dos últimas, dictadas con posterioridad al Real Decreto de 13-11-1992, en el que la doctrina de la resolución que comentamos se consagró como norma legal en la regla 2.ª del artículo 175 del RH. En concordancia con el artículo 1.518 de la LEC, la nueva redacción de dicha regla dice: «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 la correspondiente anotación de

Se trataba de unas capitulaciones matrimoniales por las que unos esposos liquidan la sociedad de gananciales, adjudicando una finca a la mujer. Por deuda del marido se sigue juicio ejecutivo en el que se ordena embargo de dicha finca, practicándose la oportuna anotación preventiva sobre la misma, todavía inscrita «a favor de la sociedad conyugal». Del mandamiento resulta que la esposa del demandado fue notificada de la existencia del procedimiento y del embargo a los fines prevenidos en el artículo 144 del RH. Después se realiza la inscripción del repetido inmueble a favor de la adjudicataria.

Seguido el procedimiento ejecutivo y realizada la subasta, el JPI dicta auto por el que se adjudica la finca al acreedor, por falta de postores, que se presenta en el Registro de la Propiedad y cuya inscripción suspende el Registrador «por falta de previa cancelación de la inscripción precedente de adjudicación a la esposa del demandado... con carácter privativo, en virtud de capitulaciones matrimoniales».

Decimos que esta Resolución quiebra la línea jurisprudencial anterior porque en la colisión entre anotación de embargo y venta anterior que se inscribe con posterioridad, la jurisprudencia de la DG (y la del TS), habían aplicado invariablemente el artículo 1.923-4.º, al que remite el 44 de la LH, para dar preferencia al acto de disposición que se había retrasado en acudir al Registro. Entre otros ejemplos, pueden citarse las Resoluciones de 13-12-74; 5-3-82; 12-9-83 y 3-10-85 (66).

Dichas Resoluciones no se refieren a la liquidación de la sociedad de gananciales sino a actos de disposición, aunque cabe asimilarlos a la liquidación de la sociedad conyugal con adjudicación de bienes a los cónyuges, en opinión de un amplio sector doctrinal y de la propia jurisprudencia (cfr. el tercer considerando de la Resolución de 3-10-85).

Tales razones no aparecieron en la Resolución que comentamos, que acuñó a principios hipotecarios formales e invocó preceptos de derecho sustantivo (que en otras ocasiones no toma en consideración desde la perspectiva registral) y, por otra parte, pudo apoyarse en circunstancias específicas del caso, que coadyuvaban eficazmente al fallo que se dictó, sin duda, acorde con lo que postulaba la justicia.

Haciendo caso omiso de la continuada y concordante aplicación del artículo 1.923-4.º del Código Civil al que remite el 44 de la LH (apoyada por doctrina y jurisprudencia), fundada en que no se puede embargar al deudor un

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 de embargo y no afectados por ésta».

(66) En la primera de ellas se confirma que la anotación de embargo otorga prioridad frente a actos dispositivos posteriores, no frente a los anteriores, lo que ocurre incluso cuando la escritura de compraventa se ha otorgado en el tiempo intermedio entre el derecho judicial del embargo y su anotación en el Registro.

bien que ya no es suyo, acude a los principios de prioridad registral en favor del asiento de anotación y de legitimación, por el que se presume «que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo».

Entre las circunstancias concurrentes figuraba la de que la deuda del marido que se perseguía, se había contraído antes del 13-5-1981, por tanto era a cargo del caudal común, lo que evitaba el permanente problema de la calificación de las deudas contraídas por un cónyuge después de la expresada reforma. Ello permite invocar el artículo 1.322 (hoy 1.317), según el cual la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio, no perjudicará los derechos ya adquiridos por terceros. Consideraciones de derecho material que no se aceptan en otras resoluciones reiteradamente invocadas por los recurrentes (67) con el argumento de que el CD, como guardián de los principios hipotecarios se pronuncia, digamos que limitadamente, sólo «a los efectos del Registro».

Sin embargo, en función de la importancia de esta Resolución, que iba a introducir un giro de ciento ochenta grados en lo que había sido el entendimiento y aplicación del artículo 1.923-4.º del Código Civil, el esfuerzo argumental es realmente notable. Sus puntos esenciales a destacar son:

Cuando se practicó y se anotó el embargo, el marido demandado era, según resultaba del Registro, administrador de la sociedad de gananciales (sin que obstará para ello el conocimiento posterior de que con anterioridad se había disuelto dicha sociedad), con suficiente capacidad de representación procesal de dicha masa patrimonial. Al acreedor le favorecía el artículo 38 de la LH y no le podían perjudicar unas capitulaciones matrimoniales que no se habían indicado en el RC (art. 77 de la LRC). Además, a dicho acreedor le amparaba la «doctrina que manifiestan los artículos 1.733 a 1.735 y 1.738 y las Sentencias de 5-12-1958 y 3-7-1976, según las cuales los poderes de representación, una vez extinguidos por cualquier causa, subsisten en beneficio de los terceros de buena fe, dadas las particulares circunstancias del caso».

Frente al obstáculo registral que, para la inscripción del auto de adjudicación de la finca subastada, representaba la inscripción a favor de la esposa del deudor, se acude al argumento sustantivo: «desde el punto de vista de los acreedores que tengan derecho a perseguir los bienes gananciales, ni la disolución de la sociedad ni siquiera la adjudicación de tales o cuales bienes gananciales a uno u otro cónyuge a consecuencia de la liquidación, significan que se haya producido la salida del bien ganancial de la misma masa autónoma de responsabilidad en que por régimen de la sociedad de gananciales el

(67) Aunque es cierto que la inadmisión del mencionado artículo 1.317 está relacionada con la dificultad de demostrar, en el derecho actual, que la deuda de un cónyuge sea de responsabilidad común.

bien está incluido». No es el bien que cambia de masa patrimonial, sino dicha masa que va a pasar de tener uno u otro régimen en su titularidad de gestión y representación a partir de la disolución. En todo caso los acreedores conservan sobre los bienes gananciales las mismas posibilidades que antes de la disolución (cfr. art. 1.322 del Código Civil anterior, y 1.317 en la redacción vigente).

No cabe el obstáculo del tracto, puesto que la adjudicación judicial es derivación y desenvolvimiento de la garantía que el embargo representa, el cual aparece, registralmente, como vigente y con preferencia a la inscripción a favor de la mujer (sin entrar en la cuestión no planteada de si es necesaria la previa cancelación de esta última inscripción).

Respecto a si es adecuada la notificación a la esposa del demandado, no cabe duda que en virtud de la situación registral en el momento de promoverse el juicio ejecutivo y practicarse el embargo, era suficiente la notificación que se hizo al repetido consorte, al que la Resolución no considera tercero al resultar «adjudicataria, por partición de los bienes gananciales».

Finalmente, cabe mencionar algunas observaciones del JPI, que constan en los Hechos y no se recogen en los FD, pero que parecen ser tenidos en cuenta en las posteriores Resoluciones de 6-9-88 y 12-6-89, continuadoras de la que comentamos. Se refieren a la actitud de la esposa, titular registral de la finca, conocedora evidente de todas las vicisitudes, no sólo del procedimiento, sino incluso de la obligación contraída por el marido bajo el régimen de la sociedad de gananciales, de cuya iniciativa durante las actuaciones procesales llama la atención su inhibición respecto a la tercería de dominio, que tenía expedita promover a partir del embargo, ya que desde la fecha de las capitulaciones gozaba del título para ejercitarla. Desde un punto de vista ético, entendía el Magistrado que la denegación de la inscripción «supone una frustración de un derecho subjetivo para el recurrente que ha observado todos los preceptos sustantivos y fórmulas para obtener el amparo que le concede el ordenamiento jurídico» (68).

En definitiva, lo que hace esta Resolución es desmontar la anterior interpretación, más bien aplicación que hasta la fecha se hacía del artículo 1.923-4.º, por resultar proclive al fraude (69).

Ciertamente esta Resolución y las siguientes, que continúan su línea, enfrentaba unos hechos que, en su conjunto, eran subsumibles en la figura del

(68) El Juez, además, afirma lo tantas veces repetido, que la posibilidad de dirigir la demanda ejecutiva está vedada por las normas legales (art. 1.427 y sigs. de la LEC), «ya que no cabe admitir la demanda sino contra la persona o personas que aparezcan como obligadas a la vista del título esgrimido».

(69) El Registrador señala en su informe que la solución que da el derecho español al tema en cuestión «no suele ser la seguida en otros ordenamientos extranjeros».

fraude de ley: «amparar el resultado contrario a una ley en otra disposición dada en verdad para una finalidad diferente», según palabras de CASTRO (*El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pág. 30) (cfr. el art. 6-4.º del Código Civil).

El deudor intenta burlar al acreedor, minorando o haciendo desaparecer la base de responsabilidad a que aquél tiene derecho, y para ello realiza unos actos jurídicos, otorgamiento de capitulaciones matrimoniales que inscribe, con demora calculada, en el Registro de la Propiedad, con lo que se va a beneficiar de lo que establece el repetido artículo 1.923-4.º del Código Civil.

El CD en el terreno puramente registral, aplicando fundamentalmente los principios formales que regulan el sistema, llega al resultado de reponer las cosas a la situación de la que el deudor fraudulento trataba de escapar.

SOCIEDAD DISUELTA Y LIQUIDADA

Después de examinar la situación de sociedad disuelta y no liquidada, vamos a referirnos a la de disuelta y liquidada, que ha generado mayor número de Resoluciones que las vistas en el epígrafe anterior y en las que, a efectos de la solución registral, ha tenido mayor trascendencia la indefinición de la deuda contraída por un cónyuge.

En esta situación, la defensa del acreedor, solicitante de la anotación de embargo, se ha intentado por dos caminos: esgrimiendo la prioridad del embargo frente a la disolución de la sociedad; o bien, se invoca o sostiene, a menudo con carácter subsidiario, el carácter ganancial de la deuda, al objeto de beneficiarse de lo que disponen los artículos 1.317 y 1.401 y 1.402 del Código Civil.

Ciertamente el tema de la prioridad se funda en un hecho material, cuya verificación no ofrece excesivas dificultades. Sin embargo, no ocurre así en los supuestos en que se ha sostenido la ganancialidad de la deuda que se trata de garantizar, bien como remedio subsidiario o bien postulado directamente por los recurrentes, ante la evidencia de que el embargo del bien se ha trabado con posterioridad a la disolución de la sociedad. Debe constatarse que hasta la fecha ha resultado frustrada la demostración de la ganancialidad pretendida en todos los supuestos en que se ha intentado.

Las pretensiones en uno u otro sentido y las consiguientes Resoluciones se han alternado en el tiempo. No obstante, para su análisis, las vamos a agrupar en los dos conjuntos que resultan de las dos vías seguidas por los recurrentes si bien, en algunos casos, el recurso se inició en un sentido y en la tramitación del expediente —por iniciativa de la DG— se recondujo al otro.

En primer lugar vamos a ver las Resoluciones que contemplan la pretensión de que la deuda de un cónyuge es de aquéllas de las que debe responder el patrimonio ganancial.

Aquí la jurisprudencia ha sido firme e invariable. Ante la posibilidad de que sea de una u otra naturaleza, ha estimado que la deuda de un cónyuge, «a efectos del Registro», debe ser tratada como privativa, mientras no se declare judicialmente que es de las que gravan directamente el acervo común. Sin embargo, es el caso que de las Resoluciones que se han producido en la materia, en ninguna de ellas se ha logrado la exigida declaración (al margen de lo que fuere en el derecho sustantivo). Ello se debe a la razón fundamental de que en el juicio ejecutivo se estima que no existe oportunidad o posibilidad de demostrar la naturaleza de la deuda en cuya garantía se solicita el embargo y, por otra parte, porque las formas empleadas y los argumentos que se han utilizado en el juicio ejecutivo o en la ejecución de sentencia han sido siempre alegaciones de congruencia (por ejemplo, que la deuda perseguida se contrajo y venció antes de la disolución de la sociedad), nunca razones directamente encaminadas a obtener una expresa declaración del Juez en el sentido de que la deuda originada es de las que deben gravar directamente los bienes gananciales.

Las Resoluciones que veremos se refieren a embargos de fincas que, a consecuencia de la liquidación, han sido adjudicadas e inscritas a favor del cónyuge del demandado (en todos los supuestos, la esposa).

Al llegar tarde el embargo, cuando ya la finca está inscrita a nombre del cónyuge del deudor, el acreedor busca su defensa en la que antes llamamos segunda vía, es decir, tratando de sostener el carácter ganancial de la deuda, con el fin de ampararse en lo que disponen los artículos 1.401 y 1.402 del Código Civil.

La doctrina que la DG sienta en la primera de estas Resoluciones se continúa en todas las posteriores, por lo que vamos a detenernos en aquélla y luego, en las siguientes, haremos referencia a sus peculiaridades, consecuencia de los casos concretos que se contemplan o de las específicas alegaciones de los recurrentes.

RESOLUCIÓN DE 16-2-1987 (70)

Se debe considerar como primera entre las de su clase. Sus argumentos se reiterarían prolijamente en las otras posteriores. Por medio de un juicio declarativo ordinario, se demandó al marido como avalista de unas letras de cambio, aceptadas por una sociedad y que resultaron impagadas, sin que constara en el mandamiento que la deuda fuera de las que debían responder los bienes gananciales. En ejecución de sentencia, por carecer de bienes el demandado, se embargaron bienes que pertenecieron a dicha comunidad y, por disolución

(70) Se volvió a publicar en el *BOE* el día 26 siguiente con pequeñas modificaciones.

de ésta, fueron adjudicados y figuraban inscritos a nombre de la mujer —circunstancia que le constaba al acreedor—, la cual fue notificada del proceso, con posterioridad al embargo.

El Registrador denegó la anotación «por figurar inscritas las fincas... a nombre de doña María Cruz... —la esposa—, con carácter privativo y no ser la misma demandada».

La parte actora solicitó del Juzgado que se adicionara el mandamiento con las circunstancias —que figuraban en la solicitud del embargo— acreditativas de que el crédito que se perseguía aparecía documentado en fecha anterior a la escritura de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales que el demandado tenía con su esposa y que los inmuebles embargados figuraban a nombre de aquélla, habiéndolos adquirido en la citada escritura de liquidación de gananciales. Ello descubre la intención del recurrente: al ser la deuda anterior a la disolución, pretendía que ello entrañaba la responsabilidad común, por lo que debía beneficiarle el artículo 1.317, estando las fincas inscritas a nombre de la mujer procedentes de la liquidación de la sociedad (71).

Los pronunciamientos básicos de esta Resolución, que luego se repetirán, casi literalmente en las siguientes, son:

- Que al no constar en el mandamiento «que la deuda fuera de aquéllas de que hayan de responder los bienes gananciales», rige el artículo 1.373 del Código Civil: según el cual «cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias». Y si bien este mismo precepto prevé que el acreedor privativo puede pedir el embargo de bienes gananciales concretos, tal facultad cesa cuando se disuelve la sociedad. Una vez disuelta ésta, para el embargo de un bien ganancial concreto, no cabe invocar el principio, según el cual «la modificación del régimen económico matrimonial no perjudicará los derechos ya adquiridos por terceros» (art. 1.317), pues «los acreedores privativos del marido no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos». Del mismo artículo 1.373 se desprende que el embargo haya de recaer sobre bienes gananciales concretos o sobre la parte que al deudor corresponde en el conjunto de los bienes gananciales depende del cónyuge del deudor, pero si la sociedad está ya disuelta, el embargo sólo es posible sobre la parte que ostente el deudor en la repetida sociedad.
- Una vez disuelta la sociedad de gananciales sólo cabe embargar la parte que corresponde al marido deudor en la sociedad, al modo que por

(71) Como se ve, resulta escaso esfuerzo el del recurrente, para demostrar la ganancialidad de la deuda, la simple invocación de que se contrajo vigente la sociedad. La DG ni siquiera la toma en consideración, firme en su idea de no admitir otra forma de calificar aquélla que no sea la resolución judicial.

deudas privativas de un heredero cabe el embargo de la parte que al heredero corresponda en una herencia (cfr. art. 166.1.II del RH) (72).

Si del Registro resulta que la sociedad de gananciales no sólo está disuelta, sino que el patrimonio común está liquidado y partido, los acreedores privativos de un cónyuge sólo pueden embargar los bienes que integran el lote o porción material que a ese cónyuge haya correspondido. A salvo las posibles acciones de impugnación de la partición que, en su día, podrá provocar anotación preventiva de demanda.

En el caso contemplado nos encontramos con un mandamiento de embargo sobre fincas que aparecen inscritas a favor de una persona que, según el mismo mandamiento, no es la persona demandada. Procede la denegación en aplicación de los principios de tracto sucesivo y legitimación y, en concreto, de los artículos 20, 38 de la LH y 140.1 del RH.

La solución desde el punto de vista hipotecario resulta impecable. No le valió al acreedor recurrente su argumento, tantas veces repetido, de que los bienes adjudicados privativamente a cualquiera de los cónyuges, procedentes por liquidación, de la sociedad de gananciales, no se inscriben nuevamente a favor de persona totalmente distinta a aquélla a cuyo favor lo estaban previamente (73).

En definitiva, la Resolución es una simple consecuencia del criterio de que ante la indefinición de la naturaleza de la deuda debe ser considerada como privativa del comunero deudor, con todas las consecuencias negativas que para él comporta, de debilidad de posición en relación a que la deuda fuera de la comunidad (cfr. arts. 403 y 405; 1.317, 1.401 y 1.402 del Código Civil).

RESOLUCIÓN DE 29-5-1987

Aquí la deuda derivaba de la aceptación de una letra de cambio que, impagada a su vencimiento, se reclamó por medio de un juicio ejecutivo,

(72) Como las reglas de la partición y liquidación de herencia rigen también para la partición y liquidación de gananciales —art. 1.410 del Código Civil— para determinar lo que corresponde a cada heredero —o, por tanto, a marido y mujer en la partición de gananciales— no es necesaria la intervención de los acreedores privativos. Estos pueden intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos y oponerse a la división que se haga sin su concurso. Ahora bien, si la partición está ya consumada, lo único que les queda a los acreedores es la impugnación en los términos que la Ley prevé, cfr. artículo 403 del Código Civil.

(73) Este razonamiento se había sostenido, también infructuosamente, en las Resoluciones de 6 y 10 de noviembre de 1981. Véase, asimismo, el distinto uso que de este criterio hace la DG en las Resoluciones de 25-4-86 y 24-9-87.

cuya existencia y la del embargo que en él se practicó fueron notificados a la mujer y, finalmente, tampoco resultaba del mandamiento que la deuda fuera de aquéllas de que han de responder los gananciales. La anotación de embargo fue denegada por aparecer inscrita la finca, con carácter privativo, a favor de la esposa del deudor en virtud de capitulaciones matrimoniales. El contexto de la Resolución es en todo un trasunto de la que acabamos de ver.

Como datos específicos de la misma cabría señalar que, después de reiterar que por deudas privativas se pueden embargar bienes gananciales en los términos que permite el artículo 1.373, es decir, sólo mientras esté vigente la sociedad, pero no cuando se halla disuelta. En el FD3.II, abundando en algo en que se viene insistiendo desde el principio de este trabajo, dice que «las posibilidades del acreedor sobre los bienes gananciales, incluso sobre los bienes concretos adjudicados a la mujer (y en ciertos casos, sobre los bienes propios de ésta), serían mucho mayores si la deuda cuya efectividad se persigue fuera de aquéllas de que han de responder los bienes gananciales».

La DG, ya en esta segunda Resolución que se funda, como la anterior, en el criterio de que la deuda de un cónyuge «a efectos del Registro» hay que presumirla de carácter privativo, parece que empieza a tomar conciencia de las frustraciones que aquel criterio acarrea a los acreedores. Cosa que acepta que no ocurriría de admitirse una responsabilidad provisional común por deudas de un cónyuge, como hoy van postulando un número creciente de autores. Y quizá preocupada por la búsqueda de expedientes con que favorecer al acreedor burlado por unas capitulaciones sospechosas, en el FD3 hace una vaga o inconcreta alusión a la exigencia de publicidad de la disolución de la sociedad de gananciales, diciendo: «sin que sea ahora el momento de decidir si, tratándose de deudas de que hayan de responder los bienes gananciales, cabría en algún caso el embargo de estos bienes una vez disuelta la sociedad, aunque hubiera sido demandado sólo el cónyuge deudor por no haberse dado cumplimiento oportuno a la exigida publicidad de la disolución de la sociedad de gananciales».

El hablar de demandar sólo al cónyuge deudor parece error involuntario omitir la notificación al consorte demandado, pues como dejó claro la Resolución de 28-3-1983, la notificación al cónyuge del deudor —aparte la deuda común— es necesaria cualquiera que sea la naturaleza de la deuda.

Se advierte ya la preocupación por la misión del RC en esta materia si tenemos en cuenta que al tiempo de la Resolución se había reformado el Reglamento de dicho Registro por Real Decreto de 29-8-1986, estableciendo en el artículo 266 que: «En las inscripciones que en cualquier otro Registro —por ejemplo, el de la Propiedad— produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico, se expresará el Registro Civil,

tomo y folio en que conste inscrito o indicado el hecho... y de no acreditarse, se suspenderá la inscripción por defecto subsanable» (74).

Lo que plantea esta Resolución en el FD3.2, sin decidirlo, para el supuesto de que la deuda fuera ganancial, debería contestarse afirmativamente (supuesta la notificación al deudor), estuvieran o no indicadas las capitulaciones en el RC, por aplicación de los artículos 1.317 y 1.402 del Código Civil (a salvo el derecho de terceros hipotecarios protegidos).

El verdadero problema radica en saber cuándo deben responder los bienes gananciales de las deudas de un cónyuge. Las normas del Código Civil, al respecto, no obvian la necesidad de un pronunciamiento judicial, de aquí que las sentencias del TS sobre la materia lleguen a conclusiones que no pueden alcanzar las Resoluciones de la DG.

Al hilo de estas consideraciones vamos a comentar la interesante

SENTENCIA DEL TS DE 20-3-1989

Está referida a la deuda de un marido que se reclamó por medio de un juicio ejecutivo, dirigido contra él y «su esposa, ésta a los efectos del artículo 144 del RH», trabándose embargo (también notificado a la esposa) sobre una finca de la que ésta había devenido titular privativa por adjudicación en la liquidación de la sociedad de gananciales, por medio de escritura de capitulaciones que disolvió dicha sociedad y se estipuló el régimen de separación de bienes, con anterioridad a la demanda ejecutiva.

La mujer interpuso tercería de dominio, alegando que el bien embargado era privativo y la deuda no era ganancial (letra de favor, no beneficiosa para la familia). La tercería fue desestimada, por considerar el TS que la esposa no era ajena a la deuda, puesto que los bienes gananciales responden directamente de las deudas contraídas por un cónyuge en la explotación regular de los negocios, siendo de esta naturaleza la deuda contraída por el esposo de la recurrente. La sentencia estima que en este caso la deuda fue contraída por el deudor —librador de la letra— en interés y beneficio de la sociedad conyugal «como consecuencia de los negocios comunes que tenía con el librado, cuya

(74) Un tema menor que alude esta Resolución, ajeno al objeto que la motiva, pero útil para la función calificadora, resulta de que el embargo recae sobre una finca que había desaparecido como tal, pues era una parcela sobre la que se había construido un edificio cuyos pisos o locales constaban inscritos a favor de personas distintas al demandado. Sin embargo, quedaba un residuo del 4,77 por 100 de un local comercial, cuya participación había pasado al dominio de la esposa, ante lo que el FD1 afirma que «cuando el mandamiento de embargo no pueda cumplimentarse enteramente sobre el dominio de la parcela (que comporta el embargo de lo que sobre ella se edifique)... debe cumplimentarse en la parte posible».

apreciación probatoria se obtuvo de una valoración conjunta de la prueba practicada», sin mayores especificaciones —hemos señalado más arriba la no exigencia de prueba rigurosa—. Por lo que conforme al artículo 1.317 del Código Civil, «la modificación del régimen económico matrimonial, realizada durante el matrimonio, no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros», de manera que aún después de la disolución de la sociedad de gananciales, permanece viva la acción del acreedor contra los bienes que, antes de aquélla, tenían naturaleza ganancial. Añadiendo, además, «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 esposos, cuando la demanda se dirigió contra el esposo deudor y a la esposa se le notificó la existencia del proceso y la práctica del embargo, a los efectos del artículo 144 del RH, como ocurrió en este supuesto litigioso». La sentencia trae a colación las Resoluciones que justificaron el que la mujer fuera notificada en vez de ser demandada (anteriores y posteriores a 1981), sin caer en la cuenta que dichas resoluciones se referían a situaciones vigentes de la sociedad ganancial y en el caso contemplado dicha sociedad estaba disuelta, por lo que los hipotecaristas no consideran aplicable lo que dice la sentencia al campo registral (*vide*, REY, *BCRP*, núm. 261, noviembre de 1989, pág. 254 y sigs. RIVAS, *ob. cit.*, pág. 186).

Sin embargo, no sería aventurado afirmar que el criterio de la sentencia es válido en el ámbito del derecho sustantivo, cuando se conoce la naturaleza de la deuda, como ocurría en el caso concreto que enjuiciaba. («Si la propia sentencia proclama el carácter común de la deuda reclamada, la procedencia del embargo es indudable, siendo innecesarios los demás razonamientos», como dice RIVAS, *cit.*, pág. 186). Otra cosa resulta de los principios hipotecarios, artículos 20, 38.III de la LH y 140-1.^a del RH, que en el caso contemplado exigen la demanda al titular adjudicatario, sin que sea suficiente la mera notificación. (La aplicación que de tales preceptos hace la sentencia supondría excepcionarlos «cuando de personas antaño casadas en régimen de gananciales se tratara», REY PORTOLÉS, *cit.*, pág. 2254) (75).

El problema de demandar al esposo deudor y notificar al consorte se puso en cuestión con motivo de la enajenación forzosa de un bien ganancial en dos Resoluciones, prácticamente iguales, referentes a notas dictadas por el mismo funcionario calificador, son de 15 de julio de 1988 y 11 de mayo de 1989.

(75) El carácter germánico de la sociedad de gananciales, las dificultades para aceptar todas las consecuencias del principio de actuación conjunta de los esposos casados en el mencionado régimen económico matrimonial y, en fin, la disparidad de criterios que informan el derecho material y el formal hipotecario, quitan uniformidad a la jurisprudencia sobre la materia que tratamos, en la que presupuestos análogos reciben, según los ámbitos, soluciones diferentes.

En ambas la cuestión debatida es si se puede inscribir la escritura que documenta una enajenación judicial, otorgada por el Juez, de conformidad con el artículo 1.514 de la LEC, cuando la finca objeto de enajenación aparece en el Registro como presuntamente ganancial del demandado y de su mujer. La finca fue embargada en el juicio ejecutivo del que dimana la escritura, habiéndose notificado el embargo a la esposa del demandado ejecutado y el Juez otorga la escritura «en nombre y por rebeldía del demandado».

El Registrador suspendió la inscripción porque, según él, es necesario «el consentimiento voluntario o suplido de ambos consortes, siendo necesario, por tanto, que el señor Magistrado actué en representación de los dos y no sólo del esposo».

Se revoca la nota, en primer lugar, porque cuando el Juez actúa de oficio conforme al artículo 1.514 de la LEC, «no actúa propiamente en representación del dueño de la finca, sino en ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuyos resultados se imponen a los dueños, con, sin o contra su voluntad».

En cuanto a si se cumplen las exigencias del tracto, se resuelve que «tratándose del embargo de un bien ganancial por deuda que sólo se reclama al marido, si la esposa —como ocurre en el presente caso— fue debidamente notificada del embargo (cfr. arts. 1.373 del Código Civil y 144-1 del Reglamento Hipotecario), tuvo ya la oportunidad legalmente prevista para defenderse en relación con el embargo, ateniéndose en otro caso, a las consecuencias del mismo, las cuales, en el desenvolvimiento natural del procedimiento, conducen a la enajenación por un acto de autoridad, es decir, sin necesidad esencial de que los dueños presten en ese momento su consentimiento». Es decir, que con la simple notificación del embargo a la cotitular de la finca ejecutada, por deuda del marido, se considera trámite suficiente para que se le expropie su derecho (76).

RESOLUCIÓN DE 28-10-1987

En esta Resolución, una sociedad constructora, por medio de un juicio ejecutivo, persiguió la deuda dimanante de la construcción de un chalet contra

(76) «¿Por qué no se estima que esta misma notificación es también suficiente trámite defensivo, no ya de una cotitular ganancial, sino de una titular exclusiva que lo ha devenido en virtud de un negocio capitular que un precepto legal (art. 1.317) y la más alta jurisprudencia declaran inoperante frente a acreedores anteriores? ¿Es que ser cotitular implica una mayor vulnerabilidad (por mediación de una mera notificación de embargo) que ser titular único, con una titularidad que, además, debe dejar indemnes a aquellos acreedores frente a los que se opone?» (REY PORTOLÉS, cit., pág. 2246).

La incongruencia que ponen de relieve estos interrogantes resulta manifiesta. Sin embargo, la actitud de la DG en estas Resoluciones encontraría abrigo en la interpretación

la sociedad cooperativa que había encargado la obra y contra el socio cooperador adjudicatario del mismo. Llegada la ejecución de la sentencia, se notificó a la esposa la existencia del procedimiento y del embargo causado. La anotación fue denegada por el Registrador por estar inscrita la finca «a nombre de persona distinta de los demandados».

La deuda reclamada en este juicio ordinario mostraba indicios evidentes de ganancialidad. Pero por más vehementes que sean dichos signos, para el Registro únicamente se admite la declaración judicial de que es de tal naturaleza. En este sentido, esta Resolución vale por todas, atendido el caso que contempla. En consecuencia, la Resolución se mantiene en la misma línea que las anteriores, aunque sí pone mayor énfasis al expresar la exigencia de la declaración judicial.

Desde luego el pronunciamiento del Juez sobre ganancialidad no se produce, entre otras razones, porque en su momento no la persigue el acreedor. El juicio declarativo se dirigió sólo contra el marido, no contra ambos esposos, lo que habría permitido discernir y calificar la naturaleza de la deuda, pronunciamiento indispensable «a efectos del Registro». Sólo en trámites de ejecución de sentencia se notificó a la mujer el procedimiento y el embargo causado.

En el mandamiento se transcribe un otrosí de la parte actora en el que se invoca que se trata de una deuda común a ambos cónyuges, según se deduce de la demanda y de la sentencia, pero sin que aparezca que el Juez ordenante asumiera como propia tal aseveración (77).

En el FD3 se hacen un par de observaciones de dudosa concordancia con la realidad material o sustantiva. Se reitera que si bien es cierto que la actuación individual de un cónyuge puede comprometer el patrimonio ganancial (art. 1.365 del Código Civil), no lo es menos, que no existe ninguna presunción de que las deudas de un cónyuge sean, además, deudas de la sociedad. Que «la genérica condena de pago dictada contra un cónyuge, sólo podrá hacerse efectiva sobre sus propios bienes» (la condena de pago no parece tan genérica, pues según la descripción que se hace en el HI se reclamaba la cantidad que la Cooperativa y el cooperador debían al demandante, «en virtud de contrato de ejecución de obra celebrado por la Cooperativa para construir

del artículo 144.1 del RH que —contra la literalidad de la norma— hizo la conocida Resolución de 28-3-1983.

(77) Sin embargo, dicho Magistrado, en su informe en el recurso hacía constar que la deuda reclamada dimanaba de la construcción de un chalet que se inscribió a favor del demandado y de su esposa para la sociedad conyugal y rebatiendo al Registrador calificante, que invocaba la analogía del caso con el de la Resolución de 16-2-1987, razonaba que en el presente recurso «estamos ante una deuda común a ambos cónyuges, puesto que se deriva de la construcción de una vivienda inscrita para su sociedad conyugal, mientras que en el caso contemplado por aquélla, la deuda reclamada había sido contraída por el marido como avalista de unas letras de cambio, sin que hubiera constancia de que debían responder los bienes gananciales».

varios chalets viviendas... uno de los cuales se adjudicó al socio cooperativista», ejecutado), para que la ejecución se extienda también a los gananciales es preciso que la sentencia dictada en el procedimiento adecuado (art. 100 del RH) declare de forma indubitada su responsabilidad directa. E, insiste en el siguiente FD4, «del mandamiento presentado... no resulta si está fundado en sentencia que, en procedimiento adecuado y de forma patente, haya declarado la responsabilidad directa de los bienes comunes por la deuda que la motiva, por lo que al estar disuelta la sociedad al tiempo de la traba, no cabe practicar la anotación pretendida».

Por la apariencia de deuda común que la contemplada ofrece en el derecho material, la DG pone especial énfasis en este caso, sin duda más que en otros, en la indispensable necesidad de «procedimiento adecuado» y de sentencia que declare, «de forma indubitada», «de forma patente», la responsabilidad directa de los bienes comunes.

Posiblemente, debido al mismo perfil de la deuda, en vez de confirmar la nota denegatoria (como había hecho en los anteriores casos análogos y lo haría pocos días después en las Resoluciones que veremos a continuación), acuerda «la suspensión de la anotación ordenada en tanto no se acredite el adecuado pronunciamiento judicial antes indicado» (78).

RESOLUCIONES DE 6 Y 12-11-1987

Estas son dos resoluciones gemelas, con los mismos acreedor y deudor, aunque procedan de Registros distintos. Están referidas ambas a mandamientos ordenando anotación de embargo sobre fincas ya inscritas a nombre de la esposa del deudor.

La deuda derivaba de la aceptación por el esposo de ciertas letras de cambio y se encaminó su efectividad por el correspondiente juicio ejecutivo, del cual surgieron mandamientos para presentar en los Registros números 5 y 1 de Vigo. La analogía de los dos expedientes raya en la igualdad por lo que nos referiremos sólo al primero de ellos.

La esposa fue notificada del procedimiento «a los únicos efectos del artículo 144 del RH», según se dice en el Hecho I y según el FD1, «se dicta el mandamiento en juicio ejecutivo seguido contra el marido de la que aparece como titular registral —y también contra ésta, su esposa, pero a los únicos efectos de lo dispuesto en el art. 144 del RH— (79).

(78) SERNA extraña y subraya la diferencia de calificación, aquí de suspensión y en las demás resoluciones de denegación. *Diccionario de jurisprudencia registral*. Años 1964-1987, Civitas, Madrid, 1988, pág. 42.

(79) En esta diferente dicción se fijó algún autor por si se entendiera que, efectivamente, se seguía el juicio también contra la esposa, lo que podría dar lugar a discernir en

Ante una primera negativa a anotar el embargo, se volvió a presentar el mandamiento adicionado en el que se hacía constar como hechos ciertos lo que resultaba de las alegaciones formuladas por el Banco acreedor, que la deuda reclamada se contrajo y venció con anterioridad a la escritura de capitulaciones, por lo que los bienes debían responder de la deuda reclamada. Esta afirmación no había sido objeto de pronunciamiento por parte del Juez, se trataba de meros fundamentos de derecho del escrito del solicitante del mandamiento y que se incluyeron en éste. Por lo que el CD no la toma en consideración, «dado que la tramitación previa al embargo no es procedimiento adecuado al efecto».

La persecución por medio de juicio ejecutivo de un bien del matrimonio que colisiona con unas capitulaciones matrimoniales disolutorias, frustraba reiteradamente a los acreedores. Pero las quejas brotan no sólo de los interesados en la ejecución, sino incluso de la Magistratura interviniente en los procedimientos (80).

A todo ello contesta el Registrador —en la Resolución de 12-11-87— que si el Juez no admite la demanda contra la esposa por no ser firmante de la letra, así el Registrador no admite la anotación de embargo por deudas contraídas por el marido demandado, porque no es titular registral. Y con lúcido criterio añade que en su calificación «simplemente se afirma el imperio de los principios hipotecarios aplicables a las personas que acuden al Registro de la Propiedad buscando una protección, sin que ésta diluya los derechos de los terceros, por bien que no les sea propicia cuando no inician los cauces procesales oportunos».

el juicio la naturaleza de la deuda (*vide* REY PORTOLÉS, *ob. cit.*, pág. 968), sin embargo, al hacerse la notificación a los únicos efectos del artículo 144, demuestra que las dos formas de comunicación a la esposa hay que atribuirles el mismo significado de notificación.

(80) El recurrente se quejaba de que el criterio del Registrador posibilitaba que el acuerdo de los cónyuges dejara sin posible opción a sus acreedores que verían como, a despecho de las normas del Código Civil, sus deudores incumplen impunemente sus obligaciones.

Por su parte, el Presidente de la Audiencia Territorial afirma que después de la reforma de 1981, «pueden darse de hecho situaciones fraudulentas», pero que los acreedores tienen adecuada protección legal en el derecho sustantivo que se puede hacer valer en juicio ordinario con intervención del deudor.

REY PORTOLÉS, a su vez, se lamentaba de la resignación que se advierte «en todos los que opinan acerca de la imposibilidad de debatir en el seno del juicio ejecutivo la cuestión, que no me parece incidental, de la ganancialidad o privaticidad de la deuda perseguida, lo que a la larga conduce a esterilizar aquel proceso frente a cónyuges que —sin sanción penal, porque por vía declarativa siempre responden: art. 1.401 del Código Civil— se apresuran a pactar un régimen de separación de bienes y a hacerlo oponible antes de que se trabé embargo» (trabajo cit., pág. 978).

RESOLUCIÓN DE 5-1-1988

Presenta pocas peculiaridades dentro de la serie que comentamos, si acaso una confusa invocación de un mandato que resulta no ser tal. Sigue estrictamente el esquema de las anteriores a la que aplica su conocida batería de argumentos.

La deuda procedía de un préstamo documentado como descuento financiero mediante una letra de cambio librada por el marido prestatario, se dice que «con el conocimiento expreso, constante en la propia letra, de su esposa». Se trató de hacer efectiva por medio de un juicio ejecutivo dirigido sólo contra el esposo deudor, si bien a petición de la entidad acreedora, se dio traslado de la demanda a su cónyuge, a los efectos del artículo 144 del RH. Al igual que en los casos anteriores no constaba en el mandamiento, ni se persiguió una declaración en tal sentido, que la deuda reclamada contra el marido fuera, además, deuda de la sociedad de gananciales.

En el HI se reseña una ambigua intervención de la esposa que acabó careciendo de toda trascendencia. Se indica —como señalamos antes— que la letra estaba librada por el prestatario con el conocimiento expreso, constante en la letra, de su esposa.

¿Qué significaba, «el conocimiento de la esposa»? ¿Podía ser consentimiento? No lo entendió así la Resolución, que en el FD1-1.^a constata que la letra llevaba sólo la firma del marido, que éste la había firmado por sí y también por su esposa, sin que se hubiera acreditado el poder a favor del marido. En definitiva, que no se demostró la intervención real y efectiva de la esposa en la creación de la deuda y consiguiente documentación. Además, si el acreedor tenía alguna pretensión de involucrar a la mujer como deudora, al lado de su marido, perdía toda opción al no dirigir luego la demanda también contra ella. Por lo cual, el caso se reconducía al supuesto general, resuelto también con el mismo esquema que todas las Resoluciones vistas hasta ahora.

RESOLUCIÓN DE 18-3-1988

Se inscribe también entre las que el recurso persigue la ganancialidad de la deuda que se ejecuta. Realmente no tenía otra opción atendido el tiempo transcurrido entre la fecha de disolución de la sociedad de gananciales por capitulaciones, el 18-5-1983 (inscritas el 2 de agosto siguiente) y la fecha en que se practicó el embargo, el 24 de noviembre de 1986, siendo notificado a la esposa el 15-1-1987.

La demanda ejecutiva se fundaba en una póliza de crédito inatendida a su vencimiento, que se dirigió «contra don Antonio... y contra la esposa de éste,

si fuere casado... a la que se interpela a los solos fines prevenidos en el artículo 144 del Reglamento para la aplicación de la LH.

La anotación se denegó por estar la finca inscrita a favor de la esposa del demandado con carácter privativo y no dirigirse la demanda contra ella, conforme al artículo 20 de la LH y 144 de su Reglamento.

El recurrente después de invocar, una vez más, argumentos de derecho sustantivo, acude a la jurisprudencia del TS, que niega reiteradamente la tercería de dominio a la mujer que reacciona frente a un embargo de bien ganancial por deuda de esa misma índole, por no considerarla «tercero ajeno a la deuda», por la misma razón tampoco deberían considerarla tercero (ajeno a la deuda) a efectos del tracto, o como dice el artículo 20.II, «persona distinta» de la afectada por el gravamen.

A pesar de la solidez argumental, el CD desoye estas razones jurisprudenciales, como había desatendido la invocación del derecho sustantivo. «Como no se presume hoy que las deudas contraídas sólo por el marido —o por la mujer— sean, además, deudas de la sociedad...», hay que estimar que es privativa, por lo que no es penetrable con la anotación de embargo el folio con la inscripción privativa a favor de la mujer. No lo permiten los artículos 20 y 38 de la LH y 140-1.^a de su Reglamento.

RESOLUCIÓN DE 29-5-1989

En un supuesto de hecho análogo a los anteriores, sigue puntualmente el dictado de las precedentes. Embargo por deuda del marido sobre finca inscrita con anterioridad, con carácter privativo, a nombre de la mujer por adjudicación en la disolución de la sociedad de gananciales. El Registrador deniega la anotación, lo que confirma el Presidente de la Audiencia.

Destaca, sin embargo, por lo escueto de la misma y la extraordinaria brevedad de sus fundamentos de derecho. Incluso en el «vistos» omite toda referencia a las Resoluciones que le sirven de pauta.

El resumen de la Resolución va comprendido en sus dos únicos fundamentos de derecho:

«Vistos los artículos 20 y 38.III de la Ley Hipotecaria y 140.1.^a y 144 del Reglamento Hipotecario.

1. Por el presente recurso se pretende que sobre las fincas que según el Registro fueron adjudicadas a la mujer casada, se practique la anotación de un embargo, acordado en juicio ejecutivo entablado sólo contra el marido. En el supuesto concurren las circunstancias siguientes:

1.^a La inscripción de la adjudicación por disolución y liquidación de la sociedad de gananciales fue practicada en 27 de noviembre de 1986.

2.^a El embargo fue acordado en 1987 (el mandamiento lleva fecha de 27 de junio de 1988) en juicio ejecutivo entablado sólo contra el marido.

2. Los principios de tracto sucesivo (cfr. art. 20 de la Ley Hipotecaria) y, en particular, lo dispuesto en los artículos 38.III de la Ley Hipotecaria y 140.1.² del Reglamento Hipotecario, impiden que pueda hacerse constar en el Registro ninguna restricción del dominio inscrito acordada en procedimiento en que no es parte el titular registral.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado».

Como se ve, el acuerdo parece fundarse únicamente en el principio de tracto registral, sin consideración alguna a importantes matizaciones que a dicho principio habían hecho Resoluciones anteriores.

Por una parte, comparando fechas: la del embargo en relación a la de las capitulaciones liquidatorias y, después, con referencia a la indicación de éstas en el RC. Tampoco hay alusión a la posibilidad de que la deuda perseguida fuera ganancial. Sin embargo, a lo largo del expediente, sí salen a relucir estos extremos silenciados en los breves fundamentos.

La nota denegatoria se basa en la falta de tracto: «por aparecer inscritas —las fincas— con carácter privativo a nombre de tercera persona, o sea, la esposa del demandado doña A.A.P., que las adquirió por adjudicación que se le hizo en escritura... sin que del mandamiento resulte ser deudora ni demandada en el procedimiento ejecutivo de embargo, seguido exclusivamente contra don R.C.A., cuyo defecto impide tomar anotación de suspensión».

La entidad recurrente contestaba, respecto a la infracción del tracto, que a la esposa del demandado se le había dado conocimiento de la existencia del procedimiento ejecutivo y del embargo practicado, en base a lo establecido en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario (y jurisprudencia subsiguiente). Y añadía que la deuda perseguida era ganancial por haberse contraído antes del otorgamiento de las capitulaciones liquidatorias (una vez más el argumento simple de que la deuda se contrajo vigente la sociedad).

El Registrador en su documentado informe, contestando las alegaciones del recurso, saca a relucir y aplica los nuevos criterios recientemente establecidos por la jurisprudencia registral.

Por cotejo de fechas comprueba que el embargo había sido posterior a la inscripción de la escritura liquidatoria en el Registro de la Propiedad (81).

Por otra parte, en relación a la naturaleza de la deuda, defiende su nota no sólo diciendo que la titular registral no era «deudora ni demandada en el

(81) Más adelante veremos que a pesar de la eficacia general de la publicidad que el RC dispensa a las capitulaciones que se indican en el mismo, ello es sin perjuicio de la eficacia específica de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la finca que es objeto de ejecución.

procedimiento ejecutivo», sino que añade que «en el caso objeto del presente recurso se debe presumir que la deuda es de esta última clase —de las privativas contempladas en el art. 1.373 del Código Civil— al no expresar nada el mandamiento a este respecto».

En resumen, no se daban ninguna de las dos circunstancias que hubieran podido franquear el acceso de la anotación del embargo al Registro (el carácter ganancial de la deuda o la traba anterior a la oponibilidad de las capitulaciones).

De estas dos circunstancias ya hemos indicado que la comprobación de fechas no ofrece dificultad alguna, no ocurre así con la otra alternativa. El criterio firme del CD que de las deudas contraídas por un cónyuge no se presume que lo sean de la sociedad, a menos que se declare judicialmente que son comunes, no ha conseguido hasta la fecha que se pronuncie ni un solo fallo judicial en tal sentido, dentro del supuesto considerado normal, que es el juicio ejecutivo (se ha dicho por la DG, por los Registradores y por los Jueces que en dicho juicio no es posible obtener tal declaración) (82).

(82) El problema de hacer posible dentro de los trámites del juicio ejecutivo una declaración del Juez, calificadora de la naturaleza de la deuda de un cónyuge, teóricamente cabría acometerlo desde una modificación de la Ley —sería confiarlo, según experiencia, *ad calendas graecas*— o, mejor, postular una interpretación de la norma vigente, adecuada a lo que demanda la realidad, que diera satisfacción a los principios del derecho registral y a una razonable coordinación del mismo con el sustantivo y el procesal.

Con referencia a este quehacer interpretativo, quiero traer a colación las preocupaciones de JUAN REY PORTOLÉS, jurista magnífico, fallecido prematuramente, cuando cabía esperar que añadiera incontables frutos a su ya dilatada labor en el campo del Derecho civil y del hipotecario.

Desde su ejercicio profesional, con el que honraba al Cuerpo de Registradores de la Propiedad, tuvo que enfrentarse —igual que sus coetáneos— con el problema, nacido de la reforma de 1981, del embargo de bienes gananciales («materia tan conflictivamente frecuente en nuestras oficinas», según sus palabras), y sobre todo, ex-gananciales (le corresponde la acuñación del vocablo), sobresaliendo entre los comentaristas y críticos de la nascente jurisprudencia registral sobre la materia. (Expuso sus primeros razonamientos en una modesta y práctica revista de los Registradores de la Comunidad Valenciana, que luego fueron reproducidos por el *BCRP*).

Las frecuentes referencias a los trabajos de JUAN REY y, en esta materia, la transcripción íntegra de algunas de sus partes, quiere ser un homenaje a su memoria.

Advirtió pronto el gran problema que crea la indefinición de la deuda de un cónyuge y la necesidad de calificarla en el proceso de ejecución, dedicándose con interés a investigar las posibilidades que, en tal sentido, pudiera ofrecer el juicio ejecutivo, que es del que emanan casi todos los mandamientos de embargo.

Razonaba de la siguiente forma: 1.º) El juicio ejecutivo no deja de ser un procedimiento como otro cualquiera que se inicia con una demanda similar a la ordinaria (art. 1.439 de la LEC) en la que el actor, sin perjuicio de acompañar el título ejecutivo, puede alegar lo que desee acerca del débito (persona del deudor, cuantía, liquidez, etc.), pero también acerca de la responsabilidad en el caso de que ésta alcance a persona distinta del suscriptor del título por razones jurídico-materiales (cónyuge adjudicatario, padres responsables por ilícito civil cometido por hijo menor y contra los que se procediera en virtud de auto

Esta ineptitud del juicio ejecutivo, unánimemente reconocida, para verificar la naturaleza de la deuda de un cónyuge, parece superarse en las normas de ejecución laboral (LPL-RDL 521/1990, de 27 de abril) dotadas de gran

ejecutivo derivado de la Ley del Automóvil, heredero sin beneficio de inventario que se vea demandado ejecutivamente por deuda contraída por su causante, etc.). 2.^a) Aunque la ley rituarial sólo ha previsto (por ser lo más frecuente en la época de su redacción en que la mujer casada era un *alieni iuris*) oposición del deudor, bien a su condición de tal (reconocimiento de firma) antes de despachar la ejecución, bien a la inexistencia de determinados supuestos de forma y fondo, una vez despachada aquélla (arts. 1.464 a 1.467 de la LEC), ello no excluye el que también pueda suscitarse debate —en pieza separada o no, eso es secundario— con otra persona demandada como responsable. Obsérvese que el artículo 1.464, *in fine*, de la LEC, se limita a reservar para el juicio ordinario ulterior las excepciones distintas a las allí previstas que competan al DEUDOR, no a las que competan al RESPONSABLE, que es un sujeto en el que el legislador decimonónico no ha pensado. 3.^a) El que el artículo 1.480 de la Ley adjetiva prevea, con sana intención de celeridad, que «en los juicios ejecutivos no se admitirán otros incidentes que los que nazcan de las cuestiones de competencia o de acumulación a un juicio universal», no sería obstáculo para la viabilidad de un debate con el responsable, porque el mismo, suscitado (incluso *ad cautelam* y *ab origine*) por el propio actor, sería un tema de fondo. Es la misma pretensión inicial que se dirige en dos direcciones —y contra dos sujetos distintos— una, orientada a imponer el débito, y otra, a obviar obstáculos a su efectividad o responsabilidad.

Ante la resignación, compartida por la DG y por todos los funcionarios intervinientes en los recursos acerca de la imposibilidad de comprobar la naturaleza de la deuda en el juicio ejecutivo, las ideas que se apuntan van encaminadas a superar la rigidez con que se interpreta la regulación del juicio ejecutivo, empezando por conferir mayor beligerancia a la notificación al cónyuge no deudor que, si es obligada, debería tener mayor trascendencia o eficacia, posibilitando, de alguna forma, su audiencia, lo que permitiría concluir, en la mayoría de los casos, acerca del carácter de la deuda en vías de ejecución.

Es evidente que si el juicio es declarativo y en la demanda se postula la calificación de la deuda, ésta deberá establecerse en la sentencia y si se llega a la ejecución forzosa, tal calificación deberá constar en el mandamiento que expida el Juez, lo que le librará de obstáculos para anotarlo, en su caso, sobre bienes procedentes de la liquidación de gananciales en poder del cónyuge del deudor (cfr. art. 1.401).

Pero en el caso del juicio ejecutivo se deberían fortalecer los efectos de la notificación de la demanda al cónyuge no deudor en el sentido de dirigirla también contra él, a los fines del artículo 144 del RH, pero dándole traslado de la misma, mediante entrega de la correspondiente copia. «Piénsese que la notificación del embargo al esposo del deudor nunca ha venido hasta la fecha por la legislación procesal, sino que ha sido un invento» (sic): primero de la legislación hipotecaria (Decreto de 17-3-1959), según la que el artículo 144 del RH exigió dirigir la demanda contra el cotitular ganancial, a fin de salvaguardar el tracto registral en el momento de la enajenación forzosa, por cuanto el esposo que debía prestar el consentimiento alienatorio, introducido por reforma del Código Civil en Ley de 24-4-1958, no resultara expropiado sin su audiencia, y en segundo lugar, la notificación se estableció por «la legislación sustantiva (el nuevo art. 1.373.1 del Código Civil, que persigue justamente dejar indemne el derecho del cotitular ganancial por razón de deudas privativas de su consorte)».

Pues bien, «en ambos expedientes la jurisprudencia o la propia dicción del Código han considerado suficiente que se le entere de la situación embargaticia al esposo no deudor (sin que sea necesario constituirlo en genuina parte procesal), para que se produzca el efecto subsiguiente, a saber, anotación preventiva del embargo en el supuesto del

flexibilidad, permisiva de intervenciones y actos procesales favorecedores de la mayor eficacia de la ejecución (*vide* nota al pie de esta página). A la vista de lo cual cabe poner de relieve la anomalía que comporta que en nuestro ordenamiento legislativo puedan convivir dos procedimientos de ejecución, el

artículo 144.1 (antiguo) del RH o traba inmediata del bien ganancial por deuda privativa en el del artículo 1.373.1 del Código»; más aún, en este último caso, con la importante consecuencia de que el notificado pueda exigir la sustitución de la traba del bien común «por la parte que ostente el cónyuge deudor en la sociedad conyugal», provocando la disolución de aquélla.

Lo expuesto se complementaría admitiendo que el actor pudiese provocar una actuación encaminada a aclarar la naturaleza de la deuda, permitiéndole una manifestación de ganancialidad en la demanda que, trasladada al no deudor en la forma que acabamos de indicar, si no se contradecía en un plazo breve (por ejemplo, cinco días, por analogía con lo que dispone el artículo 1.416 de la LEC), el silencio del no deudor cabría interpretarlo como aceptación tácita, lo cual asumido por el Juez y constatándolo en el mandamiento, permitiría su anotación en los términos que resultan del artículo 1.401 del Código Civil, en aquellos supuestos de que el bien embargado figurase inscrito a nombre del esposo no deudor a consecuencia de una liquidación de la sociedad de gananciales.

En el caso de que el consorte del demandado se opusiera, ello daría lugar a una cognición previa limitada exclusivamente a resolver si y en qué medida el no deudor, titular registral, es responsable; cognición que podría seguirse por los trámites de los incidentes.

Declarada así la naturaleza de la deuda, la sentencia incidental unida al mandamiento expedido —o reiterando el embargo y su notificación a la luz de la nueva situación— debería franquearle la anotación sobre bienes procedentes de la liquidación de gananciales inscritos a favor del no deudor.

Con motivo de la publicación del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral (RDL 521/1990, de 27 de abril), JUAN REY, en línea con su preocupación de posibilitar la calificación de la deuda dentro del juicio ejecutivo, creyó ver confirmadas, en aquel nuevo texto, algunas de las sugerencias que había apuntado en las reflexiones anteriores y le dedicó unas breves acotaciones, que empezaban refiriéndose a los artículos 237 y 235 de la citada norma:

Artículo 237: «Quienes sin figurar como acreedores o deudores en el título ejecutivo o sin haber sido declarados sucesores de unos u otros, aleguen un derecho o interés legítimo y personal que pudiera resultar afectado por la ejecución que se trate de llevar a cabo, tendrán derecho a intervenir en condiciones de igualdad con las partes en los actos que les afecten».

Artículo 235: «Las cuestiones incidentales que se promuevan en ejecución se sustanciarán citando de comparecencia, en plazo de cinco días, a las partes, QUE PODRAN ALEGAR Y PROBAR cuanto a su derecho convenga, concluyendo por auto que habrá de dictarse en el plazo de tres días».

No cabe duda de que entre quienes sin figurar como acreedores o deudores en el título ejecutivo, cuyos intereses puedan resultar afectados, se encuentra el cónyuge del ejecutado (casado en régimen de gananciales), el cual tiene derecho a intervenir en la ejecución por la vía incidental.

El incidente tendría como objetivo el proclamar frente al atributivo del bien de ganancialidad contrastada de la deuda perseguida, y sería útil cuando el proceso declarativo previo se haya enfocado sólo contra el deudor (normalmente empleador) y la traba ejecutiva posterior no haya logrado practicarse antes de la oponibilidad registral (por indicación en el RC o, en su caso, inscripción en el inmobiliario) del nuevo régimen económico matrimonial del adjudicatario perseguido».

laboral, moderno, calificado como meritorio e innovador (83) y el antiguo y escasa y deficientemente regulado de ejecución civil (84).

RESOLUCIONES DE 3 Y 4-6-1991 Y DE 25-1-1993

La vitalidad de este tema —que continúa irresuelto— ha generado todavía en tiempos relativamente recientes, algunas resoluciones como las tres que se indican, dictadas todas con motivo de embargos trabados en apremios seguidos por la Tesorería de la Seguridad Social, por impago de cuotas a la misma. Son prácticamente iguales, por lo que cualquier comentario resulta ser común a todas. Otra Resolución de 18 de julio de 1991 no está promovida, como las anteriores, por la Seguridad Social, sino por una Caja de Ahorros con motivo de ejecución, consecuencia de tres cambiales impagadas. La fecha del embargo «es muy posterior a la indicación de las capitulaciones matrimoniales en el Registro Civil e inscripción de las mismas en el Registro de la Propiedad». El FDI considera el supuesto similar al que motivaron las Resoluciones de 3 y 4 de junio de 1991, por lo que aplica idéntico criterio que en aquéllas.

En todos los casos los trámites significativos: la diligencia de embargo, la notificación a la esposa y la presentación del mandamiento en el Registro son posteriores a la disolución de la sociedad y a la inscripción en el Registro de la subsiguiente adjudicación de bienes. Además, en dos de ellos, las capitulaciones estaban indicadas en el Registro Civil.

La Tesorería de la Seguridad Social no considera viable otro camino que sostener la ganancialidad de la deuda, por lo que razonaba que se había producido antes de la fecha de las capitulaciones que, por imperativo de los artículos 1.362-4 y 1.365-2 del Código Civil, responden directamente los bienes gananciales y que conforme al artículo 1.317, no perjudican a los acreedores la modificación del régimen económico vigente el matrimonio.

La admisión de incidentes en la ejecución laboral y la posibilidad en ella de intervención (no necesariamente adhesiva) de terceros, a su juicio «proyecta una nueva atmósfera más permisiva sobre lo que cabe hacer en trance similar de pugna, ganancialidad *versus* atributario consorcial en el procedimiento ejecutivo civil». Incluso da por supuesta una nueva «reinterpretación que de la ejecución se va a hacer desde el nuevo régimen ejecutor de las sentencias sociales» (*Lunes 4.30*, núm. 61, primera quincena de septiembre de 1990).

(83) Vide OCAÑA RODRÍGUEZ, *Deudas y sociedad de gananciales*, Madrid, 1992.

(84) PRIETO CASTRO, cit., *RALJ*, Anales, núm. 16, pág. 143; CACHÓN, *El embargo*, Barcelona, 1991, pág. 17, con referencia al embargo; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, RIFÁ, VALLS, *El juicio ejecutivo*, Madrid, 1997, pág. 17, que, en definitiva, confieren distintas posibilidades a quienes tengan que promover el uno o el otro, lo cual resulta poco acorde con el principio de igualdad ante la Ley.

La Resolución, como todas las anteriores, ignora las invocaciones al derecho sustantivo y, a efectos del Registro, considera privativas las deudas, lo que permite el embargo de bienes gananciales en los términos que resultan del artículo 1.373, mientras esté vigente la sociedad, no una vez disuelta (en esta última situación sólo cabe perseguir la parte que haya correspondido al deudor), bien por la disolución frente a terceros de buena fe sólo se produce por su constancia en el Registro Civil, artículo 77-2.º LEC, o en el de la Propiedad (cfr. Resolución de 25-3-1988).

De aquí que dichos terceros no puedan invocar el artículo 1.317 en contra de lo que resulta del artículo 1.373, una vez disuelta la sociedad (ha dejado de repetir la manida frase de que «los acreedores privativos del marido no tienen derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos»). Lo único que pueden hacer en tal caso los acreedores privativos del marido es impugnar, si procede, la partición. Reiterando lo que dice la Resolución de 25-3-1988, añade: «El Registrador habrá de dar efectividad frente a cualquiera de los cónyuges, al embargo obtenido por un tercero en el ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 1.373 del Código Civil, en tanto no le conste que en el momento de practicarse el embargo y notificarse al cónyuge del deudor, se había producido con eficacia frente a terceros de buena fe el cambio de régimen de gananciales, pero no cuando así no sucede, como en el caso de este expediente en donde la inscripción en el Registro de la Propiedad de las capitulaciones matrimoniales... es muy anterior... al embargo y a la notificación a la esposa».

En la Resolución de 25-1-1993 se traen a colación los mismos argumentos materiales que se han invocado en las anteriores para sostener la responsabilidad directa de los bienes gananciales, por lo que entiende que la normativa hipotecaria no puede ser obstáculo a la persecución de los bienes objeto del embargo, que tales bienes eran los gananciales adjudicados a la mujer al disolverse la sociedad. La DG, abreviando notablemente los FD en esta última Resolución, contesta que «no hay duda de que la corresponsabilidad de la mujer por las deudas de la sociedad no termina con la disolución de la sociedad, y de que siempre responderá de estas deudas, cuando menos, con los bienes que le hayan sido adjudicados; e incluso si no hubiera formulado debidamente en tiempo oportuno el inventario, responderá, además, con sus propios bienes. «Pero esta realidad sustantiva no puede ser apreciada en este recurso». Ahora sólo se puede enjuiciar la documentación presentada para la calificación, y en ella consta que el embargo fue decretado en actuaciones seguidas contra el marido, cuando por estar ya disuelta la sociedad, no puede ostentar ningún poder unilateral de gestión y defensa de los bienes que anteriormente eran gananciales pero que, a la sazón, pertenecían ya a la mujer. El embargo de bienes que son ya de la mujer sólo es posible en actuaciones en que la mujer sea directamente parte».

A esta Resolución, que parece culminar una trayectoria dentro de las de su especie, hay que señalarle como mérito, su brevedad, el no reiterar demasiados conceptos de las anteriores y la claridad con que invita a no alegar el derecho sustantivo frente a los principios hipotecarios.

Si hemos expuesto con reiteración los intentos de ejecutar sobre bienes que han sido gananciales deudas que, sustantivamente, son a cargo de dichos bienes, pero que se estrellan ante el burladero del Registro de la Propiedad al que se han acogido algunos de tales bienes, adjudicados al cónyuge no deudor, en capitulaciones matrimoniales disolviendo la sociedad conyugal, es para poner de relieve, también con insistencia, la necesidad de que dentro del desenvolvimiento normal del juicio ejecutivo pueda calificarse la deuda que es objeto de ejecución, para evitar que los principios hipotecarios que con celo y competencia aplica la jurisprudencia registral, frustren en definitiva la satisfacción del interés del acreedor (85).

Para completar el conjunto de resoluciones referentes al embargo de gananciales debemos mencionar, finalmente, las de:

18 DE JULIO DE 1991 Y 4 DE OCTUBRE DE 1993

En las dos el embargo es muy posterior a la fecha de las capitulaciones por las que se liquida la sociedad de gananciales, hallándose inscritas las correspondientes adjudicaciones en el Registro de la Propiedad.

Se pretende anotar el embargo sobre el bien inscrito a nombre del cónyuge del deudor, habiendo demandado a éste y notificado a aquél. La anotación se deniega por las razones hasta aquí expuestas.

En la Resolución de 18-7-1991, a mayor abundamiento, la fecha del embargo era «muy posterior a la indicación de las capitulaciones en el RC e inscripción de las mismas en el Registro de la Propiedad».

(85) La Resolución de 25-3-88 había establecido que la fecha de las capitulaciones que modifican el régimen económico del matrimonio no producen efecto respecto de terceros, sino desde su publicación en el RC (art. 77-2.º LRC) o en el de la Propiedad. De las que contemplamos todas están inscritas en el Registro de la Propiedad, dos de ellas (la 1.ª y la de 25-1-1993) figuran además indicadas en el RC. Es de tener en cuenta que el fundamento que consta en las notas denegatorias y el de su confirmación por la DG, se basa en la comparación de la fecha del embargo —que es posterior— con la de la inscripción de la finca adjudicada al cónyuge no deudor en virtud de las capitulaciones, sin referencia a la fecha de la indicación en el RC, a la que la Resolución de 25-3-1988 daba carácter de publicidad general de la modificación del régimen económico. Cabe suponer que el acudir primariamente a la publicidad que proporciona el RP sea debido a que la información que proporciona ésta es más accesible, dada la competencia territorial para la inscripción de inmuebles (cfr. art. 2 del RH), que la que puede ofrecer el RC, cuya organización territorial resulta poco acorde con la eficacia que trató de atribuirle la repetida Resolución de 25-3-1988).

En la de 4-10-1993, la anotación se deniega también por resultar muy tardío el embargo respecto a la disolución de la comunidad ganancial (se invoca sólo el art. 140-1.^a). Sin embargo, se da la circunstancia, que pone de relieve la Resolución, de que «no consta tampoco si de las capitulaciones se hizo indicación en el RC, circunstancia que ninguno ha tenido en cuenta».

Por lo que el CD resuelve al margen de los preceptos relativos a las consecuencias de aquella falta de indicación.

Aún trastocando el orden cronológico de las resoluciones, vamos a referirnos a la de 18-9-1987, porque se halla próxima al punto de inflexión de la jurisprudencia que pasa de desoír las razones de los recurrentes que invocan —sin prueba determinante— el carácter común de la deuda perseguida a investigar y cotejar las fechas de la traba en relación a la de las capitulaciones liquidatorias como criterio para favorecer al acreedor.

Según el relato de HECHOS:

1.º En juicio ejecutivo 710/1983, promovido por la Caja de Ahorros de... ante el JPI... contra don..., casado con doña... y contra otros, sobre la reclamación de la cantidad de... se embargó, para garantizar las responsabilidades aludidas, una finca sita en... inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de los citados cónyuges, habiéndose notificado a la esposa del demandado la existencia del procedimiento y del embargo trabado con fecha 11 de noviembre de 1983.

Con fecha 18 de enero de 1986 se libró el correspondiente mandamiento para anotar el embargo en el Registro de la Propiedad.

Con anterioridad, el día 17 de abril de 1985, los citados cónyuges, ante el Notario don..., otorgaron escritura de modificación del régimen matrimonial de bienes liquidando la sociedad de gananciales y acordando la separación de los bienes, y en la misma se adjudicó a la esposa la vivienda descrita en el mandamiento de embargo. Dicha escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad y causó inscripción el día 7 de junio de 1985.

2.º Presentado el citado mandamiento judicial el día 5 de abril de 1986 en el citado Registro... fue calificado con la siguiente nota: «Denegada la anotación preventiva que se ordena en el precedente mandamiento, por aparecer la finca inscrita a favor de persona distinta del demandado».

Los trámites elevantes del juicio ejecutivo habían ocurrido antes del otorgamiento e inscripción de la escritura de disolución de gananciales; pero con dos particularidades que llevan a la solución contraria a la que se adoptaría seis días después (el 24-9-87. Es evidente la coetaneidad en la elaboración de las dos resoluciones).

Por una parte, el mandamiento de embargo objeto de calificación, en el que no constaba la fecha de la traba, fue expedido después del otorgamiento e inscripción de la escritura capitular. Ello indujo al Registrador a considerar que el embargo, a su vez, era también posterior a la liquidación de la sociedad

ganancial. Pero en el informe del Juez que intervenía en el procedimiento se hace constar que la fecha de la traba, se había producido antes de las capitulaciones y de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Ante tal situación la DG mantiene la nota denegatoria del Registrador. El FDI recuerda, una vez más, que «no consta del mandamiento que la deuda reclamada contra uno de los cónyuges sea, además, deuda de la sociedad de gananciales», que por deudas privativas de un cónyuge sólo es posible el embargo de bienes gananciales concretos, en cuanto comunes de los dos cónyuges, si cuando el embargo fue acordado estaba todavía en vigor la sociedad de gananciales. Apunta ya el nuevo criterio jurisprudencial que se avecina —cotejo de fechas entre la traba y la disolución de la comunidad ganancial— que se aplicará en la inmediata Resolución del día 24 siguiente, como veremos. Pero aquí prevaleció el reparo de que en el momento de extenderse la nota no se había tenido a la vista el documento en el que constaba la fecha de embargo y según el artículo 117 del RH en la resolución no se pueden tener en cuenta documentos no presentados en tiempo y forma «para ser objeto de la calificación que ahora se discute». Por lo que se mantuvo la nota denegatoria.

Examinadas las Resoluciones promovidas por quienes pretendían que las deudas perseguidas eran de carácter ganancial, en busca de la protección que dispensan los artículos 1.317 y 1.401 del Código Civil, vamos a ver ahora otra posible línea de defensa que resulta de la comparación entre las fechas del embargo y la de las capitulaciones que liquidan la sociedad de gananciales (86).

Hay que resaltar que este sistema de defensa no debe su origen a la iniciativa de los acreedores burlados, por unas capitulaciones que sustituyen el régimen de sociedad de gananciales por el de separación de bienes, adjudicando los de más relieve económico al cónyuge no deudor en calidad de privativos, sino que ha sido la DG quien ha sacado a relucir la fecha del embargo —dato extrarregistral— para cotejarla con la de la escritura capitular, con lo que se viene a compensar en alguna medida los perniciosos efectos de la continuada negativa a considerar ganancial la deuda de un cónyuge (en contra de lo que han argüido reiteradamente los recurrentes, posiblemente guiados por un subconsciente deseo de acogerse a los beneficios del derecho material).

El CD ha buscado remedios extramuros del ámbito registral (con descontento de algunos hipotecaristas) para suavizar las consecuencias de su doctrina de que, a efectos del Registro, «no se presume que las deudas de un

(86) Las resoluciones que han mantenido uno u otro criterio se han alternado en el tiempo, sin embargo nos ha parecido conveniente examinarlas en dos grupos separados, aún a costa del orden cronológico.

cónyuge lo sean, además, de la sociedad», que priva al acreedor del eficaz beneficio que establece el artículo 1.401 del Código Civil.

RESOLUCIÓN DE 24-9-1987

En ella aparece la contienda entre fechas de embargo y de capitulaciones modificativas del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de bienes. Es la primera vez que la prioridad del embargo respecto a la fecha de las capitulaciones juega un papel determinante de la decisión que se adopta.

Esta Resolución, en principio, se podría o debería examinar dentro del grupo anterior, porque en el recurso también se sostenía la ganancialidad de la deuda, puesto que cuando se presenta en el Registro el mandamiento para anotar el embargo, por deuda del marido, se halla ya inscrita la finca a nombre de la esposa, con carácter privativo, por adjudicación en la liquidación de la sociedad de gananciales.

El relato de los hechos se puede resumir de la siguiente forma:

- El origen de la obligación que se ejecuta se contrae a una póliza de crédito, suscrita por un extraño y avalada por el marido contra el que se dirigió la demanda ejecutiva.
- El 22-9-83 la esposa del deudor fue notificada de la existencia del procedimiento y de «que había sido embargada una finca urbana, sita en Las Palmas, en la Urbanización B., inscrita a favor de ambos esposos, sin atribución de cuotas y para la sociedad de gananciales» (H. I, 2).
- El 14-3-85 se libró mandamiento para anotar el embargo en el Registro de la Propiedad, haciéndose constar en el mismo lo expresado anteriormente.
- El 16-4-85 los cónyuges otorgaron escritura de modificación del régimen matrimonial de bienes, acordando la separación de los mismos y liquidando la sociedad de gananciales, la cual fue presentada en el Registro de la Propiedad el 17-5-85.
- El 21-8-85 fue presentado el mandamiento en el Registro, siendo denegada su anotación «por aparecer la finca inscrita a nombre de doña P.C.S., persona distinta del demandado».

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador.

El recurrente invoca la irretroactividad de las capitulaciones conforme al artículo 1.317 (87), sin embargo, la DG, al margen de lo alegado por el

(87) El Magistrado interviniente en su informe hace hincapié en que en el momento de producirse la traba de los bienes embargados y de su notificación a la esposa del

acreedor, discurre por otro camino, una posible solución favorable a dicho recurrente. No es que vuelva de su impenitente postura de considerar, «a efectos del Registro», que la deuda de un cónyuge ha de estimarse privativa; pero respecto de éstas resulta clave la aplicación del artículo 1.373 en relación con las fechas del embargo y de las capitulaciones disolutorias de la comunidad ganancial.

Atendida la importancia de esta Resolución, veamos puntualmente sus FD:

1. El Registrador deniega la anotación preventiva ordenada en el mandamiento de embargo porque la finca a que se refiere consta inscrita en favor de una persona distinta del demandado. En el embargo concurren las circunstancias siguientes: 1.º) No consta en el mandamiento que la deuda reclamada contra uno de los cónyuges sea, además, deuda de la sociedad de gananciales. 2.º) La finca a que se refiere el mandamiento de embargo consta inscrita como privativa de la mujer del demandado, por haber sido adquirida en virtud de adjudicación consiguiente a la disolución de la sociedad de gananciales. 3.º) El mandamiento de embargo fue expedido el 14 de marzo de 1985. La escritura de disolución de la sociedad de gananciales, en la que se adjudica la finca a la mujer, es del siguiente 16 de abril, con entrada en el Registro en 17 de mayo. El mandamiento de embargo se presenta en el Registro el 21 de agosto siguiente.

2. No se presume que las deudas de un cónyuge sean, además, deudas de la sociedad de gananciales. Esta conclusión es la más conforme con el principio de que las deudas de una persona no afectan a otra de acuerdo con el principio general de libertad y con las reglas de la responsabilidad (cfr. arts. 1.911 y 1.827 del Código Civil). Es, también, el más conforme con la regla imperante hoy para la sociedad de gananciales, conforme a la cual la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a ambos cónyuges (cfr. art. 1.375 del Código Civil). Y es la conclusión exigida por el criterio legal sobre presunciones: no hay presunción legal si la Ley no la establece (cfr. arts. 1.250 y 1.251 del Código Civil).

Por tanto, 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 por objeto la reclamación de una deuda que es, además, deuda de la sociedad.

3. En el presente supuesto, cuando se decreta judicialmente el embargo de un bien ganancial concreto por deuda del marido, el embargo era posible

demandado, el régimen económico matrimonial era el de gananciales y, como consecuencia de ello, entiende que de tales obligaciones ha de responder al patrimonio de la sociedad conyugal, con independencia de que los bienes sometidos a la garantía estén inscritos a nombre del demandado o de la mujer.

conforme al artículo 1.373 del Código Civil, porque entonces estaba en vigor la sociedad de gananciales. Ciertamente, y según este mismo precepto, el que el embargo persista sobre bienes concretos o pase a recaer sobre la parte que al cónyuge deudor (el marido) corresponde en la sociedad es algo que va a depender de la voluntad del otro cónyuge (en este supuesto, la mujer).

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. Tampoco han 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 (cfr. art. 392.II del Código Civil), el embargo, como, en general, los derechos reales o personales de un tercero sobre las cosas comunes, conservará 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. 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 38.III de la Ley Hipotecaria y 140.1 del Reglamento Hipotecario que impide, en este caso, la anotación del embargo. Como se desprende de la inscripción, la mujer es propietaria del bien en virtud de adjudicación en la partición 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 (88), sino 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.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado en cuanto revoca el defecto invocado por el Registrador (recordémoslo: por estar la «finca inscrita en favor de una persona distinta al demandado»).

(88) Según se relata en el HI, a la esposa del deudor se le notificó «que había sido embargada una finca urbana, sita en Las Palmas en la Urbanización B., inscrita a favor de ambos esposos, sin atribución de cuotas y para la sociedad de gananciales», parece que había determinación o identificación suficiente de la finca embargada.

Subrayemos que todos los trámites relevantes del juicio ejecutivo: el auto despachando la ejecución, el embargo, la notificación a la esposa y la expedición del mandamiento ordenando la anotación, se realizaron antes del otorgamiento e inscripción de las capitulaciones liquidatorias, con la única excepción de la presentación del mandamiento en el Registro, que se verificó más tarde.

De entre tales premisas, la que se consideró clave fue el hecho de que «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, porque entonces estaba en vigor la sociedad de gananciales»; es decir, que la traba había sido anterior a la escritura de capitulaciones, incluso a su inscripción en el Registro, lo que resultaba del mandamiento ordenando la anotación.

Como ya estableció la Resolución de 16-2-1987, se reitera que si no consta en el mandamiento que la deuda reclamada contra uno de los cónyuges sea, además, deuda de la sociedad de gananciales, «ha de estimarse a efectos del Registro», que la deuda en cuya garantía se produce el embargo es privativa del cónyuge demandado.

Pero aquí el CD hace un decisivo esfuerzo argumental para dotar de la mayor consistencia este criterio básico que informa toda la jurisprudencia que estamos analizando, diciendo que considerar la deuda de un cónyuge como privativa es lo más conforme con el principio de que las deudas de una persona no afectan a otra, de acuerdo con el principio general de libertad y con las reglas de la responsabilidad (cfr. arts. 1.911 y 1.827 del Código Civil). Es también el más conforme con el principio de que la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponden conjuntamente a ambos esposos (cfr. el art. 1.375). Y es la conclusión exigida por el criterio legal de las presunciones: no hay presunción legal si la ley no la establece (arts. 1.250 y 1.251 del Código Civil).

Ciertamente la postura de la DG encontraría justificación suficiente, por una parte, en el riguroso respeto a los principios hipotecarios que defienden al titular inscrito (aunque se trate de un titular *sui generis*, como lo es un esposo casado en régimen de sociedad de gananciales, incluso cuando es un titular privativo por adjudicación de un bien ex-ganancial en virtud de la disolución y liquidación de dicha sociedad) y, por otra, en la circunstancia de carecer el Registrador de toda facultad investigadora acerca de la verdadera naturaleza de las deudas contraídas por un cónyuge.

Sin embargo, su incursión en el derecho sustantivo para acopiar razones en favor de su postura, sugiere algún comentario crítico.

En primer lugar, se afirma que «las deudas de una persona no afectan a otra, de acuerdo con el principio general de libertad y con las reglas de responsabilidad».

Vayamos por partes, esta «otra» persona no es un antípoda, ni un extraño, precisamente se hallan ambas entrañadas en una empresa común, creada mediante un convenio o contrato —matrimonial— que, como todos, debe ser respetado (*pacta sunt servanda*). La pareja formada por los cónyuges, en uso de la libertad que se invoca, han podido pactar el régimen económico que les hubiera convenido («sin otras limitaciones que las establecidas en este Código», art. 1.315) y, entre ellos, el de separación de bienes. Al no hacerlo así, su régimen será el de la sociedad de gananciales (art. 1.316). Hay, pues, un convenio, tácito en este caso, con el que los cónyuges asumen el status económico-matrimonial normal en el derecho común.

Si una persona no ha pactado se mueve, en la totalidad de sus actos, en la esfera de lo lícito, pero desde que contrata con otra, su libertad queda constreñida a respetar lo convenido, debiendo comportarse de acuerdo con ello.

Los cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales están sujetos a las reglas de dicho sistema y, entre ellas, a las de los artículos 1.319, 1.365, 1.386 del Código Civil y artículo 6 del Código de Comercio, al que remite el artículo 1.365, estableciendo con claridad que gran número de actos de un cónyuge, dentro de su ocupación habitual o de la economía familiar, afectan u obligan al patrimonio consorcial, que se comparte con el otro. Por tanto, no es cierto, en los términos genéricos que lo afirma la Resolución, que los actos de una persona no afectan a otra.

Continúa diciendo la Resolución, que su punto de vista es el «más conforme con el régimen imperante hoy para la sociedad de gananciales, conforme al cual la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde, conjuntamente, a ambos cónyuges (art. 1.375)».

Hay que recordar aquí lo dicho y reiterado más arriba, que el manejo de los gananciales se verifica con actuaciones conjuntas y disjuntas (*vide* la EM del Proyecto de la Ley de reforma), ambas con repercusión responsable en dichos bienes consorciales.

Comentando la aplicación de la reforma y considerando el conjunto de la misma, se ha dicho que no se puede afirmar que la gestión conjunta sea realmente una imposición legal, sino por el contrario, queda reservada a la voluntad de los cónyuges. «Estos pueden, si quieren, actuar de consumo, pero pueden también actuar con igual eficacia individual o separadamente cada uno de ellos siempre que cuenten con la conformidad al acto por parte del otro, manifestada ésta en cualquier modo o en cualquier tiempo» (M.^a CARMEN FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, *La cogestión de los bienes gananciales*, Madrid, 1997, pág. 186) (89).

(89) Conforme resulta del artículo 1.322, al dejarse en manos del preterido la posibilidad de confirmar o de anular los actos contrarios a lo dispuesto en los artículos 1.375 y siguientes, la efectividad de la cogestión pasa a depender de él de hecho y de Derecho.

Postura análoga encontramos en otros autores (90).

En el aspecto que podríamos considerar procesal, la Resolución afirma que su conclusión es «exigida por el criterio legal sobre presunciones: no hay presunción legal si la ley no la establece» (cfr. arts. 1.250 y 1.251 del Código Civil). Como medio de prueba, la presunción figura en último lugar del artículo 1.215 del Código Civil y la omite la relación de medios de prueba que hace el artículo 1.578 de la LEC.

Como señalan DE LA CÁMARA y CARRASCO PERERA, respecto a la naturaleza de la deuda de un cónyuge, no hay ni tiene porqué existir presunción de ninguna clase, a favor o en contra de la privatividad o ganancialidad. Habrá que estar a las reglas generales de la prueba de las obligaciones (91).

(90) Así, en contemplación de los artículos 1.375 y 1.322, se ha dicho que la posición de ambos cónyuges sobre los bienes comunes, no se asimila a la de quienes concurren a la titularidad de una situación de condominio, puesto que en dicho caso, la enajenación unilateralmente realizada por uno de ellos debería (arts. 397 y 399) ser irrelevante, al menos en una cuota, para la persona del otro. Sin embargo, en la comunidad ganancial, la no concurrencia de ambos cónyuges no se entiende ahora como disposición de un bien, en parte, ajeno, sino como defectuosa formación de la voluntad negocial (recuérdese lo dicho antes acerca del significado y la consecuencia del carácter germánico de la sociedad de gananciales). El acto es válido, *prima facie*, mientras no se impugne, y sanable por el transcurso de plazo.

El autor de tales observaciones señala que el anterior artículo 144-2 del RH contradecía el artículo 1.408, igual que el artículo 144-1 actual contradice los artículos 1.365 y 1.369 del Código Civil, y añade que «si tal como decía LACRUZ antes de la Ley 11/1981, el artículo 1.413 no ha derogado el artículo 1.408, hoy cabe decir, igualmente, que el poder de codisposición del artículo 1.375 del Código Civil no ha derogado las normas que permiten a un cónyuge endeudar individualmente los bienes comunes sin desplazar sobre el otro responsabilidad personal por dicha deuda» (CARRASCO PERERA, *CCJC*, septiembre-diciembre 1986, pág. 4005 y sigs.).

(91) Partiendo de lo que dice el artículo 1.365, en un orden teórico, las presunciones tanto se podrían establecer en favor de la privatividad como de la ganancialidad de la deuda de un cónyuge. Si se tiene en cuenta que son directamente a cargo de la sociedad de gananciales las deudas contraídas por un cónyuge (además de la actuación de la potestad doméstica), «en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio» y que en el concepto de profesión entra como factor esencial la habitualidad, el considerar que toda deuda de un cónyuge es privativa, equivale a entender que cada acto que se contempla en un recurso resulta algo inusual, insólito, fuera de la conducta normal o regular del deudor, lo que no parece ajustado a la realidad). La prueba de los hechos corresponde a quien alegue una pretensión (art. 1.214 del Código Civil), y sólo ante circunstancias muy excepcionales —que la ley se preocupa de señalar— el demandado está obligado a correr con la carga de la contradicción de los hechos alegados y no probados por el actor (art. 41 de la LH). «Si la naturaleza ganancial o privativa de la deuda no ha sido determinada en un momento procesal anterior a aquél en que se ejecuta, no es al acreedor ejecutante, sino al cónyuge que interviene en el proceso por el cauce de los incidentes, a quien corresponde probar la realidad de lo que alega. Como igualmente tendría que probar en una auténtica tercería que los bienes poseídos por su cónyuge no son gananciales, sino privativos de este cónyuge que actúa en calidad de tercero» (CARRASCO PERERA, *CCJC*, septiembre-diciembre 1986, pág. 4005 y sigs.).

Respecto a la presunción se ha dicho que no es fuente de convencimiento, sino cabalmente una exención de prueba. La presunción no es un medio de probar, sino un favor legal que libra de la carga de tener que probar (92).

Por tanto, decir que no hay presunción legal de ganancialidad, equivale simplemente a decir que no hay prueba sobre tal extremo (siendo tan necesaria). Y cuando falta la prueba, el problema deriva hacia otro objeto, cual es el de la carga de la prueba, que es tanto como decir o determinar a quién debe perjudicar el que los hechos no se hayan probado y, según hemos visto, los autores se dividen respecto a quién debe probar, para unos es el acreedor, y para otros, el consorte del deudor. Por tanto, no es concorde la opinión de que el perjudicado por la ausencia de prueba tenga que ser necesariamente el acreedor, que le priva de tener a su disposición el patrimonio ganancial.

Para terminar con el aspecto sustantivo, veamos que en el FD4, a pesar de considerar, por principio, que la deuda es privativa y habida cuenta de que el cónyuge del deudor no ha hecho uso de la facultad que le confiere el artículo 1.373, la Resolución mantiene, no obstante, la eficacia del embargo sobre la finca inscrita a nombre de la mujer a la que se le adjudicó en la liquidación de la sociedad de gananciales.

Según dicho FD, «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 (cfr. el art. 392-2 del Código Civil), el embargo como en general, los derechos reales o personales de un tercero sobre las cosas comunes, conservará su fuerza, no obstante, la división...»

El apriorismo de considerar la deuda como privativa sigue apoyándose en razones discutibles. En primer lugar, la referencia al artículo 405 —que también se cita en los «vistos»— es incorrecta, debía ser al 403 porque la deuda es, por hipótesis, privativa y es en este último artículo donde se regulan los derechos de los acreedores de un comunero, no de los que lo son de la comunidad.

(92) La prueba por su objeto puede ser directa o indirecta; esta última también llamada prueba por indicios. En la primera, el objeto sobre el que recae directamente la actividad probatoria son los mismos hechos que sirven de presupuesto a la norma; en la segunda, se trata de «otros» hechos —que deben probarse por los medios ordinarios—, encadenados de tal manera con aquéllos, que por deducción lógica puede concluirse que dados unos hechos, se han producido también los otros. La deducción la puede hacer el Juez —presunciones no establecidas por la Ley— a las que se refiere el artículo 1.253, o bien, la deducción la hace directamente la ley, probándose el hecho del que haya de deducirse el que haya de ser fijado, en virtud de una disposición expresa del ordenamiento jurídico, se libra al segundo, al relevante, de aquella necesidad (ORBANEJA Y HERCE, Q., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1955, pág. 283).

Se añade, que el artículo 405, «aplicable a todo tipo de comunidades (art. 392.II)...» Pero este invocado párrafo II dice otra cosa, que «a falta de... disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este Título» y es el caso que la comunidad ganancial sí tiene disposiciones especiales, como son las de los artículos 1.317 y el 1.401 que, como tales, son preferentes a las generales. Por ello, dice REY PORTOLÉS, el CD debería haber argumentado con estos últimos artículos y no con el genérico 405.

Por otra parte, observa el mismo autor, la DG elude «hábilmente» la naturaleza jurídica del embargo, que alinea con «los derechos reales o personales» de los terceros (93).

Por otra parte el FD5, relativo al aspecto registral, tiene que matizar la aplicación de algunos principios hipotecarios en favor de la anotabilidad del mandamiento discutido.

Puesto que la conclusión de que sea anotado el embargo, en principio, chocaría:

- Con el principio de tracto sucesivo (arts. 20 y 38.III de la LH y 140.1.^a de su Reglamento) de lo que se hace eco el mencionado fundamento.
- Con el principio de prioridad (art. 17 de la LH), puesto que el cambio de titularidad registral, en virtud de las capitulaciones modificatorias, se presentó en el Registro antes que el mandamiento de embargo.
- Con el principio de inoponibilidad de lo no inscrito (art. 32 de la LH), pues el embargo constituye una carga desde el punto de vista registral, su anotación posterior estaría perjudicando a quien antes había inscrito su dominio libre.

(93) La doctrina que se ha planteado la naturaleza jurídica del embargo sostiene, mayoritariamente, las siguientes conclusiones:

— La traba núcleo básico y fundamental del embargo, afecta o vincula el bien sobre que recae no al crédito que lo determina, sino al proceso en que se acuerda, sin alterar la naturaleza de aquél, que sigue siendo personal.

— El embargo tiene eficacia frente a terceros por exigencia de su propia función, no por el hecho de que conste anotado (a salvo los derechos que resulten protegidos por la LH).

— El embargo confiere al Juez un poder inmediato sobre la cosa, que puede ejercitar dentro del proceso (sin representación del deudor, sino por su propia potestad, cfr. art. 131-17 LH).

Dicho poder coexiste con la facultad de disposición del deudor, aunque ésta quede limitada, pues sólo puede disponer con la carga del embargo.

— El acreedor no adquiere por el embargo ningún derecho real, pues carece de todo poder directo o inmediato sobre la cosa embargada.

— Tampoco adquiere un derecho subjetivo privado de carácter patrimonial en virtud del embargo que pueda ejercitar autónomamente fuera del proceso, en relación a tales bienes.

Por tanto, no resulta muy ortodoxa la asimilación del embargo a los derechos reales o personales, al objeto de utilizar el artículo 405, cuya aplicación tampoco es correcta.

Ante semejantes obstáculos, el CD, en un brillante ejercicio de pragmatismo registral, razona o admite que:

- En sede de tracto, el supuesto contemplado vendría a ser como una modalización del mismo, puesto que al proclamar la inscripción a favor de la esposa que el dominio exclusivo le procede de la liquidación de la sociedad ganancial, la anotación de una traba afectante a esa sociedad y que a ella le constaba, resulta «perfectamente compatible» con aquella titularidad (94).
- El principio de inoponibilidad podría estimarse no vulnerado si a la esposa no se la considera tercero, en tanto que podría estimársela causahabiente del anterior titular —los dos cónyuges con carácter ganancial—, si se estima el carácter meramente especificativo que para muchos tiene la división de la cosa común, entre otros, la Resolución de 25-4-1986, que antes hemos visto.
- El principio de prioridad, caso que hubiera debido operar, también podría considerarse que ha quedado a salvo, con sólo que se opine que el título presentado tardíamente —el mandamiento— ni se opone ni es incompatible (art. 17 LH) con el que se anticipó la escritura de liquidación (*vide* REY PORTOLÉS, *BCRP*, núm. 245, mayo 1988, pág. 962).

Finalmente, para terminar, es cierta la razón de los autores que sostienen que una presunción de ganancialidad de la deuda de un sólo cónyuge carece de base en la ley actual (otra cosa serían los criterios interpretativos de la misma). Yo lo que he intentado es poner de relieve la debilidad de los argumentos de la DG en favor de la privatividad de la deuda de un solo cónyuge, que tiene que defender, *velis nolis*, a efectos del Registro —aparte de las exigencias de los principios hipotecarios, a causa de dos deficiencias fundamentales: una, porque la reforma de 1981 no dejó bastante claro, diría decididamente claro, cuando la deuda de un cónyuge (casado en régimen de sociedad de gananciales) es de carácter privativo o cuando debe gravar directamente el acervo común (habida cuenta de que la DG carece de toda facultad jurisdiccional, lo que le impide investigar y determinar el carácter de la deuda) y otra, la rigidez de la ley procesal y, sobre todo, la inercia y la rutina de quienes intervienen en la aplicación del derecho que siguen admitiendo —todavía en la época en que estamos— que no es posible probar la naturaleza de la deuda de un cónyuge en un juicio ejecutivo (95).

(94) Es decir, que la inscripción a favor de la esposa sería «porosa» o «permeable» a la medida cautelar, idea que invocada por el recurrente, no le valió en la conocida Resolución de 6-11-1981.

(95) Rememoremos aquí el esfuerzo de REY PORTOLÉS, anteriormente reseñado, para posibilitar que en el proceso de ejecución se pueda determinar el carácter de la deuda.

Si nos hemos detenido en el comentario de la Resolución de 24-9-87, lo repetimos, es porque sus argumentos constituyen el apoyo y fundamento básico de lo que se ha convertido en el lugar común de toda la jurisprudencia que estamos analizando: que «ha de estimarse, a efectos del Registro, que la deuda en cuya garantía se produce el embargo es privativa del cónyuge demandado, en tanto no conste que la deuda es, además, deuda de la sociedad de gananciales», lo que se repite, con cierto aire apodíctico, en numerosas Resoluciones posteriores, cuando creemos haber razonado que los mencionados argumentos no son irrefutables.

RESOLUCIÓN DE 25-3-1988

La doctrina sentada por las Resoluciones que acabamos de analizar, inspirada en el fondo en un criterio favorable a los acreedores de un solo cónyuge, casado en régimen de sociedad de gananciales (se busca prolongar el plazo durante el cual conseguir la anotación de embargo ante inesperadas capitulaciones liquidatorias), vino a ser superada y precisada por la reseñada que, avanzando un paso más en la dirección apuntada por las anteriores, hace entrar en acción un nuevo dato, no tenido en cuenta hasta ahora, la inscripción de las capitulaciones modificatorias en el Registro Civil, en atención a lo que establecen los artículos 1.333 del Código Civil, 77-2 de la LRC y 266 del RRC, y entonces la prioridad que se investiga y compara no es la del embargo con la fecha de las capitulaciones que modifican el régimen económico-matrimonial, sino con la fecha de su indicación en el RC.

El Hecho I relata que en juicio ejecutivo, seguido a instancia del Banco Z., contra don Francisco B.P., en reclamación de... pesetas, expresadas en letras de cambio aceptadas por aquél, y habiendo sido notificados la demanda y embargo a la esposa doña María del Carmen R.D. a los únicos efectos del artículo 144 del RH, se trabó embargo de la parcela número... Presentado el correspondiente mandamiento en el Registro de la Propiedad de... El Registrador denegó la anotación preventiva de embargo, ya que los bienes están inscritos a nombre de la esposa del demandado en virtud de escritura de disolución de sociedad de gananciales y adjudicación de los bienes de aquélla, otorgada el 16 de mayo de 1985, ante el Notario... Con fecha 29 de octubre de 1986, se acordó librar nuevo mandamiento judicial con inclusión como hechos ciertos, lo que resultaba de las alegaciones que formula el Banco Z., en escrito presentado al Juzgado en dicha fecha, constando que la deuda que reclama dicha entidad se contrajo y venció con anterioridad a la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por el señor B. y su esposa y que, por tanto los bienes responden de la deuda reclamada por el Banco citado. La anotación se denegó de nuevo por las mismas razones que en la presentación anterior.

Como se ve, el recurrente enfocó su pretensión, una vez más, invocando la ganancialidad de la deuda, por haber vencido antes de la disolución del régimen, creyendo que así lo había asumido el Juez al transcribir en la providencia los fundamentos de derecho del escrito que el Banco Z. había presentado en el Juzgado, por lo que procedía la responsabilidad de los bienes comunes conforme al artículo 1.401 del Código Civil.

Sin embargo, no lo entendió así la DG que le sale al paso en el primer FD, repitiendo, como siempre, que «no consta debidamente de la documentación presentada que la deuda reclamada por el marido sea, además, deuda de la sociedad de gananciales; para ello no bastan las afirmaciones contenidas en el mandamiento de embargo —no hay convicción del Juez respecto a tal extremo— dado que la tramitación previa a este embargo no es procedimiento adecuado al efecto» (96).

Pero quizá para mitigar las desfavorables consecuencias que comporta para el acreedor el que las deudas de un cónyuge en el ámbito registral se estimen como privativas, en un gesto infrecuente, para mejor proveer, solicitó dos informes: al Registrador, certificación de la inscripción de dominio de la finca a nombre de la esposa del deudor, cuya fecha resultó ser de 8 de octubre de 1985; y el JPI, certificación sobre las fechas de la demanda y de la traba del embargo, siendo la primera de 26 de junio de 1985 y la diligencia de embargo de 28 de septiembre de 1985 (97). Con los nuevos datos incorporados se elabora la Resolución con el novedoso argumento, no utilizado hasta entonces, de haber tenido lugar el embargo antes de la constancia de las capitulaciones modificativas del régimen económico-matrimonial en el RC.

El nuevo criterio se razona en los siguientes fundamentos de derecho:

«2.º El principio es que «cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias». Pero el artículo 1.373 establece una excepción a este principio pues, en supuestos determinados, el «acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales que será inmediatamente notificado al otro

(96) En esta afirmación se fijaba REY PORTOLÉS para sostener que el CD no descalificaba en su integridad el juicio ejecutivo como proceso dentro del cual se pudiera determinar la naturaleza de la deuda, sino sólo «la tramitación previa al embargo», que se reduce a un simple requerimiento de pago inatendido.

(97) Resulta curioso, como observa REY PORTOLÉS, que en la Resolución de 18-9-87 no se tomara en consideración que el embargo había sido anterior a la liquidación ganancial, porque el Registrador no tuvo el dato a la vista al tiempo de calificar, aunque la DG sí lo conocía en el momento de resolver el recurso, puesto que constaba en el informe del Juez que entendía de la ejecución. Sin embargo, aquí, a pesar de que el artículo 124 del RH sólo autoriza a unir al expediente informes, para mejor proveer, cuando «su presentación en el Registro no fuera necesaria para la inscripción denegada o suspendida», se solicitaron los certificados que hemos visto, al Registrador y al Juez para acabar enmendando la calificación recurrida. *Ob. cit.*, pág. 971.

cónyuge» (cfr. art. 1.373). Esta regla excepcional forma parte del régimen de la sociedad de gananciales y, por tanto, tiene aplicación en tanto siga vigente este régimen. Y, en cambio, deja de regir desde que los cónyuges quedan sometidos al régimen de separación de bienes, pues entonces los acreedores privativos de uno de los cónyuges tendrán sólo facultades sobre la parte o los bienes que correspondan al cónyuge deudor.

3.º 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, puesto que se trata de una facultad de terceros, habrá de estarse no al momento en que el acuerdo modificativo produce efectos entre los cónyuges (esto es, la fecha de las capitulaciones correspondientes que permanece bajo el secreto del Protocolo Notarial), sino aquél en que dicho acuerdo produce efectos respecto de terceros, pues no debe olvidarse que el artículo 77.2.º de la Ley del Registro Civil, en paralelismo con el 1.219 del Código Civil, impone un requisito de publicidad registral (la indicación correspondiente al margen de la inscripción de matrimonio) para que las modificaciones del régimen económico-matrimonial produzcan efectos en perjuicio de terceros de buena fe. En definitiva, el momento decisivo a tomar en consideración será, pues, la fecha de la citada indicación.

4.º De acuerdo con esta doctrina, el Registrador habrá de dar efectividad frente a cualquiera de los cónyuges, al embargo obtenido por un tercero en ejercicio de una de las facultades que le confiere el régimen de gananciales, en concreto el artículo 1.373 del Código Civil, en tanto no le conste que en el momento de practicarse el embargo y notificarse al cónyuge del deudor se había producido con eficacia contra terceros de buena fe el cambio del régimen de gananciales; y en el supuesto contemplado no se le ha acreditado, ni resulta de su Registro (art. 18 de la LH), que al trabarse el embargo que se pretende anotar y notificarse al cónyuge del deudor se había tomado la antedicha indicación en el Registro Civil de las capitulaciones otorgadas; ni siquiera se había producido, respecto al concreto bien afectado por el cambio de régimen, la publicidad individualizada de dicho cambio en el folio particular abierto a aquel en el Registro de la Propiedad (98).

6.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 que, conforme a los artículos 20 y 38.III de la LH y 140.1.º del RH, impide, en este caso, la anotación del embargo. Como se desprende de la misma inscripción, la mujer es propietaria del bien en virtud de adju-

(98) Esta llamada publicidad individualizada que proporciona la constancia de las adjudicaciones a los cónyuges, en el RP, es el dato al que primariamente atenderá la DG en lo sucesivo, para cerrar el paso a las anotaciones de embargo, cuya traba haya sido posterior a la registración de las repetidas capitulaciones.

dicación en la partición de gananciales a consecuencia de una disolución de la misma que, por falta de 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 por los artículos 1.373 del Código Civil y 144 del RH.

Esta DG ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador».

Este nuevo giro del CD se fundamenta en el conocido principio de que lo no inscrito no perjudica a tercero (cfr. art. 32 de la LH), que para el específico asiento de indicación de las capitulaciones matrimoniales —entre los distintos hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal— establece el artículo 77 de la LRC, el cual, después de señalar en su primer párrafo que la indicación es potestativa, añade en el segundo: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.322 (hoy 1.317) del Código Civil, en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado sino desde la fecha de la indicación». (El hecho jurídico que extingue el derecho del acreedor privativo a embargar bienes gananciales, es la disolución de la sociedad —art. 1.373—, que si se verifica mediante capitulaciones, no perjudicarán a aquél mientras no consten en el RC o en el inmobiliario.)

Para salvar el llamado obstáculo formal (arts. 20 y 38.III de la LH y 140.1.⁴ de su reglamento), considera el supuesto debatido como un caso de tracto modalizado, destacando —FD4 y FD1.2.⁴— el conocimiento que del embargo había tenido antes de la inscripción a su favor la esposa del demandado (cfr. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1954, págs. 821 y 831) (99).

Si la Resolución de 24-9-87 acudió a un dato extrarregistral como es la fecha del embargo, aquí se acude, además a una segunda referencia también ajena al Registro, cual es la fecha de la indicación de las capitulaciones en el RC (*vide* GARCÍA ARANGO, «Nota argumental sobre publicidad registral de las capitulaciones matrimoniales», en *BCRP*, núm. 245, mayo 1988, pág. 981).

Sin duda que con esta nueva exigencia se alarga la posibilidad del embargo, a efectos de su anotación en el Registro de la Propiedad, hasta la fecha de la indicación de las capitulaciones en el RC, lo que en alguna medida beneficia a los acreedores.

(99) No se entiende que la DG se ha vuelto de su sempiterna lectura del artículo 1.317 del Código Civil, al socaire del cual viene repitiendo con machacona insistencia, desde la Resolución de 16-2-1987, que los «acreedores no tienen derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos». No es el efecto de lesión, sino el de inoponibilidad lo que determina la decisión que se adopta (REY PORTOLÉS, *trab. cit.*, pág. 973).

Sin embargo la virtualidad que la Resolución concede a la publicidad del RC, resulta desacorde con la práctica real y cotidiana que no es de acudir a dicho Registro en el momento de crear una deuda, ni tampoco con una organización de dicho Registro que facilite la consulta (100).

Como se ha dicho, para que fuera eficaz la nueva oportunidad que se concede a los acreedores no debería apoyarse en «una conclusión dogmática extraída de la noción teórica de institución registral, sino en una real y practicada consulta del asiento de indicación capitular de los deudores por parte de aquellos acreedores». Pero en tanto no se extienda «la insólita práctica de solicitar de los deudores, cuando contraen la deuda, la referencia registral de sus pretéritos (y futuros) matrimonios, no deja de constituir una verdadera lotería... el que la traba procesal (embargo) tenga o no francas las puertas del Registro, según se practique antes o después de un evento tan ignoto en la práctica real —no teórica— como es la fecha de una indicación en vaya usted a saber qué Registro Civil de nuestro país (o de fuera de él, aunque con duplicado en el Registro Civil Central). Ciertamente, para que fuera real la mejora que el nuevo criterio ofrece al acreedor, sería necesario estructurar un Registro de regímenes matrimoniales unificado para toda España, de consulta fácil y rápida (REY PORTOLÉS, *trab. cit.*, pág. 974).

Las apuntadas dificultades respecto a conocer la existencia de capitulaciones matrimoniales, han disminuido después del Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto, que ha modificado el artículo 266 del RRC, según el cual, «En las inscripciones que en cualquier otro Registro —entre ellos el de la Propiedad— produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico, se expresará el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho. Se acreditarán los datos exigidos por certificación, por el Libro de Familia o por la nota a que se refiere el párrafo anterior (nota al pie del título), y de no acreditarse se suspenderá la inscripción por defecto subsanable.

En las capitulaciones se consignará siempre el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito el matrimonio celebrado».

Como hemos visto, la Resolución se funda en la publicidad del RC, pero alude, además, a la que proporciona el Registro de la Propiedad respecto a la finca concreta, objeto del embargo, por tanto ambas deben ser tenidas en cuenta en el caso que nos ocupa.

(100) Según el artículo 10 de la Ley, el RC está integrado por: los registros municipales, como regla general, y por los consulares y el central. La regla de competencia dispone que los hechos que acceden al Registro se inscribirán en el municipal o consular del lugar en que acaecen (arts. 15 y 16 de la Ley). A diferencia de lo que ocurre en el Registro de la Propiedad en el que, según el artículo 1.2 de la LH las fincas se inscriben en el Registro en cuya circunscripción territorial radiquen, y los inmuebles por su propio concepto siempre están localizados.

Si las capitulaciones liquidatorias no se hacen constar en ninguno de los dos Registros, no serán oponibles y será posible el embargo sobre el bien inmueble que haya pasado a ser privativo de uno de los cónyuges. Pero si dichas capitulaciones constan en alguno o en ambos, la anotación deberá denegarse (101).

CASOS ESPECIALES

Las Resoluciones que acabamos de ver contemplan el embargo de bienes gananciales, vigente la sociedad, disuelta y liquidada o pendiente de liquidación.

No obstante, existen algunos supuestos específicos de embargo de tales bienes, incluso de bienes del matrimonio no comunes, que han dado lugar a particulares pronunciamientos jurisprudenciales, de los que vamos a destacar los siguientes:

EMBARGO DE UN CÓNYUGE DE LOS DERECHOS QUE CORRESPONDEN AL OTRO EN UN INMUEBLE DE CARÁCTER GANANCIAL, LA RESOLUCIÓN DE 8-7-1991

La separación, la nulidad y el divorcio son causas de disolución de la sociedad de gananciales durante la vida de los cónyuges.

El efecto disolutorio lo produce la sentencia firme (art. 95 del Código Civil), pero ya antes de este momento pueden surgir obligaciones económicas de un cónyuge respecto del otro (pensión, contribución a las cargas del matrimonio, alimentos a los hijos).

Firme la sentencia o antes de ella, en caso de incumplimiento de las obligaciones mencionadas, así como las que surjan del convenio regulador, pueden hacerse efectivas por la vía de apremio (art. 90 del Código Civil).

En la doctrina se ha planteado la posibilidad de que antes de practicarse la liquidación de la sociedad de gananciales, a consecuencia de la separación, nulidad o divorcio, un cónyuge pueda solicitar embargo sobre los bienes comunes. (Nota: *vide* FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ, *BCRP*, núm. 222, abril de 1986, págs. 623 y sigs.), problema que se contesta o resuelve afirmativamente.

(101) Después de esta Resolución se publicaron otras, que hemos reseñado, en las que el embargo se trabó cuando las capitulaciones liquidatorias estaban ya indicadas en el RC e inscritas en el Registro de la Propiedad.

En el acuerdo que deniega la anotación del embargo, la DG invoca sólo la previa inscripción de la modificación capitular en el Registro de la Propiedad sin referencia alguna a la indicación en el RC.

También la DGRN admite el embargo que contemplamos en la única, hasta ahora, Resolución de 8-7-1991, en la que practicada anotación de embargo sobre los derechos que al marido corresponden en una finca ganancial, no se pone en tela de juicio la anotación extendida, sino la adjudicación en subasta de tales derechos a la esposa demandante.

Claramente la deuda es particular o privativa del deudor al que se le reclama, por tanto, el artículo 1.373 podría amparar la anotación a que nos referimos.

Pero aquí se abren diversas posibilidades, dependiendo de los términos en que el consorte demandante solicite el embargo. Así cabe solicitarlo sobre un concreto bien común, sobre los derechos que en tal bien correspondan al cónyuge demandado (que es lo que hizo aquí —equivocadamente, a la vista del resultado— el recurrente) o sobre la parte que al deudor corresponde en la sociedad ganancial en liquidación.

En el trabajo citado se exponen las dos modalidades consideradas viables, a las que alude, a veces, el CD: la de embargar un bien concreto y la de referir el embargo a la parte que ostente el deudor en la sociedad de gananciales (sea o no firme la disolución), razonando que ambas modalidades son posibles, no sin tener que sortear ciertos obstáculos o dificultades que el autor señala.

Si lo que se ejecuta es un bien concreto, los bienes serán adjudicados al mejor postor o al acreedor en pago de su crédito. «Con el importe del remate será satisfecho el cónyuge anotante, pasando el remanente, si lo hubiere, a engrosar el activo conyugal», con aplicación del párrafo 2.º del artículo 1.373. (Nota: Si se objeta a esta anotación sobre bienes el hecho de que el anotante ostenta «parte aún no concretada» en los que van a ser objeto de embargo, cabe tener en cuenta, por analogía, la posibilidad que ofrece el artículo 1.087 del Código Civil, a propósito del coheredero acreedor de la herencia) (trabajo cit., pág. 624).

Más dificultades ofrece la ejecución directa de «la parte que ostente el deudor en la sociedad de gananciales», cuya posibilidad razona el autor mencionado, apartándose con ello de la doctrina mayoritaria que se inclina por que la ejecución se aplaze hasta después de terminarse la liquidación, a fin de que el objeto de la enajenación judicial sea el remanente positivo, en su caso, de dicha liquidación.

La Resolución que comentamos contempla un supuesto distinto de estos dos últimos. Se había decretado la separación de los cónyuges y en virtud de sentencia firme, se había señalado una pensión anual a la esposa que al no ser pagada dio lugar al apremio, en virtud del cual lo que se embargó fueron los derechos del marido en una finca «que tenía carácter ganancial del matrimonio» la cual, en virtud de la subasta, por falta de postores, fue adjudicada a la mujer demandante.

El Registrador denegó la anotación, lo que confirmó el CD.

En el FD2 se centra con precisión el objeto que se califica. No se trata, dice, «del embargo y adjudicación de bienes gananciales concretos. Y tampoco —no se prejuzga ahora si esta enajenación judicial es posible— de la parte que al deudor corresponde a la sociedad de gananciales en liquidación. La traba y la subasta tienen por objeto los derechos que a uno de los cónyuges puedan corresponder sobre un concreto bien común».

Se confirma la nota del Registrador contra lo resuelto por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid y contra el informe del Magistrado Juez que intervino en el procedimiento.

Se aplica la doctrina de la Resolución de 2-2-1983. Al ser la comunidad ganancial de tipo germánico, resulta determinada la cuota de los cónyuges sobre la masa ganancial pendiente de liquidación, pero se mantiene indeterminada la que les corresponde en los bienes concretos que la integran. Al carecer los esposos de cuotas indivisas sobre tales bienes, no cabe la enajenación voluntaria ni forzosa de dichas participaciones. Por lo que se impone practicar antes la pertinente liquidación de la masa ganancial «para la determinación de los derechos que sobre cada uno de los bienes singulares corresponderán a cada esposo».

Se añade, además, que los pretendidos derechos sobre un concreto bien de la sociedad ganancial carecen de sustantividad jurídica, no pueden ser configurados como un verdadero objeto de derecho, susceptible de enajenación judicial, la imposibilidad de su adecuada tasación hace inviable su subasta en términos que garanticen equitativamente todos los intereses concurrentes, así los del ejecutado como los del actor y los de los eventuales postores; así lo evidencia el caso debatido, en el que el fracaso lógico de la subasta organizada, privilegia injustificadamente la posición del cónyuge acreedor.

Con esta Resolución nos hemos quedado sin saber qué ocurriría si el objeto de embargo hubiera sido ya un bien concreto ya la mitad del patrimonio ganancial en liquidación, posibilidad esta última que menciona la Resolución sin pronunciarse acerca de su viabilidad. Es de lamentar que no se haya manifestado el criterio del CD en esta materia, si se tiene en cuenta que los embargos de bienes gananciales en conflictos entre cónyuges van siendo relativamente frecuentes (102).

(102) En consideración a la circunstancia de ser la mujer demandante la adjudicataria de la finca en la subasta, en ocasión anterior me pareció sostenible el punto de vista del Magistrado, favorable a la inscripción. Los dos esposos integran la totalidad del derecho sobre la finca subastada. Por analogía con lo que ocurre, por ejemplo, con la renuncia, al desprenderse uno de los cónyuges de su participación ganancial, ésta acrece al otro (Resoluciones de 15-5-1924 y 2-2-1960), la esposa adjudicataria devendría titular única de la finca ejecutada. De alguna manera podría considerarse como una liquidación parcial, que permite el artículo 1.373, con aplicación del segundo párrafo de dicho artículo y sin perjuicio de una posterior liquidación del conjunto de la repetida sociedad (*vide Revista* 4.30, núm. 92, primera quincena de abril de 1992, pág. 27).

EL ARTÍCULO 1.373 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1.373 constituye uno de los preceptos estrella de la reforma de 1981 en sede de responsabilidad de gananciales, por su novedad («el supuesto novedoso y discutible del llamado embargo ganancial *ex art.* 1.373.2, dice la STS de 6-12-1989) y, al mismo tiempo, por el gran número de problemas que plantea, debidos, sobre todo, a su falta de desarrollo procesal, del que se ha quejado unánimemente la doctrina, incluida la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. Resolución de 23-11-83) (103).

El desarrollo doctrinal y la contestación a las cuestiones que plantea el nuevo precepto se ha intentado por los autores, entre los que cabe destacar, en el aspecto procesal —y en el sustantivo— a DE LA CÁMARA («La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», en *ADC*, 1986, pág. 481 y sigs.) y en cuanto al tratamiento registral de las operaciones a que pudiera dar lugar la efectividad del repetido precepto, cabe señalar a RIVAS (*Anotaciones de embargo*, Colegio de Registradores, Madrid, 1992, pág. 151).

No obstante, la alusión directa del artículo 1.373 al embargo de bienes gananciales, la jurisprudencia de la DGRN no ha contemplado hasta la fecha ningún caso de aplicación del mismo, con la posibilidad de ejercitar la opción del no deudor, que, como se sabe, puede pedir que «en la traba de un bien ganancial por deudas privativas se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal».

Si ha invocado reiteradamente el artículo 1.373, como hemos visto, para denegar al actor del juicio ejecutivo la posibilidad de embargar bienes gananciales, una vez disuelta la sociedad, cuando tales bienes aparecen inscritos a nombre del cónyuge del deudor, adjudicados en la liquidación de la sociedad. En tales casos se denegó la anotación del embargo por no dirigirse la demanda contra el cónyuge adjudicatario (art. 144-2 del RH anterior y 140-1.^a del vigente). (En los casos resueltos, en vez de demandar se había notificado al consorte del deudor, la demanda y el embargo.)

La Resolución de 16-2-1987, por primera vez (continuada por la de 29-5-1987 y una larga serie posterior), pone de relieve que, según el artículo en

Sin embargo, si se tiene en cuenta que en el caso de la Resolución el rematante pudo ser ajeno al matrimonio, con lo que las consideraciones expuestas no resultarían pertinentes y que lo establecido en una Resolución debe ser de aplicación general, cualquiera que sea el rematante, es justo reconocer la mayor consistencia de los razonamientos en que funda su criterio el CD.

(103) Se ha dicho que las normas procesales debió dictarlas el propio legislador civil quien al promulgar el artículo 1.373 tenía que complementarlo con las reglas procesales necesarias para ejercitar los derechos que dicho artículo confiere. No cabía dejarlo a una futura reforma de la LEC, de fecha incierta, y porque, habitualmente, regula aspectos de carácter general. Cfr. PRIETO CASTRO, *Anales de la RALJ*, 1986, pág. 149.

cuestión, la posibilidad de embargar bienes gananciales por deudas privativas de un cónyuge sólo es posible vigente la sociedad, pero no después de su disolución, en cuyo caso sólo se puede solicitar el embargo sobre bienes particulares del deudor. En las Resoluciones citadas, ante la invocación de los recurrentes de que «la modificación del régimen económico-matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros» (art. 1.317), se les responde que los acreedores privativos de un cónyuge «no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos». Y en las más recientes resoluciones, más brevemente, se señala que no cabe invocar un artículo, el 1.317, en contra de lo que dispone otro, el 1.373.

El TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el artículo 1.373, con el mecanismo sustitutorio que prevé tal precepto en la interesante sentencia de 29-4-1994, y aunque la aplicación del invocado precepto se queda a medio camino, sin agotar sus posibilidades, ello da la oportunidad al TS para hacer unas cuantas precisiones de las que se consideraba necesitado dicho artículo (104).

Por una obligación privativa incumplida se demanda en juicio ejecutivo al marido deudor, embargando unas fincas pertenecientes a la sociedad de gananciales.

Notificada la esposa del remate y el embargo, compareció dos días después ante el Juzgado, «alegando la opción que autoriza el artículo 1.373 del Código Civil, pidiendo la sustitución de la traba de los bienes comunes, por la parte de los mismos que ostentase el cónyuge, deudor en la sociedad conyugal». El Juzgado «acordó la disolución de la sociedad legal de gananciales, ordenándole a la compareciente que debía proceder a su liquidación, y que en garantía cautelar del crédito del acreedor, se procediese a la anotación del embargo trabado en el Registro de la Propiedad».

No se practica la ordenada liquidación de la sociedad de gananciales. Se abandona la vía procesal del artículo 1.373 y dos años después la esposa presenta demanda de tercería de dominio, que es desestimada por el TS conforme a reiterada jurisprudencia, según la cual un cónyuge no es pleno dueño de un bien ganancial —por el carácter germánico de dicha sociedad— y al mismo tiempo, y por la misma razón, no es ajeno a la deuda que pesa sobre el mismo.

A pesar de no seguirse la vía del artículo 1.373, que el TS considera sustitutoria de la acción de tercería de dominio, y aún con alguna imprecisión, se hacen ciertas consideraciones sobre el nuevo precepto que no carecen de interés:

(104) Las proclamaciones del Alto Tribunal vienen a coincidir muy puntualmente con las soluciones ya adelantadas por la doctrina.

- a) El ejercicio de la opción determina la disolución de la sociedad de gananciales «sin necesidad de petición alguna al Juez que conoce de la ejecución», F3.º (con menos precisión el Juez había «acordado» la disolución de la sociedad ganancial).
El Juez ordena a la compareciente que practique la liquidación de la repetida sociedad.
- b) Dicha liquidación, dice la sentencia, de acuerdo con la opinión de los autores, ha de practicarse en forma convencional. Sólo ante la oposición del deudor o de los acreedores que se crean defraudados, sería necesaria la liquidación judicial. Debiendo señalarse en uno y otro caso un plazo para realizarla. (La doctrina está acorde en la necesidad de conceder un plazo también en un momento anterior. Cuando el Juez notifica el embargo al no deudor, debe concederle uno para que ejecute, si viere convenirle, la opción que le ofrece el artículo 1.373. La Compilación de Navarra concede un plazo de nueve días para optar y quince días la del País Vasco (1-7-1992).
- c) El F4.º se lamenta de que dicho plazo no se hubiera establecido, pero de todas formas la inactividad de la demandante observada durante casi dos años, lo considera equivalente al incumplimiento de plazo. Por lo cual debe continuar la ejecución sobre los bienes gananciales inicialmente embargados, que constituirán objeto de subasta y remate, aplicándose a las relaciones entre los cónyuges el segundo párrafo del artículo 1.373 (es la solución que ya había apuntado DE LA CÁMARA, cit., pág. 485).

LA VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA

Las Resoluciones sobre embargo de vivienda familiar no atañen a bienes gananciales. No obstante, por recaer sobre inmueble que constituye el sustrato material de la convivencia matrimonial, suelen traerse a colación al tratar del embargo de los bienes del matrimonio.

Según el artículo 39.1 de la CE, «Los poderes públicos aseguran la protección económica y jurídica de la familia».

Manifestación concreta de tal principio es el artículo 1.320 del Código Civil, según el cual para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.

Este precepto representa una limitación para el titular de tales derechos, que protege inmediatamente al otro cónyuge de la arbitrariedad o mala fe de su consorte y mediatamente a la familia y al propio consorcio conyugal,

favoreciendo la estabilidad del hogar y del ajuar domésticos (*vide* Mozos, *La reforma del derecho de familia en España, hoy*, Valladolid, 1981, pág. 129).

La protección de la vivienda familiar ha generado ya una rica literatura jurídica y es tema de preocupación doctrinal en los últimos tiempos, contemplándose muy variados aspectos de su problemática. Sin embargo, en cuanto afecta a nuestro propósito —el embargo de bienes gananciales— su interés resulta limitado, porque la normativa especial se refiere al supuesto de que la vivienda familiar pertenezca a uno solo de los esposos y porque, aún en tal caso, la jurisprudencia registral sólo ha matizado temas puntuales dentro de su competencia específica.

Cabe tener en cuenta, además, que si la vivienda familiar se halla inscrita con carácter ganancial, bajo cualquiera de las modalidades que permiten los artículos 93 y 94.1 del RH, se aplican las reglas generales, sin especialidad alguna.

Las normas referentes a la vivienda familiar fueron introducidas en el RH por el Real Decreto de 10 de octubre de 1984, al objeto de hacer operativo en el ámbito registral lo que establece el artículo 1.320 del Código Civil, tanto en el plano de las transmisiones voluntarias como en el de la ejecución judicial, dando nueva redacción a los artículos 91 y 144.5 de dicho reglamento.

Por lo que se refiere a las transmisiones voluntarias, el artículo 91.1 dice: «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 aquel carácter (105).

Por su parte, el artículo 144.5 del RH, redactado en 1984, dice: «Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para el embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que la demanda ha sido notificada al cónyuge del titular».

El carácter de vivienda familiar así como la atribución del uso de la misma a uno de los esposos en relación con el Registro de la Propiedad son aspectos que entrañan una compleja problemática respecto de la cual abundan opiniones discordantes (*vide* RIVAS, *ob. cit.*, pág. 1622 y sigs.).

Cifniéndonos a la jurisprudencia registral sobre la materia (repetimos, ajen a bienes gananciales, al tratarse de privativos de un cónyuge), se ha manifestado en cuatro resoluciones de las que resulta no ser aplicable el

(105) El resto del artículo 91 contempla supuestos de que la vivienda familiar pertenezca, por cuotas, parte privativa, a un cónyuge y parte, a la sociedad ganancial, conforme a lo que prevén los artículos 1.357 y 1.354 del Código Civil.

párrafo 5.º del artículo 144 del RH en los supuestos en que se pretenda anotar un embargo sobre la nuda propiedad o sobre cuotas o participaciones indivisas de una vivienda privativa de un cónyuge.

En la primera de dichas resoluciones, de 26 de octubre de 1987, en la constitución de una hipoteca, la esposa, sin consentimiento de su marido, hipotecaba la nuda propiedad de una vivienda que por presunción *iuris tantum* (cfr. art. 69 del Código Civil) tenía que ser domicilio habitual de la familia.

Ante tal argumento de la calificación, el CD razona «que no es la nuda propiedad, sino la específica relación jurídica entablada con el usufructuario la que habilita para el goce y disfrute de aquél» (piso).

Respecto a vivienda que pertenezca proindiviso a varias personas, el carácter privativo de la cuota de alguna o algunas de ellas, estando su titular casado, en caso de enajenación de las mismas, no es necesario cumplir lo que exige el artículo 91.1 del RH.

La Resolución de 10-11-1987 contempla la venta de una casa por cuartas partes indivisas perteneciente a cuatro hermanos, tres de ellos casados. Se declara no aplicable el artículo 1.320. Entiende la Resolución que en la cosa poseída en común, no cabe imaginar hipotéticos derechos individuales de un comunero sobre el uso o goce de la cosa común, los cuales, naturalmente, no derivarían del título de comunidad, sino de un eventual acuerdo comunitario posterior cuya existencia no consta. Es decir, que una participación indivisa en una vivienda no habilita, por sí sola, para el uso o disfrute de la misma.

La Resolución de 27-6-1994 está referida también a vivienda poseída en comunidad y ante la enajenación de cuotas repite puntualmente los argumentos que acabamos de ver.

Finalmente, a pesar de su escasísimo interés, por referirse a la vivienda habitual, cabe mencionar la Resolución de 26-10-1987, según la cual quien por ley o por representación voluntaria tiene poder para vender una finca, lo tiene también para realizar la manifestación de que la casa no constituye la vivienda habitual del representado.

NOTA FINAL

Hemos recorrido la completa trayectoria jurisprudencial de la DGRN relativa al embargo de bienes gananciales y ex-gananciales, integrada por el conjunto de resoluciones dictadas después de la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, y subsiguientes del Reglamento Hipotecario hasta el tiempo presente.

Los criterios alcanzados por el CD parecen asentados en la práctica de la vida jurídica y asumidos por quienes acuden al Registro de la Propiedad para garantizar con anotación de embargo la traba practicada sobre inmuebles de carácter ganancial.

Esto parece deducirse del hecho de que en el momento de cerrar estas reflexiones (verano de 1998), hace casi un lustro que no se han dictado resoluciones sobre la materia, lo que cabe entender como un signo de la observancia o vigencia de los criterios establecidos en la trayectoria jurisprudencial analizada.

Otra cosa parece ocurrir con las sentencias del TS, entre las que, todavía en tiempos relativamente recientes, siguen apareciendo algunas referentes a supuestos de capitulaciones matrimoniales liquidatorias de la sociedad de gananciales, con la aparente intención, según se desprende de los fallos, de poner a salvo bienes de dicha sociedad de responsabilidades que deben recaer sobre ellos (cfr. sentencias del TS de 17 de julio y de 7 de noviembre de 1997):

RESUMEN

1.^a A pesar del cambio radical en la administración y disposición de los bienes gananciales, antes gestionados con plenos poderes por el marido (art. 1.413 y 1.408.1 anteriores) y a partir de 1981, con administración y disposición conjunta de ambos cónyuges (art. 1.375 actual), para anotar un embargo sobre un bien común por deuda que no sea probadamente ganancial, sigue siendo innecesario dirigir la demanda contra los dos cónyuges, siendo suficiente demandar al cónyuge deudor y notificar dicha demanda, así como el embargo, a su consorte.

La postura se ha justificado por razones prácticas (dificultades en determinados supuestos: apremios fiscales, responsabilidad civil derivada de causa penal) y teóricas: dificultades procesales para demandar a quien no intervino en la creación de la deuda.

También argumenta el CD que quien contrae la deuda lo hace con todas o hasta las últimas consecuencias, en el sentido de que no sólo contrae el débito, sino que compromete, además, la responsabilidad de los bienes comunes para el caso de incumplimiento.

Ciertamente, comprometer individualmente una responsabilidad que afecta «al otro», se compadece mal con el principio de actuación conjunta. Sin embargo, no hay que olvidar el carácter germánico de la sociedad de gananciales, un tipo de comunidad que se basa en la relación personal de sus miembros, como dice GARCÍA GRANERO, a medio camino entre la mera comunidad y la persona moral (106).

(106) Una comunidad «preexistente a la misma relación de comunidad económica a la que genera por su propia virtud y eficacia, de un modo reflejo y secundario» (GARCÍA GRANERO, cit., *RCDI*, abril de 1046, pág. 234). Lo que parece el fundamento de la iniciativa individual que el artículo 1.322 del Código Civil confiere a los partícipes, según el

2.^a A pesar de la regla general de administración conjunta, el artículo 1.365 (cfr., además, los arts. 1.368, 1.386 y 1.366), dentro de ciertas áreas de actividad (ejercicio de la potestad doméstica, ocupación habitual, administración de los bienes propios) legitima a un solo cónyuge para obligar directamente los bienes gananciales.

Pero la relación de actividades que enumera el artículo 1.365 no exime de la necesidad de tener que declarar judicialmente, en todos los casos controvertidos, si las obligaciones contraídas dentro de los mencionados ámbitos son, efectivamente, responsabilidad de los bienes comunes o de los privativos del cónyuge agente. (Nos parece criticable que el legislador no haya establecido con más precisión la distinción entre deudas privativas y gananciales.)

De ello se deduce, como hace la Resolución de 28-3-1983, que las obligaciones de los cónyuges casados en régimen de gananciales pueden ser de tres clases: las contraídas por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro; por uno en el ejercicio de los poderes que la Ley le confiere sobre los bienes comunes; o por un solo cónyuge en su particular interés.

Las primeras y las últimas no plantean problema alguno, por lo que no han sido objeto de pronunciamientos jurisprudenciales. Las del segundo grupo, debido a su indeterminación real o sustantiva, son las que han generado el grueso de la jurisprudencia que analizamos.

3.^a Comoquiera que la declaración judicial necesaria para determinar el carácter de la deuda de un cónyuge, se estima que no es posible obtenerla en el más común de los juicios, el ejecutivo y en los declarativos por regla general —si no absoluta—, no han existido pronunciamientos en tal sentido, el CD se ha visto en la necesidad de tomar partido ante las deudas cuya naturaleza se desconoce por falta de pronunciamiento judicial y lo ha hecho decididamente por el carácter privativo de tales deudas, sin atención a lo que pudiera resultar en el derecho sustantivo. («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». Resolución de 24-9-1987).

4.^a El considerar que toda deuda de un cónyuge, «a efectos del Registro», en principio debe considerarse privativa, excluye al acreedor de los beneficios que dispensan los artículos 1.401 y 1.402 ante imprevistas disolu-

cual los actos de administración o de disposición de uno de ellos sin el consentimiento del otro, valen, mientras no se impugnen por éste o sus herederos y desde que se confirmen o caduque la acción para anularlos; lo que no sería posible en una comunidad romana, de base puramente económica, regida por el principio de unanimidad (cfr. el art. 397 del Código Civil).

ciones de la sociedad de gananciales. («Las posibilidades del acreedor sobre los bienes gananciales... serían mucho mayores si la deuda, cuya efectividad se persigue, fuera de aquéllas de que han de responder los bienes gananciales», como reconoce la Resolución de 29-5-1987).

Sin embargo, desde su inalterada postura, la DG ha discurrido nuevos expedientes o artificios con los que favorecer en alguna medida la situación del acreedor ante sospechosas capitulaciones disolutorias de la sociedad de gananciales, acudiendo a actos que acaecen fuera del Registro de la Propiedad. Lo que ha producido desacuerdo o extrañeza en algunos hipotecaristas (*vide* GARCÍA ARANGO, *ut supra*; también JOSÉ M. GARCÍA, *Acotaciones a la legislación hipotecaria*, Civitas, 1995, pág. 293).

Estos remedios han consistido:

1.º En los casos de cambio del régimen económico de la sociedad de gananciales por el de separación de bienes, ha dado preferencia al embargo que se trabe en fecha anterior a la de la escritura de capitulaciones modificatorias del régimen económico (Resolución de 24-9-1987), manteniéndose la prioridad de la traba aún cuando la anotación del embargo se practicara cuando ya se hallaban inscritas las capitulaciones que disolvían la sociedad conyugal.

2.º Un paso más ha consistido en primar la prioridad temporal del embargo, no en relación a la escritura de capitulaciones disolutorias, sino con la fecha de su indicación en el Registro Civil (Resolución de 25-3-1988).

Ahora bien, como las capitulaciones matrimoniales que afectan a inmuebles son inscribibles en el Registro de la Propiedad (art. 1.333 del Código Civil), su ingreso en la vida tabular produce los efectos propios del sistema registral, sustituyendo con ventaja a la inscripción o indicación en el RC, en el sentido de enervar la posibilidad de que sea trabado un bien ex-ganancial, adjudicado en una disolución de la sociedad, cuando se halla inscrito ya a nombre del adjudicatario.

En los supuestos en que las capitulaciones se han hecho constar en ambos Registros, se observa que el CD se refiere o invoca la eficacia del Registro de la Propiedad para fundamentar los acuerdos que adopta con preferencia a la del Registro Civil —instrumento de publicidad general en la materia— (cfr. Resolución de 3-6-91 y 25-1-93), sin duda por la mayor implicación de aquél en el tráfico de inmuebles y por el arraigo social y mayor facilidad de su consulta.

5.ª De lo expuesto resulta que para hacer efectiva la responsabilidad por deuda de un cónyuge sobre bienes exgananciales, adjudicados a uno de los esposos, anotando el correspondiente embargo, las dos vías posibles consisten en: a) conseguir la traba antes de que las capitulaciones disolutorias de la sociedad de gananciales se hagan oponibles a tercero, mediante indicación en

el Registro Civil o inscripción en el inmobiliario, o *b*) acreditar que la deuda perseguida es de las que responsabilizan directamente los bienes gananciales (art. 1.401 del Código Civil) (107).

6.^a La modificación del Código Civil por la Ley 11/1981 introdujo un giro copernicano en el gobierno de la sociedad de gananciales, antes competencia personal del marido y, ahora, conjunta de ambos esposos.

Sin embargo, no se previeron, para tenerlas en cuenta, todas las implicaciones que el cambio comportaba en las distintas normas civiles.

Un ejemplo (no por su importancia, sino por afectar a la materia que tratamos) es el párrafo 4.º del artículo 144 del RH, modificado en 1982, que para el embargo de bienes gananciales una vez disuelta la sociedad y pendiente de liquidación, establece —con igual criterio que antes— que la demanda debe dirigirse contra todos los implicados, «ambos cónyuges o sus herederos».

Esto era válido antes de la última modificación porque el artículo, como decía en su principio, se refería a «deudas y obligaciones... a cargo de la sociedad de gananciales», pero no lo es ahora que las obligaciones pueden ser comunes o privativas. Y, además, como hemos visto, el CD las considera privativas mientras no se declare judicialmente lo contrario. De forma que en el caso previsto, lo correcto es dirigir la demanda sólo contra el comunero deudor, y por su parte.

RESOLUCIONES COMENTADAS

6-11-1981. Sociedad de gananciales disuelta y liquidada. Debe dirigirse la demanda contra el adjudicatario, no basta notificarle (deudas anteriores a 13-5-1981).

10-11-1981. Reitera la doctrina de la anterior.

19-11-1981. *Idem*.

28-3-1983. Cabe anotar el embargo sobre un bien ganancial, con la simple notificación al cónyuge del demandado, sin que sea necesaria la demanda conjunta.

15-4-1983. Reitera la doctrina de la precedente. Como la deuda era anterior a la reforma del Código Civil de 1981, su doctrina coincide con las de las Resoluciones de 9, 13 y 14 de 1966.

23-11-1983. CONSIDERANDO 4.º. La reforma del Código Civil —1981— comporta dificultades a los acreedores para ejecutar sus créditos y

(107) La no admisión de oportunidad de demostrar la naturaleza de la deuda en el juicio ejecutivo y, ante la frustración del acreedor, remitirle al juicio ordinario, trae vagamente a la memoria el artículo 24 de la CE en cuando se refiere al derecho del ciudadano a un proceso «sin dilaciones indebidas».

determinar los bienes comunes o privativos que, según los casos, pueden quedar afectos a las responsabilidades contraídas por ambos o por uno cualquiera de los esposos, así como la dificultad o incluso imposibilidad de que sea el juicio ejecutivo el procedimiento adecuado para hacerlos efectivos, estimándose necesaria una reforma de las Leyes procesales que resolviese la dificultad apuntada.

25-4-1986. La anotación de embargo sobre un bien ganancial prevalece sobre las capitulaciones matrimoniales que disuelven dicha sociedad que, siendo anteriores, se inscriben después del embargo.

22-5-1986. Disuelta, por fallecimiento de un cónyuge y no liquidada la sociedad de gananciales, no cabe anotar el embargo sobre una mitad indivisa de un bien inscrito como ganancial, a no ser que la demanda se dirija contra el viudo y los herederos del premuerto.

27-5-1986. Reitera la doctrina de la Resolución de 28-3-1983.

3-6-1986. Anotado un embargo «sólo sobre los derechos que le puedan corresponder al demandado en su disuelta sociedad conyugal», no es inscribible la enajenación judicial de la íntegra finca, sin haber dirigido la demanda contra el viudo y los herederos del premuerto.

16-10-1986. Disuelta la sociedad de gananciales por muerte de ambos cónyuges y pendiente de liquidación para practicar una anotación de embargo sobre los bienes que la integran, debe dirigirse la demanda contra todos los herederos.

24-11-1986. Reitera la doctrina de la de 28-3-1983.

28-11-1986. Idem.

16-2-1987. Sociedad de gananciales disuelta y liquidada. Deudas de las que no consta que deban responder los bienes gananciales. No cabe anotar el embargo sobre fincas ya inscritas a favor del cónyuge no demandado.

29-5-1987. Igual doctrina que la anterior.

18-9-1987. Idem.

24-9-1987. **IMPORTANTE.** Por primera vez aparece la fecha del embargo, que al ser anterior a la de las capitulaciones matrimoniales liquidatorias del consorcio ganancial, prevalece sobre ellas, aún cuando se constate en el Registro de la Propiedad después de aquéllas.

28-10-1987. Reitera la doctrina de la de 16-2-1987.

6-11-1987. Idem.

12-11-1987. Idem.

5-1-1988. Idem.

18-3-1988. Idem.

25-3-1988. **IMPORTANTE.** Por primera vez se da prioridad al embargo, porque al practicarse, las capitulaciones matrimoniales disolutorias de la sociedad de gananciales no se habían indicado en el Registro Civil ni, en el caso concreto, tampoco se habían inscrito en el Registro de la Propiedad.

15-7-1988 y 11-5-1989. Inscrita una finca como presuntivamente ganancial, y anotado un embargo sobre la misma (que fue notificado al cónyuge del deudor), es inscribible la escritura de venta otorgada por el Juez en nombre y por rebeldía del cónyuge demandado. No era necesario que actuara también en nombre del cónyuge del deudor —como exigía el Registrador— porque el Juez, en tal supuesto, «no actúa propiamente en representación del deudor o dueño de la finca, sino en ejercicio de la potestad jurisdiccional».

29-5-1989. Reitera la doctrina de la de 16-2-1987.

3-6-1991. Idem.

4-6-1991. Idem.

18-7-1991. Idem.

25-1-1993. Idem.

4-10-1993. Idem.

Casos especiales.

8-7-1991. Embargo por la mujer de los derechos que correspondían al marido en un inmueble que tenía carácter ganancial. Se admite la anotación, pero no la adjudicación a la esposa, en la subasta judicial —por falta de postores— de los derechos embargados. Es necesaria la previa liquidación de la mencionada sociedad.

26-10-1987. Vivienda familiar. La enajenación de la nuda propiedad de una vivienda no requiere el consentimiento del otro cónyuge a que se refieren los artículos 1.320 del Código Civil y 91.1 del RH (FD10).

10-11-1987. Inaplicación del artículo 1.320, en la enajenación de una cuota.

27-6-1994. Reitera la doctrina de la anterior.

ADDENDA

La reforma del artículo 144 del Reglamento Hipotecario.

En prensa este trabajo, se ha publicado el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (*BOE* de 29-9-1998), por el que se modifican determinados artículos del RH y, entre ellos, el artículo 144, referido específicamente al embargo de bienes gananciales.

La modificación alcanza a los apartados 1, 3 y 5, que dicen así:

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 números 1 ó 4 del artículo 93 o en el número 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 aquélla.

5. Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado».

No es el caso ni nuestra intención comentar el precepto reformado. Nos limitaremos a razonar los que parecen ser los motivos y finalidad de dicha reforma, sin extendernos en hipótesis o problemas que pueda plantear o sugerir su aplicación.

Veamos los apartados objeto de reforma.

El 144-1 condensa en un solo párrafo lo que antes se decía en dos. El legislador parece haber caído en la cuenta de la poca utilidad que aportaba el segundo, por lo que ha desaparecido y, realmente, no se le echa en falta (108).

Este apartado contempla obligaciones que pueden ser o no, a cargo de los bienes gananciales, pero sí se refiere, en todo caso, al embargo que recae sobre bienes de tal naturaleza.

Hace desaparecer de la letra del precepto la obligación de dirigir la demanda contra ambos cónyuges, que contemplaba obligaciones gananciales, aún contraídas por un solo cónyuge (cfr. arts. 1.365, 1.368, 1.386). Se acoge de plano la doctrina de la Resolución de 28-3-1983, que interpretando el precepto contra su literalidad, estableció que bastaba dirigir la demanda ejecutiva contra el deudor y notificar el embargo a su consorte. Doctrina acogida, a su vez, íntegramente por el TS (109).

Ya nos manifestamos en su momento, a favor de la conveniencia y posibilidad de admitir en el proceso de ejecución, la intervención del consorte del deudor, limitada a verificar sumaria e incidentalmente, si la deuda que se ejecuta es o no a cargo de los bienes gananciales.

La oportunidad era excelente para incidir en el problema. La E. de M. nos dice que la demanda debe dirigirse «al cónyuge deudor... y notificar al otro

(108) Su alusión a la «falta o insuficiencia» de los bienes privativos inspiró uno de los motivos de denegación de la anotación de embargo en las Resoluciones de 24 y 28 de noviembre de 1986, por no haberse acreditado, previamente al embargo de bienes gananciales, dicha falta o insuficiencia de privativos del deudor. Lo que no fue considerado defecto por la DG, conforme al sentir de la doctrina mayoritaria.

(109) *Vide* las Sentencias de 17 de noviembre de 1987, 28 de abril de 1988 y, con alguna especialidad, que comentamos en su momento, la de 20-3-1989.

para que pueda ejercitar los derechos que le correspondan». El sistema de notificación se justifica, «en la medida que la exigencia de demanda al cónyuge no deudor resulta inviable en la práctica procesal».

A pesar de que una norma reglamentaria no puede modificar otra de rango superior, como sería la LEC, es de lamentar que el legislador reglamentario, en la persecución de sus fines, encuentre obstáculos en otra norma precedente —del siglo pasado, en este caso— cuando es sabido que «las leyes... se derogan por otras posteriores» (art. 2.2 del Código Civil).

En todo caso habría sido de agradecer que la reforma hubiera afrontado la preocupación que a menudo plantea la doctrina: ¿para qué sirve la notificación? (cfr. RIVAS, *ob. cit.*, pág. 137), aportando alguna luz al interrogante (110).

(110) Desde el punto de vista que hemos mantenido, y a partir de la inviabilidad de la demanda al consorte del deudor, parecía buena la oportunidad de potenciar la notificación en el sentido que hemos señalado más arriba, de darle traslado de la demanda, abriendo la posibilidad de ofrle sumariamente en el propio juicio ejecutivo, y no que la notificación siga encaminada solamente a que pueda ejercer, en otros foros, las acciones de que se considerase asistido (cfr. arts. 1.390 y 1.391).

A propósito de estas consideraciones sobre el significado y sobre la forma de la notificación, y como muestra de lo que se puede conseguir en un juicio ejecutivo —por un demandante avisado, todo hay que decirlo— cabe traer a colación la STS de 28 de abril de 1988, de la que vamos a destacar los siguientes hechos:

Se trataba de una ejecución cuyo título eran nueve letras de cambio, el vencimiento de la última de las cuales era el 10 de octubre de 1980.

El 17 de octubre siguiente, los cónyuges afectados otorgaron capitulaciones matrimoniales liquidando la sociedad de gananciales, establecieron el régimen de separación, adjudicando la finca a la esposa.

La deuda era del marido, lo que reconoció específicamente en diligencias preparatorias, por Auto de 31-3-81.

La demanda se dirigió contra el marido, pero solicitando «que se entendiera dirigida contra la mujer, según el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, en redacción de 1959... y en efecto, el requerimiento de pago, embargo y citación de remate se entendieron, según resulta del examen de las actuaciones... contra la mujer».

El 26 de mayo de 1981 se embargó la finca litigiosa, dictándose la sentencia de remate el 12 de junio de 1981 y anotándose el embargo en el Registro de la Propiedad el 16 de junio del mismo año.

La mujer reaccionó contra el embargo, interponiendo tercería de dominio, invocando que en la liquidación, al marido se le adjudicaron «bienes suficientes para hacer frente al pago de la deuda» y que la persecución de éstos era previa a la de los suyos.

El TS desestima dicha demanda en razón a que «no se ha discutido que la sociedad de gananciales disuelta y liquidada respondiese originariamente de la deuda», y que conforme al artículo 1.401, la finca debe responder de la misma (las deudas eran gananciales, anteriores a 1981).

Destaquemos de la sentencia relatada, el hecho de dirigir la demanda contra el marido y solicitando «que se entendiera dirigida contra la mujer, según el artículo 144 del RH» y que se entendieron contra ella «el requerimiento de pago, embargo y citación de remate», verdaderas actuaciones procesales practicadas con quien no era deudor, pero sí responsable. Lo que coincide con razonamientos que hemos mantenido más arriba.

Motivo distinto para embargar bienes gananciales es el que prevé el artículo 1.373. Aquí se trata, por hipótesis, de una deuda de carácter privativo que, al reclamarla el acreedor, el mencionado precepto le faculta para «pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge». Por tanto, la notificación resulta ser un dictado de la norma sustantiva, a los efectos y con las consecuencias que prevé dicho artículo 1.373.

Otro aspecto a considerar en el apartado 1 es la manera de designar los bienes gananciales por referencia a la forma en que aparecen inscritos en el Registro de la Propiedad: «bienes inscritos conforme a lo previsto en los números 1 ó 4 del artículo 93 o en el 4 del artículo 94» (111).

La alusión a las diferentes formas de estar inscritos los bienes, trasunto de su forma de adquirirlos, es debida a que la regla que se establece es dirigir siempre la demanda al cónyuge deudor, «sea o no quien adquirió los bienes», como dice la E. de M.

Con ello se vienen a superar las deudas que había manifestado la doctrina respecto al embargo de bienes que, adquiridos por un cónyuge, se hallaban inscritos a su nombre, pero «con carácter presuntivamente ganancial» o «para la sociedad de gananciales». El problema surgía si el deudor era un cónyuge y el titular registral era el otro.

De admitirse el embargo en tal supuesto, desde el punto de vista formal habría una fractura de los principios hipotecarios de tracto y legitimación (arts. 20 y 38.III de la LH). Sin embargo, comoquiera que a pesar de las reglas formales, en el derecho sustantivo el atributivo material del bien es la sociedad de gananciales, lo que dispone la nueva regla hace prevalecer este último aspecto sobre el estrictamente registral. La postura había sido justificada por la doctrina, con cierta facilidad, en el caso del artículo 93-4 y, respecto al del 94-1, en el sentido de que a pesar de que el bien se halla inscrito con carácter presuntivamente ganancial y no se puede disponer de él sin el consentimiento de su titular (art. 94-3), la presunción de ganancialidad (art. 1.361 del Código Civil) opera en favor y en contra de uno y otro cónyuge y en relación a terceros (acreedores, terceros adquirentes). Por otra parte, la DG al establecer la suficiencia de la notificación al cónyuge no demandado, no ha hecho distinciones respecto a que el bien estuviera o no inscrito con carácter presuntivamente ganancial.

(111) El artículo 93-1 dice: «Se inscribirán a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges para la comunidad o atribuyéndoles de común acuerdo tal condición o adquiriéndoles en forma conjunta y sin atribución de cuotas». El artículo 93-4 dice: «Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales se inscribirán, con esta indicación, a nombre del cónyuge adquirente». Según el artículo 94-1, «los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial».

Y por lo que se refiere a la venta forzosa, tampoco se plantean problemas, puesto que en el proceso de ejecución, el Juez «no actúa propiamente en representación del deudor o dueño de la finca sino en ejercicio de la potestad jurisdiccional», como pusieron de manifiesto las Resoluciones de 15-7-1988 y 11-5-1989 (112).

144-4. Este punto conserva intacto su primer apartado y se le agrega un segundo, que fue suprimido en la reforma inmediata anterior, aunque ahora reaparece con diferente contenido.

Antes de la reforma de 12-11-1982, el segundo párrafo del artículo 144 decía: «Si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiera inscrito la partición de bienes, podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiera dirigido contra los respectivos adjudicatarios...»

La supresión de este apartado hay que atribuirlo a la consideración de que una vez adjudicado e inscrito a favor de un cónyuge un bien procedente de la liquidación de la sociedad de gananciales, el titular lo es con carácter privativo, por lo que su situación registral obliga a que cualquier actuación judicial contra él deba atenerse a las normas generales (arts. 20 y 38.III de la LH y 140-1.^a del RH) (113).

La nueva redacción parece responder a la intención de aplicar en lo posible, dentro de las limitaciones que imponen las reglas hipotecarias, el artículo 1.317 del Código Civil, que la liquidación de la sociedad conyugal no perjudique «los derechos ya adquiridos por terceros», cuando iniciado el proceso de ejecución, aparezcan unas capitulaciones disolutorias.

El nuevo apartado 144-4.II contempla el supuesto de que en el Registro constare la liquidación de la sociedad de gananciales, pero tomando como punto de partida que la misma se hallare vigente al tiempo de iniciarse la ejecución.

En un plano puramente teórico, al presentarse la demanda ejecutiva, la sociedad podría encontrarse: *a)* vigente; *b)* disuelta y pendiente de liquidación, y *c)* liquidada.

De inmediato, hay que eliminar el supuesto *b)* en el presente caso, porque su tratamiento es objeto específico del apartado 144-4.I.

La situación *c)*, igual que ocurrió en la reforma de 1982, hay que entender que tampoco se contempla, pues ya sabemos que en tal caso se aplican las normas de carácter general (art. 140-1.^a del RH).

Como avanzamos antes, entendemos que el apartado *a)* constituye el supuesto que regula la nueva norma, es decir, que cuando se inicia el procedimiento se halla vigente el régimen de sociedad de gananciales.

(112) *Vide* más extensamente, RIVAS, *ob. cit.*, pág. 142.

(113) Resulta curioso que por inercia, observada a menudo en actuaciones judiciales, el apartado suprimido se haya seguido invocando bastantes años después de su desaparición. Véanse, entre otras, las SSTS de 15 de febrero y 13 de junio de 1986.

Veamos la doble alternativa a que se refiere la nueva norma.

1.^a «El embargo será anotable si el bien ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución» (el bien se adjudica con la ejecución en marcha). Hay que entender que un cónyuge está demandado, tanto si lo está él solo, como si la demanda ha sido conjunta contra los dos. Tampoco cabe distinguir en las deudas que se reclaman entre privativas y aquéllas que son de responsabilidad directa de los bienes gananciales.

El mandato del artículo 1.317 es que la liquidación, una vez iniciada la ejecución, no debe perjudicar el derecho del acreedor, que puede perseguir el bien que se ejecuta a pesar del cambio de situación registral, pero que continúa —con otra modalidad— bajo la titularidad del deudor.

Como dice la Resolución de 25-4-1986, la adjudicación «no significa que se haya producido la salida del bien ganancial de la misma masa de responsabilidad en que, por el régimen de la sociedad de gananciales, el bien estaba incluido». En análogo sentido, el TS ha manifestado que aún después de la disolución de la sociedad de gananciales, permanece viva la acción del acreedor contra los bienes que, antes de aquélla, tenían naturaleza ganancial (STS de 20-3-1989).

2.^a Más complicada se presenta la segunda alternativa, que posibilita la anotación, si «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 aquélla».

Aquí se hace uso de la equivalencia, establecida en el párrafo primero, entre demandar los dos cónyuges o dirigir la demanda contra uno y notificar al otro.

Pero no parece haberse reparado en la dificultad, más bien imposibilidad, de constatar en el mandamiento la responsabilidad del bien —ganancial en el momento de la notificación— pues, como hemos reiterado prolijamente, ello no se considera posible en el más común de los juicios, que es el ejecutivo. En lo que coinciden jueces, registradores, doctrina y jurisprudencia (114).

Por si fuera poco, la E. de M. del RD que promulga la modificación del RH, considera «inviabile en la práctica procesal» el dirigir la demanda al cónyuge no deudor, reconocimiento implícito de la imposibilidad de dirimir en el juicio ejecutivo el carácter de la deuda que se ventila, al no poder traerse al mismo al consorte del deudor, cuya presencia resulta indispensable para dilucidar la naturaleza de «la deuda que motiva el embargo». Sin que la demanda pueda considerarse suplida por la notificación, pues ésta lo que hace es advertir simplemente al no deudor de la oportunidad de ejercer las acciones

(114) Hemos señalado que no se ha conseguido, hasta la fecha, ningún pronunciamiento judicial, declarando la ganancialidad de una deuda, no obstante, los reiterados intentos que han pretendido tal finalidad.

que le competan (cfr. art. 1.391), pero no le constituye en genuina parte procesal.

En resumen, que la condición de que «del mandamiento resulte la responsabilidad del bien por la deuda...» resulta una exigencia de imposible cumplimiento.

A modo de excepción a la regla general que acabamos de ver, la posibilidad de hacer constar en el mandamiento que la deuda que se ejecuta es de responsabilidad común, cabe encontrarla en el juicio declarativo, siempre que tal extremo se haya postulado en la demanda y si se logra que así lo manifieste la sentencia, caso de llegar a la ejecución forzosa, podrá hacerse constar en el mandamiento ordenando la anotación de embargo.

El 144-5, referido al embargo de vivienda familiar, ha sido objeto sólo de dos precisiones, pero sin modificación alguna de su sentido.

Se le añaden, puntualmente, en un renglón, una frase y, en otro, una simple palabra. Los añadidos son: que el carácter de vivienda habitual «constare en el Registro» y, el otro, que la notificación del embargo se haga al cónyuge del titular «embargado».

La precisión relativa a la constancia en el Registro del carácter de vivienda familiar era necesaria porque las viviendas no siempre se adquieren constante matrimonio y, por otra parte, no hay consenso en la doctrina acerca de la oportunidad ni sobre el documento y forma de hacer constar registralmente tal carácter, por lo que puede existir discordancia entre Registro y realidad extrarregistral y, como se sabe, el Registrador sólo puede tomar en consideración esta última.

Los problemas en torno a la protección de la vivienda familiar (cfr. arts. 1.320 del Código Civil y 91.1 del RH), están generando frecuentes sentencias del TS, consecuencia, entre otros motivos, de la profusión cada vez mayor, de causas relativas a nulidad, separación y divorcio de los cónyuges (*vide* art. 90 y siguientes del Código Civil).

Sin embargo, desde el punto de vista registral, los extremos que se han discutido se pueden calificar casi de nimios, según vimos en las cuatro Resoluciones que se han referido a tal aspecto. Y no es que no existan carencias y puntos oscuros en la aplicación de este apartado 144-5 del RH (115).

MIGUEL VAQUER SALORT
Registrador de la Propiedad

(115) Una relación de cuestiones en torno al relacionado precepto las expone y razona acertadamente RIVAS (*ob. cit.*, pág. 162).

Notas sobre el derecho de acceso a archivos y registros policiales (*)

SUMARIO: I. REGISTROS Y ARCHIVOS QUE NO CONTENGAN DATOS DE CARACTER PERSONAL.—II. REGISTROS Y ARCHIVOS QUE CONTENGAN INFORMACION SOBRE LA DEFENSA NACIONAL O LA SEGURIDAD DEL ESTADO.—III. INVESTIGACIONES POLICIALES.—IV. FICHEROS Y ARCHIVOS QUE CONTENGAN DATOS DE CARACTER PERSONAL AUTOMATIZADOS O SUSCEPTIBLES DE TAL.

A nuestro juicio, para tratar el asunto que nos ocupa, debe partirse del artículo 105.b) de la Constitución Española, según el cual *«la Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas»*.

Con arreglo a este marco y en cuanto al derecho de acceso a registros y archivos policiales (respecto del cual, dicho sea de paso, no es posible la protección del recurso de amparo), deben distinguirse, para una mayor claridad expositiva y didáctica, los cuatro grandes grupos siguientes, que no tienen tal reconocimiento o traducción en el ámbito del derecho positivo, por lo que para su apreciación será necesario el examen y aplicación conjunta de las normas que regulan esta materia (Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; Ley Orgánica 5/92, de 29 de octubre, Reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, y Ley 9/68, de 5 de abril, de Secretos Oficiales, modificada por la Ley 48/78, de 7 de octubre).

(*) Conferencia pronunciada dentro del Curso de Verano celebrado los días 16 y 17 de julio de 1998, en colaboración con la Universidad Autónoma de Madrid bajo el título *El derecho a la información y sus límites*.

I. REGISTROS Y ARCHIVOS QUE NO CONTENGAN DATOS DE CARÁCTER PERSONAL (1)

Frente a los archivos o registros que reflejan datos de personas físicas, existen archivos o registros policiales (entendiendo tanto los de la Policía como los de la Guardia Civil) que no contienen datos de carácter personal. Estos archivos o registros, los cuales pueden estar automatizados o no, estarán sometidos, en cuanto al derecho de acceso a los mismos, a la legislación común al respecto. Es decir, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 37, apartados 1, 2, 3, 7 y 8 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (2).

En efecto, la Dirección General de la Policía y la Dirección General de la Guardia Civil mantienen documentos en archivos o registros que no contienen datos de carácter personal: tal es el caso de documentos referidos a categorías de contratos, empresas adjudicatarias, patrimonio inmobiliario, vehículos, empresas de seguridad privada, armas, etc... En estos casos, escasos (3) (pues prácticamente todos los expedientes contendrán datos de carácter personal que, de acuerdo con las modernas tecnologías, serán susceptibles de tratamiento informatizado, lo cual implicará la aplicación preferente de la Ley Orgánica 1/92, de 29 de octubre, ya que según su artículo 2.1, la citada Ley será de aplicación «a los datos de carácter personal que figuren en ficheros automatizados de carácter público y privado y a toda modalidad de uso posterior, incluso no automatizado, de datos de carácter personal registrados en soporte físico susceptible de tratamiento

(1) Conviene comenzar por definir lo que se entiende por archivo y registro. Careciendo la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de tal definición, hay que estar a la Ley de Patrimonio Histórico de 25 de junio de 1985, cuyo artículo 59 define los archivos como «conjuntos orgánicos de documentos, o la reunión de varios de ellos, reunidos por las personas jurídicas, públicas o privadas, en el ejercicio de sus actividades, al servicio de su utilización para la investigación, la cultura, la información y la gestión administrativa. Asimismo, se entiende por archivos las instituciones culturales donde se reúnen, conservan o difunden para los fines mencionados anteriormente dichos conjuntos orgánicos». Los registros, no definidos en la Ley, pueden definirse en contraposición a los archivos: si éstos son simples conjuntos orgánicos de documentos, los registros confieren efectos jurídicos a los actos, hechos o datos que a ellos se incorporan.

(2) El citado artículo 37 no va a resultar, en principio, afectado por el Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley 30/92, de 26 de noviembre, que se encuentra pendiente de trámite en el Senado.

(3) ¿Qué interés tiene mantener listado de empresas de seguridad, sin conocer quiénes son sus directivos o consejeros con objeto de apreciar si respetan las incompatibilidades o exigencias de la Ley de Seguridad Privada de 30 de julio de 1992? o ¿qué interés tiene realizar ficheros de vehículos robados sin que aparezcan los datos de los denunciantes o propietarios?

automatizado») (4), el derecho de los ciudadanos de acceso queda regulado en el artículo 37.1 de la Ley 30/92:

«Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen, o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud» (5).

Deben darse ahora unas breves pinceladas sobre tal derecho de acceso: si los documentos contienen datos referentes a la intimidad de las personas (que no será el caso, atendiendo a los expedientes a los que antes nos referíamos y a la fuerza expansiva de la Ley Orgánica 5/92) la legitimación para acceder queda limitada a éstas. En caso contrario, y aunque los documentos tengan carácter nominativo, siempre que no se trate de procedimientos disciplinarios o sancionadores, la legitimación se amplía a terceros que acrediten un interés legítimo y directo (art. 37.2 y 3 de la Ley 30/92). Por ejemplo, el acceso a un expediente sancionador en materia de seguridad privada, seguido contra una empresa del sector, sólo podría reconocerse a esta empresa pero no a otra del mismo sector. Sin embargo, una determinada empresa suministradora tendría perfecto derecho a conocer los contratos (incluso su cuantía y forma de adjudicación) que la Dirección General de la Guardia Civil ha celebrado con sus competidoras, para poder así perfilar mejor sus futuras ofertas o incluso conocer si existió alguna desviación en la adjudicación.

Por lo demás, el derecho de acceso será ejercido de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos, debiéndose formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias (art. 37.7), llevando consigo este derecho el de obtener copias o certificados de los documentos (art. 37.8).

(4) Para algunos autores la relación entre la Ley 30/92, de 26 de noviembre, y la LO 5/92, de 29 de octubre, no es de *lex generalis-lex specialis*, sino que aquélla operaría como una Ley básica determinando los derechos mínimos de los ciudadanos frente a los poderes públicos en relación con la legislación específica que éstos pudieran dictar. No obstante, esto plantea el tema de la relación entre ambas normas, y más concretamente el de su ámbito de aplicación, que excede, con mucho, al objeto de estas notas.

(5) El derecho de los «interesados» en un procedimiento es más intenso, pues éstos, según el artículo 35.a), pueden conocer en cualquier momento el estado de la tramitación de los procedimientos y obtener copias de los documentos que obren en ellos.

Examinado el régimen general del citado derecho, acceso, que como ya decimos entrará en juego cuando no resulte de aplicación preferente la Ley Orgánica 5/92, debemos detenernos ahora en las especialidades del mismo o incluso en su derogación, en los supuestos en los que está en juego la Defensa y Seguridad del Estado, cuestiones que son las que más nos interesan.

II. REGISTROS Y ARCHIVOS QUE CONTENGAN INFORMACION SOBRE LA DEFENSA NACIONAL O LA SEGURIDAD DEL ESTADO

Frente al supuesto del apartado anterior en que no existe tal interés merecedor de protección, aquí están presentes tales conceptos, los cuales se caracterizan por su difícil apreciación.

De acuerdo con el artículo 37.5.b) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, el derecho de acceso al que nos venimos refiriendo *«no podrá ser ejercido respecto a los expedientes que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado»*.

A nivel de principios, cabe señalar que la excepción referida es común en el ámbito del derecho comparado y no plantea problema alguno de engarce constitucional —art. 105.b) de la CE—. Ello es claro, pues difícilmente pueden ampararse y ser plenamente efectivos los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución reconoce si no existe la premisa necesaria para que éstos operen: la seguridad del Estado llamado a defenderlos y a garantizarlos.

El estudio de la excepción exige comenzar deteniéndose en el concepto de Defensa Nacional y Seguridad del Estado, siendo obvio que la Policía y Guardia Civil, por las funciones que legalmente están llamadas a desempeñar (vid. art. 11 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de 13 de marzo de 1986) mantendrán documentos de tal naturaleza respecto de los cuales no cabe, en principio, el derecho de acceso (6).

Como se dice, son conceptos de difícil apreciación que para SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS (7) se refieren, la defensa nacional, a una proyección ex-

(6) Según el artículo 37.6 de la Ley 30/92, se regirá por sus disposiciones específicas *«el acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas»*. Tal normativa es la Ley 9/68, de 5 de abril, de Secretos Oficiales, que restringe el acceso a un grupo determinado de personas. Por tanto, puede ocurrir que tales materias clasificadas afecten a la Defensa y Seguridad del Estado, por lo que el no acceso no es tan radical como pudiera parecer en un primer momento. Desde luego, a quien se niega el acceso en tales casos es a los ciudadanos como tales, pero no a los representantes de los mismos a través de las correspondientes Comisiones del Congreso y Senado.

(7) *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, 1.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.

terior, en el sentido de protección de la soberanía nacional contra las amenazas externas, mientras que la seguridad del Estado tendría un sentido interno de defensa del sistema estatal frente a amenazas subversivas internas. No obstante, este autor considera que tal diferenciación, desde el punto de vista del derecho positivo, no existe.

Respecto de éste, hay que estar a la Ley Orgánica 6/80, de 1 de julio, reformada por Ley Orgánica 1/84, de 5 de enero, de Criterios Básicos de la Defensa Nacional y de la Organización Militar. El artículo 2.º de la citada Ley entiende que:

«la defensa nacional es la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la nación ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin. Tiene por finalidad garantizar, de modo permanente, la unidad, soberanía e independencia de España, integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la patria en el marco de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución».

Se ha entendido que la relación entre la defensa nacional y seguridad del Estado, o seguridad nacional, es una relación de instrumento a fin. Así, el artículo 3 de la citada Ley establece que:

«la defensa nacional será regulada de tal forma que, tanto en su preparación y organización como en su ejecución, constituya un conjunto armónico que proporcione una efectiva seguridad nacional».

Por tanto, y con este autor, puede decirse que la defensa nacional comprende tanto la defensa exterior del Estado —la garantía de la soberanía, independencia e integridad territorial— como la defensa interior del mismo —la garantía del ordenamiento constitucional—. De este modo, la noción de defensa nacional sería lo suficientemente amplia como para comprender también a la seguridad del Estado (8).

(8) La cuestión puede complicarse al poner en relación la regulación de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, en su artículo 37.5.b) con el artículo 21 de la Ley Orgánica 5/92, de 29 de octubre, el cual habla genéricamente de defensa del Estado o seguridad pública. Siguiendo a MANUEL PALLARÉS MORENO (*Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo XV, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1994) la seguridad pública es un concepto amplio que comprendería otros dos más estrictos: el orden público y la seguridad ciudadana. A su vez, el orden público puede identificarse con el orden establecido por el Derecho, incluso con el orden político, y sería el fin de la policía en general: paz, tranquilidad, seguridad, salubridad. En cuanto a la seguridad ciudadana, la cual forma parte de la

De cualquier manera, el problema que se plantea es hasta dónde debe llegar la defensa nacional o la seguridad del Estado para limitar el derecho de acceso a los documentos contenidos en registros y archivos policiales. Se trata de una cuestión compleja que debe estar presidida por el equilibrio de derechos e intereses concurrentes: la aplicación amplia o extensiva de tales conceptos dejaría sin contenido el derecho de información, el derecho a la tutela judicial efectiva, etc. Sin embargo, tampoco se puede desconfiar, sin más, de tales declaraciones, o considerarlas innecesarias, pues se trata de expedientes sin los cuales muy difícilmente puede existir la vida democrática en una sociedad moderna.

Nuestro país no ha sido ajeno a tales conflictos, existiendo tres recientes Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que pivotan sobre la necesidad de realizar un adecuado juicio de ponderación para apreciar la extensión que debe darse al concepto de defensa nacional o seguridad del Estado. Así, el Fundamento Jurídico Undécimo de una de las Sentencias de 4 de abril de 1997, la recaída en el recurso 634/96, establece que:

«En consideración a lo expuesto, estimamos que el acuerdo impugnado al otorgar, en su fundamento primero, preponderancia a la seguridad del Estado, no realizó adecuadamente el juicio de ponderación, pues debió dar prevalencia al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, que también aparece concernido, con mayor razón cuando la causa penal de la que deriva el acuerdo trata de proteger bienes jurídicos tan relevantes en un estado de derecho como el derecho a la vida, la libre actuación de la justicia y la inviolabilidad del domicilio (...).

Debiendo, además, destacarse que en este caso la seguridad estatal es un valor constitucional que también puede verse negativamente afectado por la no aportación a la investigación judicial del

seguridad pública (concepto mucho más reciente), ha sido definida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 325/94, de 12 de diciembre, diciendo que la seguridad pública o seguridad ciudadana equivale a la tranquilidad de la calle, normal funcionamiento de las instituciones y pacífico ejercicio de los derechos individuales, cuya salvaguarda como bien jurídico colectivo y no individual es función del Estado. Por su parte, las Sentencias de 8 de junio de 1992 y 8 de junio de 1989, del Tribunal Constitucional, se refieren a la seguridad ciudadana como la actividad dirigida a la protección de personas y bienes. En definitiva, la seguridad ciudadana pone el acento en la protección de los derechos y libertades fundamentales. En este sentido no es extraño que la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/92, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, comience diciendo que *«la protección de la seguridad ciudadana y el ejercicio de las libertades públicas constituye un binomio inseparable, y ambos conceptos son requisitos básicos de la convivencia en una sociedad democrática»*. Sin embargo, después en su articulado, no se encuentra tal concepto, ni el de seguridad pública, ni el de seguridad ciudadana.

documento en cuestión, dado que cabe sostener que aquélla se perjudicará sino descansa en la confianza de los ciudadanos en que la actuación de las Fuerzas de Seguridad se ajusta, en todo caso, a las exigencias legales, y que la actuación judicial, cuando investiga presuntas ilegalidades policiales, se desarrolla libremente, y visto que la circunstancia de que en la nota interior se cite a quienes ocupan altos cargos en la organización del Estado no puede ser decisiva, pues la seguridad que la Ley de Secretos Oficiales trata de preservar es la del Estado, y no la de sus autoridades o funcionarios, que personalmente puedan resultar relacionados con una causa penal».

Por otro lado, las materias que afectan a la seguridad y defensa del Estado estarán normalmente amparadas por la clasificación otorgada por la Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968, según la redacción dada por la Ley de 7 de octubre de 1978 (9). Se trata de evitar que cuestiones de especial importancia, que pueden comprender actos, documentos, informaciones o datos, lleguen a conocimiento de personas que pueda poner en peligro la seguridad del Estado o los intereses fundamentales de la nación, constituyendo verdaderos «secretos oficiales» protegidos por sanciones penales (tanto en el Código Penal común como en el militar) y por sanciones disciplinarias.

Así pues, queda restringido el conocimiento de ese «material sensible», pudiendo tener acceso exclusivamente al mismo el Congreso de los Diputados y el Senado en la forma en que determinen sus Reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas y las determinadas personas cuyas funciones requieran de tal acceso, que quedan obligadas a guardar secreto.

La competencia para la clasificación se atribuye en la Ley al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor, no pudiendo ser transferida o delegada (10). Igualmente y sin necesidad de declaración expresa tienen carácter de secreto las materias así declaradas por Ley (11).

(9) La Ley de Secretos Oficiales ha sido desarrollada reglamentariamente por el Decreto número 242/69, de 20 de febrero.

(10) Tal como señala FERNÁNDEZ RAMOS, *op. cit.*, la atribución de competencia a la JUJEM ha sido criticada por la doctrina, pues no concuerda con las funciones legales que debe desempeñar: asesoramiento al Presidente del Gobierno y al Ministro de Defensa y coordinación militar de los tres ejércitos (art. 11, LO 6/80, de 1-VII, modificada por LO 1/84, de 5-I).

(11) El artículo 3 de la Ley 11/95, de 11 de mayo, de Fondos Reservados, establece que *«toda información relativa a los créditos destinados a gastos reservados, así como la correspondiente a su utilización efectiva, tendrán la calificación de secreto, de acuerdo con las Leyes vigentes en materia de secretos oficiales»*. Según su artículo 1.º: *«tienen la consideración de fondos reservados los que se consignen como tales en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y que se destinen a sufragar los gastos que se estimen*

Por otro lado, la Ley distingue entre materias secretas y reservadas, en función de que las materias precisen de un más alto grado de protección. Sin embargo, la gradación carece de consecuencias jurídicas.

Se prevé, igualmente, la cancelación de la clasificación por el propio órgano autorizado para llevarla a cabo; sin embargo, se critica que no se establezca un plazo de duración a partir del cual haya de reconsiderarse la clasificación del documento, dando lugar, en caso contrario, a que éste deje de estar clasificado automáticamente.

Cuestión importante es la aportación en un proceso judicial de documentos clasificados y el procedimiento a seguir para ello. El deber de secreto que lleva consigo la clasificación exigirá que ésta sea dejada sin efecto a través del procedimiento establecido en la Ley de Secretos Oficiales. La cuestión ha sido resuelta por la Sentencia de 14 de diciembre de 1995 (Ar. 1064) del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, resolviendo el planteado entre el Ministerio de Defensa y el Juzgado de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, quien reiteradamente había pedido a aquél la entrega de los llamados «documentos del CESID». La Sentencia establece, en su Fundamento Jurídico Quinto, que:

«El Juez de Instrucción que considere necesarios, a los fines de la investigación sumarial, determinados documentos clasificados como materia comprendida en el ámbito de la reserva de secreto oficial, no puede imponer, sin más, al ministro responsable su entrega y aportación. Puede dirigirse a él, por medio de exposición razonada —art. 187 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, al objeto de que la traslade al órgano competente —Consejo de Ministros— y éste pueda valorar dentro de sus funciones directivas del Gobierno, los intereses en juego, principalmente el de la seguridad del Estado, cuya exclusiva interpretación le corresponde en esta materia, y decidir en consecuencia».

Otro problema que se ha planteado consiste en que la Ley de Secretos Oficiales ni su Reglamento concretan las materias que afectan a la seguridad y defensa del Estado, dejando al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor la decisión sobre la cuestión, ejerciendo así una competencia discrecional sobre la materia. De cualquier manera debe de señalarse que

necesarios para la defensa y seguridad del Estado...», sólo pudiendo consignarse fondos de este tipo a favor de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Interior y Defensa. El artículo 7 de la Ley establece el control de estos fondos por parte de una Comisión Parlamentaria del Congreso de los Diputados que será informada semestralmente por los titulares de los Departamentos, antes referidos, de la aplicación y uso de los correspondientes fondos presupuestarios.

el Consejo de Ministros, en su reunión de 28 de noviembre de 1986, ha declarado secreto, en otras cuestiones, «la estructura, organización, medios y procedimientos operativos específicos de los servicios de información, así como sus fuentes y cuantas informaciones o datos puedan revelarlas». Igualmente el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 16 de febrero de 1996, declaró secreto la «estructura, organizaciones, medios y técnicas utilizadas en la lucha antiterrorista por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como sus fuentes y cuantas informaciones o datos pueda revelarles. Tendrán la misma consideración genérica de secreto los ficheros automatizados que en materia antiterrorista establezca la legislación penitenciaria».

Debemos plantearnos en este punto si para que opere la excepción del derecho de acceso a registros y archivos del artículo 37.5.b) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, porque los documentos en ellos contenidos afectan a la seguridad nacional, resulta necesario que tales documentos hayan sido clasificados como secretos o reservados de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales. Ello, en tanto que legalmente son secretos oficiales aquellos cuyo conocimiento pueda dañar o poner en peligro la seguridad y defensa del Estado.

A nuestro juicio, no debe resultar necesario, pues de lo contrario podríamos encontrarnos con documentos que, pese a no haber seguido trámite para su clasificación, sí que pudieran comprometer la defensa nacional de ser divulgados, perdiendo sentido entonces toda la normativa protectora a la que venimos haciendo referencia. Cuestión diferente es que para denegar el derecho de acceso, por entender que queda comprometida la defensa nacional o la seguridad del Estado, deba remitirse tal documento a los órganos competentes (Consejo de Ministros, JUJEM) para que resuelvan en consecuencia, denegando el mismo si así ocurre.

Finalmente, y para terminar con este punto, debe señalarse que con objeto de subsanar las deficiencias que presenta la normativa vigente, existe un Anteproyecto de Ley de Secretos Oficiales aprobado por el Consejo de Ministros el día 23 de agosto de 1996 (12).

(12) Dicho anteproyecto parte de definir como secretos oficiales aquellos asuntos cuya difusión o conocimiento por persona no autorizada puedan ocasionar daños o entrañar riesgos para la soberanía, la independencia, la integridad territorial, el ordenamiento constitucional, el funcionamiento de las instituciones, la defensa nacional y, en general, la protección de los intereses esenciales del Estado. También tendrán la consideración de secretos oficiales aquellas materias clasificadas por Ley o que se configuren como tales en virtud de Tratados o Acuerdos válidamente celebrados por España. Se atribuye la competencia de clasificación, que habrá de ser motivada, al Consejo de Ministros y a los ministros competentes por razón de la materia. Los secretos se clasifican, siguiendo en este punto las pautas más generalizadas por los países de nuestro entorno, en las categorías de «alto secreto», «secreto» y «confidencial», otorgándose a cada uno de ellos diferentes niveles de protección. Se prevé la desclasificación automática por el transcurso de

III. INVESTIGACIONES POLICIALES

Función de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado es, entre otras, el de proceder a «*investigar los delitos para detener y descubrir a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes*» —art. 11.1.g) de la Ley Orgánica 2/86, de 13 de marzo—.

Pues bien, como excepción al derecho de acceso del artículo 37.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, el artículo 37.5.c) del mismo texto legal establece que:

«El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes:

c) Los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros y las necesidades de las investigaciones que se estén realizando».

No presenta ningún tipo de problema desde el punto de vista de su justificación constitucional a tenor de lo previsto en el artículo 105.b) de la Constitución. Sin embargo, resulta necesario para que opere tal excepción que pueda ponerse en peligro los derechos y libertades de terceros —testigos (13), peritos, menores, etc.— o la propia investigación (ya que, de ser publicados determinados datos, podrían alterarse o desaparecer pruebas o fabricarse o prepararse determinadas declaraciones de imputados o testigos u otras pruebas).

En relación con la cuestión que estamos tratando debemos señalar que, una vez producida la equiparación entre las diligencias policiales y sumariales (*vid.* art. 17.3 CE y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), aquéllas están sometidas a las mismas exigencias del secreto que las sumariales.

Respecto de ello hay que tener en cuenta que para las partes personadas en cualquier procedimiento penal rige el principio de publicidad (art. 302 Ley de Enjuiciamiento Criminal), salvo la excepción justificada que constituye la declaración del secreto de sumario (en cuyo caso no podrán intervenir

plazos de cincuenta años para los «altos secretos» y «secreto», y veinticinco años para los «confidenciales». Se regula la desclasificación, a solicitud judicial, correspondiendo tal decisión al órgano competente quién podrá conceder o denegar la solicitud ponderando, de una parte, los intereses generales protegidos por el secreto, y, de otra, el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución.

(13) *Vid.* la LO 19/94, de 23 de diciembre, de Protección a Peritos y Testigos en Causas Criminales.

en las diligencias ni tomar conocimiento de las mismas). Sin embargo, respecto de terceros la regla es que, haya sido expresamente declarado o no el secreto del sumario, las diligencias sumariales y policiales son secretas para los terceros no personados hasta que se abra el juicio oral (arts. 301 y 302 LECrim, interpretado el último *a sensu contrario*).

Por eso, y a efectos prácticos, las distintas Comisarías de Policía y Cuarteles de la Guardia Civil realizan y mantienen los atestados policiales de forma reservada y secreta ya que, en caso contrario, una vez presentados al Juez de Instrucción, la posible declaración del secreto del sumario que pueda dictar, éste carecería de todo sentido y eficacia (14).

Finalmente se ha criticado que el artículo 37.5.c) solamente se refiera a la investigación de delitos, cuando puede ocurrir que la Administración tramite e instruya expedientes sancionadores en los que puede ser adecuado la restricción del derecho de acceso. En este caso, la cobertura debería venir, más que por una interpretación extensiva del artículo 37.5.c) por lo dispuesto, genéricamente por el artículo 37.4, según el cual el derecho puede ser denegado cuando «prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección...»

IV. FICHEROS Y ARCHIVOS QUE CONTENGAN DATOS DE CARACTER PERSONAL AUTOMATIZADOS O SUSCEPTIBLES DE TAL

Nos referimos en este punto al derecho de acceso a archivos y registros policiales sometidos a la Ley Orgánica 5/92, de 29 de octubre (15). Se trata de ficheros automatizados o susceptibles de tal que contienen datos referentes a las personas físicas y que la Guardia Civil o la Policía crearán o emplearán en el ejercicio de las competencias que legalmente les corresponden (16).

(14) En relación con el tema del secreto de los atestados policiales, el Consejo General del Poder Judicial hizo pública una declaración el 12 de mayo de 1981, que señala que: «los atestados policiales por causa de delito están sometidos a secreto, lo mismo que las actuaciones judiciales del sumario. Este secreto que los Jueces cumplen escrupulosamente, con idéntico rigor, debe ser cumplido por los portavoces de las Fuerzas de Seguridad. Este secreto es un límite al derecho a la información que la Constitución reconoce, y así se entiende en todos los Estados de Derecho...»

(15) Según el artículo 2.1 de la citada Ley Orgánica, «la presente Ley será de aplicación a los datos de carácter personal que figuren en ficheros automatizados de los sectores públicos y privados y a toda modalidad de uso posterior, incluso no automatizado de datos de carácter personal registrados en soporte físico susceptible de tratamiento automatizado».

(16) De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional segunda, número 2, de la Ley Orgánica 5/92, mediante Orden de 26 de julio de 1994 (BOE de 27 de

No son objeto de consideración los ficheros a los que se refiere el artículo 2.3.b) de la LO 5/92, para excluirlos de su ámbito de aplicación. Estos ficheros son los relativos a materias clasificadas, los cuales quedan regulados por su normativa específica (Ley de Secretos Oficiales) y no por la Ley Orgánica 5/92.

Pues bien, refiriéndonos a los ficheros policiales, la citada Ley Orgánica 5/92 (17), después de regular con carácter general, el objeto, su ámbito de aplicación, los principios de protección de datos y los derechos de las personas afectadas, dedica su Capítulo IV a las Disposiciones sectoriales, entre las que se encuentra el artículo 20 referente a los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Tal artículo se presenta como una excepción o modulación de las normas referentes al deber de informar en la recogida de los datos y del consentimiento del afectado para el tratamiento.

Dispone el artículo 20 que:

FICHEROS DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD

1. Los ficheros automatizados creados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que contengan datos de carácter personal que, por haberse recogido para fines administrativos, deban ser objeto de registro permanente, estarán sujetos al régimen general de la presente Ley.
2. La recogida y tratamiento automatizado para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad.
3. La recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta.

julio), modificada por otra de 5 de diciembre de 1994 (BOE de 28 de diciembre) y ampliada por Orden de 12 de julio de 1996 (BOE 17 de julio), se relacionan y regulan los ficheros automatizados con datos de carácter personal gestionados por el Ministerio de Justicia e Interior.

(17) La Ley Orgánica 5/92 ha sido desarrollada por el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se prueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos, y por el Real Decreto 1332/94, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/92.

4. Los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento.

A estos efectos se considerará especialmente la edad del afectado y el carácter de los datos almacenados, la necesidad de mantener los datos hasta la conclusión de una investigación o procedimiento concreto, la resolución judicial firme, en especial la absolutoria, el indulto, la rehabilitación y la prescripción de responsabilidad.

La normativa legal se ha visto completada, en el seno de la Dirección General de la Policía, por la Resolución de 30 de junio de 1995 (Orden General núm. 998, de 3 de julio de 1995). No existe una disposición del citado tenor para la Guardia Civil.

Seguindo en este punto a MANUEL HEREDERO HIGUERAS (18), debe señalarse que el artículo 20 define un régimen especial que, en parte, deroga el régimen general de la Ley. No obstante, el régimen especial no está contenido en su totalidad en el artículo 20, sino que se completa con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 22.1.

En resumen, cabe decir que los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pueden estar sometidos a dos regímenes diferentes: 1) el general de la Ley, tratándose de datos de carácter personal recogidos para fines administrativos, y 2) el especial de los artículos 20, 21.1 y 22.1, modificando lo establecido por el régimen general en cuanto a consentimiento del afectado, el ejercicio del derecho de acceso y el deber de informar al afectado en el momento de la recogida de los datos. Tal régimen especial se justifica porque los datos resultan necesarios para *«la prevención de un peligro real para la seguridad pública»* (art. 20.3), o porque son *«absolutamente necesarios para los fines de una investigación concreta»* (art. 20.4). La absoluta necesidad para los fines de una investigación concreta ampara la recogida de los datos más sensibles, que son los que se refieren a la ideología, religión, creencias, origen racial, salud y vida sexual, mientras que la otra causa justificativa ampara la recogida de los demás datos personales.

Los datos, como decimos, pueden recogerse sin consentimiento de las personas afectadas (art. 20.2), dejándose sin efecto en este punto lo señalado por el artículo 6 de la Ley. Ahora bien, como reiteradamente se viene diciendo, es necesario que la recogida venga impuesta por la *«necesidad de prevención de un peligro real para la seguridad pública»*, o para la *«represión de infracciones penales»* o para los *«fines de una investigación concreta»*.

(18) Ley Orgánica 5/92, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los datos de carácter personal. Comentario y textos, Tecnos, Madrid, 1996.

Se hace necesario, igualmente, que los datos sean *«almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías»*. A ello responde el apartado segundo de la Resolución de 30 de junio de 1995, de la Dirección General de la Policía, al establecer que los ficheros específicos se clasifican en de «alta fiabilidad», de «relativa fiabilidad» y de «baja fiabilidad», clasificación que será verificada por el propio Centro Directivo, una vez analizado el contenido de los ficheros existentes. La justificación de tal clasificación, tal como señala HEREDERO, hay que buscarla en la «necesidad de facilitar la investigación, separando juicios de hecho y juicios de valor, de modo que los datos sobre hechos, completos y fiables, no se confundan con meras opiniones, suposiciones o apreciaciones objetivas».

En cuanto a la cancelación de los datos registrados, amén de lo dispuesto en el artículo 20.4 de la Ley, la Resolución de 30 de junio de 1995, de la Dirección General de la Policía, distingue tres grandes categorías de actuaciones de investigación:

a) *«Las dirigidas a prevenir o, en su caso, reprimir amenazas graves e inminentes para la defensa del Estado, orden y seguridad pública, tales como el terrorismo, tráfico de drogas o estupefacientes, blanqueo de dinero, siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados, o cualquier otro delito cometido por bandas o grupos organizados»*. En este caso no se establece plazo de cancelación, debiendo estarse al artículo 20.4 de la Ley.

b) *«Las dirigidas a prevenir otros peligros reales para la seguridad pública, distintos de los anteriores»*. Estos se cancelarán en el plazo de cinco años desde el momento en que dejen de incorporarse a la investigación nuevos datos personales.

c) *«Las dirigidas a reprimir otras infracciones penales que requieran la utilización de datos personales, sean o no especialmente protegidos»*. Se cancelarán en el plazo de cinco años, si resultara sentencia condenatoria, contado desde que se cumplió la condena o se otorgó el indulto. Sin embargo, se cancelarán automáticamente cuando recayere sentencia absolutoria o auto firme de sobreseimiento libre o provisional, desde el momento mismo de estas resoluciones.

Hay que tratar ahora el tema de las excepciones a los derechos de acceso, rectificación y cancelación. Según el artículo 21.1 de la Ley Orgánica 5/92:

«Los responsables de los ficheros que contengan los datos a que se refieren los apartados 2, 3 y 4 del artículo anterior podrán denegar el acceso, la rectificación o la cancelación en función de los

peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que estén realizando».

Debe traerse aquí a colación cuanto se dijo en páginas anteriores referente a la interpretación que deba darse a los conceptos de defensa del Estado o seguridad pública. En cualquier caso, se ha de poner de manifiesto que las expresiones utilizadas por las normas legales no son del todo coincidentes: el artículo 21.1 de la Ley Orgánica 5/92 habla genéricamente de «defensa del Estado o la seguridad pública», mientras que el artículo 37.5.b) de la Ley 30/92, se refiere a la defensa nacional o seguridad del Estado (sobre estos conceptos, *vid.* la nota a pie de página núm. 8). Tal falta de identidad entre las expresiones utilizadas puede dar lugar a soluciones contradictorias cuando se solicite el derecho de acceso, dependiendo del régimen jurídico que se aplique. Así, a nuestro juicio, la seguridad pública no coincide totalmente con la seguridad del Estado, de manera que para denegar el acceso no sería necesario proceder a la clasificación como materia reservada (si ésta afectase a la seguridad del Estado), tal y como se decía al final del apartado II de las presentes notas.

Por lo demás, al interesado a quien se le denieguen tales derechos de acceso, rectificación y cancelación, tiene la facultad, conforme al artículo 20.3, de ponerlo en conocimiento del director de la Agencia de Protección de Datos, quien deberá asegurarse de la procedencia o improcedencia de la denegación. El problema, no consta que se haya producido en la práctica, puede plantearse en este punto porque la Administración considere improcedente tal acceso, mientras que la Agencia lo entienda procedente. A nuestro juicio, la Agencia debería limitarse a examinar si el acuerdo está motivado y si las razones que motiva la negativa se refieren a esta seguridad pública, pero sin entrar a valorar si ésta queda o no comprometida, cuestión que no le corresponde legalmente. En cualquier caso, de persistir la Administración y la Agencia en sus respectivas posiciones, podría augurarse la instrucción de un procedimiento disciplinario y los correspondientes recursos contra el mismo.

Por otro lado, el artículo 22.1 de la Ley Orgánica 5/92, excepciona en estos casos en que pueda estar afectada la defensa nacional o la seguridad pública de la obligación de informar al interesado, en el momento de la recogida de datos, de tal recogida, de la existencia del fichero, etc. Así se establece que:

«Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 5 no será aplicable a la recogida de datos cuando la información al afectado impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas o cuando

afecte a la Defensa Nacional, a la Seguridad pública o a la persecución de infracciones penales o administrativas» (19).

Finalmente, decir que en materia de transmisión internacional de datos, cuestión de especial trascendencia para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no es necesaria la autorización del director de la Agencia de Protección de Datos cuando se hace por conducto de Interpol o en virtud de otros convenios (por ejemplo, Schengen) en los que España sea parte, según lo dispuesto en el artículo 4.1.a) del Real Decreto 1332/94, de 20 de junio, que desarrolla lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley.

No puede finalizarse estas notas sin poner de manifiesto que existe un anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 5/92, de 29 de octubre, realizado en el ámbito del Ministerio de Justicia y que se justifica en la necesidad de transponer a nuestro derecho positivo la Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, la cual estaba en trámite de discusión y elaboración en el momento de promulgarse la Ley. Habrá que esperar a que exista una mayor concreción del texto, al menos formulado como Proyecto de Ley, para valorar su contenido y la transposición de la Directiva.

Madrid, julio de 1998.

FERNANDO MANZANEDO GONZÁLEZ
Abogado del Estado-Jefe.
Ministerio del Interior

(19) La problemática del artículo 22 reside en las palabras «*funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas*», lo cual dio lugar a los recursos de inconstitucionalidad 219/93 y 236/93.

Consideración introductoria sobre el derecho de acceso a registros y archivos administrativos (*)

SUMARIO: I. LA SIGNIFICACION Y TRASCENDENCIA DEL DERECHO.—II. EL DERECHO DE ACCESO Y SUS VINCULACIONES CON OTROS BIENES Y DERECHOS CONSTITUCIONALES.—III. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COMUNITARIO.—IV. EL DERECHO DE ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS ADMINISTRATIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL.

I. LA SIGNIFICACION Y TRASCENDENCIA DEL DERECHO

1. El artículo 105.b) de la Constitución establece que la Ley regulará «el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas».

Esta regla constitucional constituye la expresión del principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas, que sirve, en definitiva, para completar la garantía jurisdiccional del control pleno de la actuación administrativa, fomentando la significación del principio participativo, consustancial con el principio democrático. La consideración del carácter prescricional de las Administraciones Públicas, y su dependencia última respecto de los ciudadanos, a quienes debe servir en el Estado Social de Derecho, subrayan el vigor constitucional de aquél principio.

Su justificación en nuestro orden constitucional deriva como consecuencia necesaria del principio de control pleno de la actuación administrativa. Es ilustrativo, a estos efectos, recordar que el Tribunal Constitucional lo ha reconocido así, aunque en relación con la actividad de las Asambleas Legisla-

(*) Conferencia pronunciada dentro del Curso de Verano celebrado los días 16 y 17 de julio de 1998, en colaboración con la Universidad Autónoma de Madrid bajo el título *El derecho a la información y sus límites*.

tivas, si bien sus razonamientos son aplicables al ámbito de la Administración. En la Sentencia 136/89, de 19 de julio, declaró que «la publicidad de la actividad parlamentaria, que es una exigencia del carácter representativo de las Asambleas en un Estado democrático mediante la cual se hace posible el control político de los elegidos por los electores, ofrece dos vertientes: uno, la publicidad de las sesiones; otra, la publicación de las deliberaciones y de los acuerdos adoptados». Desde la perspectiva de la posición que, en nuestro ordenamiento constitucional, ocupa la Administración Pública (tal vez con más claridad en el ámbito local, en el que coincide el ejercicio de responsabilidades estrictamente administrativas con el ejercicio de funciones de representación), es posible obtener, sin dificultad, la misma conclusión.

En un sentido similar se ha pronunciado, por otra parte, el Consejo de Europa, en la Recomendación 854, de 1.979, relativa al acceso del público a los documentos gubernamentales y a la libertad de información. En ella la Asamblea Parlamentaria del Consejo juzgó deseable, a salvo de algunas «excepciones inevitables», que «el público tenga acceso a los documentos gubernamentales», en atención, entre otros extremos, a que «los contribuyentes, es decir, el público en general, son los que abastecen las arcas del Estado y que, por tanto, deberían tener la posibilidad de saber si los fondos públicos están bien o mal utilizados por los servicios y organismos gubernamentales». En atención a las razones que emplea, recomendó al Comité de Ministros «invitar a los Estados miembros que aún no lo hayan hecho a introducir un sistema de libertad de información, es decir, de acceso a los documentos gubernamentales», cifrando este derecho en favor de todas las personas.

2. Es claro que se produce una acusada tensión entre las exigencias del principio de transparencia y la acusada tendencia a la opacidad. F. SAINZ MORENO ha puesto de manifiesto, en un magnífico análisis, las dificultades existentes para encontrar un correcto equilibrio, sobre la base de sostener que «el secreto administrativo, o lo que es igual, el secreto del poder, es incompatible con la libertad y hace imposible una real participación ciudadana en los asuntos públicos (arts. 9.2 y 23.1 CE)». Precisamente, según indica, porque «de un lado, la Administración debe ser transparente y facilitar la información que se le pide (arts. 105.b, 109 y 23 CE), pero, de otro, la Administración está obligada a mantener el secreto de ciertas materias e, incluso, necesita de un cierto secreto para poder actuar eficazmente. Ello significa, para sus autoridades y funcionarios, un doble deber: el deber de informar y el deber de callar» (1).

Desde esta perspectiva, el derecho de acceso —como expresión del más amplio principio de transparencia— se alinea en la tradición de control de las

(1) F. SAINZ MORENO, «Secreto e información en el Derecho Público», en S. MARTÍN-RETOILLLO (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. (Civitas, Madrid 1991, vol. III, p. 2864).

Administraciones Públicas, para quienes —obvio es decirlo— resulta, históricamente, más cómodo actuar sin sujeción a control alguno (la evolución del contencioso administrativo lo explica bien) y hacerlo resguardadas bajo el manto del secreto (2).

II. EL DERECHO DE ACCESO Y SUS VINCULACIONES CON OTROS BIENES Y DERECHOS CONSTITUCIONALES

Aunque, como se viene indicando, el derecho de acceso, reconocido constitucionalmente, goza de virtualidad propia, como instrumento para el control de las Administraciones Públicas, proyecta sus efectos sobre otros derechos que gozan también de protección constitucional. Entre otros, con los siguientes.

(2) E. GÓMEZ-REINO, «El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales» (*REDA*, n.º 8, enero-marzo 1976, pp. 18 y ss.), ha señalado que «el secreto es una de las constantes que caracterizan, a través del tiempo, la acción administrativa. Esta regla de oro del Antiguo Régimen, sin duda por estar en la línea de los intereses más primarios de los administradores, han resistido, incluso, a los principios del nuevo orden revolucionario, y es todavía hoy visible en los textos positivos que regulan el modo de actuar de los entes públicos, a pesar de que, evidentemente, estos *arcana regni* son incompatibles con los principios y necesidades de la llamada democracia directa» (p. 120). Atendiendo a la habilitación contenida en la Ley de Secretos Oficiales, ha explicado cómo en España se declararon materias clasificadas asuntos como la Conferencia Constitucional de Guinea, los debates sobre el Proyecto de Ley Sindical, los documentos preparatorios de una sesión plenaria del Consejo Nacional del Movimiento, la documentación de la Comisión Especial de las Cortes en el asunto Matesa o las informaciones sobre algunas materias universitarias, entre otras. Más recientemente, da cuenta de fenómenos semejantes en la experiencia norteamericana el Informe de la Comisión Moynihan, designada por el Congreso, sobre protección y reducción de secretos del Gobierno, de 1997. En él se apuesta decididamente por una reducción del número de documentos clasificados (más de tres millones y medio en 1.995), que en muchos casos no responden a necesidades reales, sino que se emplea esta técnica como instrumento para encubrir errores o particulares posiciones de responsables públicos. La observación no es, tampoco en el ámbito norteamericano, nueva; M. REVENGA («El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional americano», Barcelona, 1995) ha recordado, en este sentido, las palabras de R. Nixon al presentar una nueva orden del Ejecutivo sobre clasificación de documentos, en marzo de 1972 (resultado de los trabajos de la Comisión creada el 15 de enero de 1971, y presidida por Rehnquist): «los controles previstos sobre quienes tienen autoridad para clasificar se han revelado ineficaces, y la clasificación se ha utilizado con frecuencia para esconder errores burocráticos o poner a funcionarios y administradores a resguardo de situaciones comprometidas» (p. 86). En el mismo sentido cita el voto particular del Juez Douglas en la Sentencia EPA v. Mink, de 22 de enero de 1973: «como ha quedado demostrado —escribe DOUGLAS— en acontecimientos como los Pentagon Papers, las masacres de My Lai, el incidente del Golfo de Tonkín y la invasión de la Bahía Cochinos, el Gobierno suprime habitualmente las noticias que le perjudican y realza las que le favorecen. En este proceso de filtración, el sello clasificatorio es la herramienta más práctica, y ha sido utilizada para ocultar información que, en el 99 y medio por ciento de los casos, no representaba un genuino peligro para la seguridad nacional» (p. 159).

1. El artículo 23.1 de la Constitución reconoce el derecho fundamental a «participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal». Como ha dicho el Tribunal Constitucional (Sentencia 51/84, de 25 de abril), «se trata del derecho fundamental en que encarna el derecho de participación política en el sistema democrático de un Estado social y democrático de Derecho, que consagra el artículo 1.º, forma de ejercitar la soberanía, que el mismo precepto consagra que reside en el pueblo español».

Por ello, el derecho fundamental que nos ocupa ampara también todos los presupuestos materiales o fácticos precisos para preparar el ejercicio estricto de la función representativa, y en particular el conocimiento preciso y completo de cuantos antecedentes sean necesarios para que el representante pueda formar debidamente su opinión, respecto a los asuntos públicos en que participe.

Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en una ya reiterada y unívoca doctrina jurisprudencial, que arranca de la Sentencia de 15 de septiembre de 1987, en relación con la participación en los asuntos públicos municipales. Siguiendo las declaraciones de esta Sentencia, la de 8 de noviembre de 1988 señaló que *«esta participación efectiva en la actuación pública se manifiesta en una amplia gama de asuntos concretos entre los que cabe destacar el derecho a la fiscalización de las actuaciones municipales y al control, análisis, estudio e información de los antecedentes necesarios, obrantes en los servicios municipales, tanto para esa labor de control como para documentarse con vistas a decisiones a adoptar en el futuro»*.

Por ello, negar el «acceso a esa información incide directamente en la privación de su derecho y deber del ejercicio del control y fiscalización de los órganos de gobierno municipales y quebranta el artículo 23.1 CE, ya que *esa falta de información les priva de la participación en los asuntos públicos municipales y de poder actuar en la funciones de control de la actuación municipal, inherentes a su cargo, que les impone un deber: conocimiento de datos que ha de ser previo a la propuesta, discusión y decisión en la reunión del pleno de la Corporación»* (Sentencia TS de 7 de diciembre de 1988).

Esta doctrina jurisprudencial se ha mantenido de forma unívoca con el paso del tiempo, sorprendiendo la ingente cantidad de resoluciones que el Tribunal Supremo ha producido con motivo de este inequívoco asunto, que da muestra de la reticencia de un buen número de Administraciones de impedir el ejercicio por parte de los Concejales de su derecho a la información. Por no aludir más que a algunas resoluciones recientes, bastará con citar la Sentencia de 4 de abril de 1997 (RA 2907), que declara que «este derecho se integra en el derecho fundamental de participar en los asuntos públicos y de acceder a las funciones públicas, ya que, cuando a un cargo representativo se le niega ese derecho de información, se le impide el legítimo desempeño de

su función que, de acuerdo con la Ley, forma parte de los derechos fundamentales tutelados por el artículo 23 de la Constitución», sin que sirva para impedir su efectividad la circunstancia de haber sido tratados los asuntos en cuestión previamente: «el hecho de que los temas correspondientes hubieran sido tratados en las Comisiones Informativas competentes no dispensa al Alcalde de facilitar la consulta específica de los expedientes, que los Concejales estimaban necesario para el desempeño de sus funciones con un conocimiento más completo de los documentos en cuestión». En la Sentencia de 10 de marzo de 1.997 (RA 3095) se reitera la misma interpretación, en un asunto consistente en la solicitud, por algunos Concejales, de acceder a los expedientes de las licencias urbanísticas solicitadas, y concedidas o denegadas, en los últimos tres años; el Tribunal Supremo confirma el criterio del de instancia, que declaró la lesión del artículo 23 CE al haberse obstaculizado la información solicitada, «cuando podía haber facilitado sin mayor esfuerzo el acceso directo a tales expedientes, ya que no se había probado la existencia de un colapso en la tarea burocrática del Ayuntamiento, por la ausencia de complejidad, sin que dicha infracción constitucional resultara desvirtuada por la alegación (en vía administrativa) de la Corporación en el sentido de que las resoluciones recaídas en los diferentes expedientes habían sido leídas en las sesiones plenarias, pues, concluye la sentencia recurrida, para que se cumpla con la información no basta la lectura, dado que directo es para examen, análisis, estudio, etc. (STC de 3 de noviembre de 1989)». Es ilustrativa, igualmente, la Sentencia TS de 12 de mayo de 1997 (RA 3912) en la que se declara la lesión del derecho fundamental protegido por el artículo 23.1 CE, al denegar el Alcalde de Arafo la información solicitada por cuatro Concejales sobre un viaje efectuado por miembros de la Corporación, y sobre si el Ayuntamiento colaboró o no en el pago de los gastos de personas no pertenecientes a la Corporación.

2. Existe también una inequívoca relación con la libertad de información. La Sentencia TC 12/82, de 31 de marzo, ha señalado que el artículo 20.1 de la Constitución «significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito de funcionamiento del Estado democrático. El artículo 20 defiende la libertad en la formación y en el desarrollo de la opinión pública, pues la libertad en la expresión de las ideas y los pensamientos y en la difusión de noticias es necesaria premisa de la opinión pública libre».

En particular, respecto al derecho a comunicar y recibir libremente información veraz, ha declarado que incluye dos derechos distintos pero íntimamente ligados. De un lado, el derecho a comunicar, que es el «derecho del que gozan también sin duda todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva sobre todo de salvaguarda a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la

información su profesión específica; el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, en el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social» (Sentencia TC de 16 de marzo de 1981). Por tanto, no es difícil convenir en que el derecho de acceso puede resultar de particular utilidad como presupuesto del ejercicio de la libertad indicada, contribuyendo, también por este cauce, a la formación de una opinión pública libre.

3. Entendido el derecho de acceso a registros y archivos administrativos como un derecho instrumental, que coadyuva a la formación de una opinión pública libre, al mantenimiento del principio de transparencia administrativa y, en fin, a posibilitar el efectivo control de la actuación administrativa, es difícil convenir en que la negativa al ejercicio del mismo pueda determinar una correlativa vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que es distinto al estricto derecho de audiencia.

Lo que sucede es que con motivo de la denegación —o del reconocimiento— de la posibilidad de conocer documentos incorporados a expedientes administrativos, es posible apreciar la existencia de vulneraciones al derecho que venimos analizando; la cuestión se plantea en los siguientes términos: si el derecho a la tutela judicial incorpora el derecho a acceder sin trabas injustificadas a la Jurisdicción, y, eventualmente, (si se observan los presupuestos y requisitos procesales de admisibilidad) el de obtener una resolución fundada en derecho, sobre el fondo, es preciso que los Jueces —y las partes, a fin de respetar el principio de contradicción— puedan conocer todos los extremos relevantes para la resolución de la cuestión sometida a la Jurisdicción.

En estos casos, es difícilmente discutible, apreciando la normativa vigente, que la Administración puede negarse a facilitar los documentos que custodie, incluso en el supuesto de que se trate de aquellos de difusión restringida o limitada, porque de ordinario la legislación exime a los Jueces de las limitaciones que pudieran establecerse con carácter general. Así resulta, por ejemplo, de lo dispuesto en el artículo 41.2 de la Ley Orgánica 5/85, de 19 de junio, reguladora del Régimen Electoral General, cuando dispone que «queda prohibida cualquier información particularizada sobre los datos personales contenidos en el censo electoral, *a excepción de los que se soliciten por conducto judicial*».

Ello no obstante, es posible que existan limitaciones a esta cláusula general de enjuiciamiento, derivadas del mantenimiento rígido del régimen establecido de secreto en relación a determinados documentos, con lo que se produce una peculiar limitación del ámbito efectivo del derecho a la tutela judicial efectiva, justificado en el mantenimiento de otras finalidades dignas de protección. Es posible apreciar este tipo de circunstancias en supuestos

como el del secreto comercial o industrial. Este tipo de excepciones, tanto al régimen general de publicidad y acceso a archivos y registros administrativos, como desde esta perspectiva al derecho a la tutela judicial efectiva, son suficientemente conocidos en el ámbito del Derecho Comunitario Europeo: al más alto nivel, el artículo 47 del Tratado CECA garantiza el respeto al mismo con carácter general: la regla general es que «la Alta Autoridad podrá recabar las informaciones necesarias para el cumplimiento de su misión», cuyos datos, que puedan ser útiles a los Gobiernos o a cualquiera otros interesados, deberá publicar; ello no obstante, «estará obligada a no divulgar las informaciones que, por su naturaleza, estén amparadas por el secreto profesional y, en especial, los datos relativos a empresas y que se refieran a sus relaciones comerciales o a los elementos de sus costes». Y si incumple esta obligación, surge el derecho a ejercer una acción de indemnización (art. 47 *in fine*).

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se ha preocupado de articular el secreto comercial con la tutela judicial efectiva, y en particular con el principio de contradicción y de igualdad entre las partes. En los *Arrêts* de 10 de junio de 1986 (recaídos en los asuntos *Bélgica/Comisión*) tuvo ocasión de señalar que «cuando la persona afectada no ha tenido ocasión de comentar documentos que contienen informaciones cubiertas por el secreto comercial, la Comisión no puede incluir dichas informaciones en su Decisión». Así resulta del reconocimiento del derecho de defensa, que «exige que a la persona contra la que la Comisión ha iniciado un procedimiento administrativo se le haya dado la ocasión, durante dicho procedimiento, de manifestar debidamente su punto de vista sobre la realidad y la oportunidad de los hechos y circunstancias alegadas, y sobre los documentos admitidos por la Comisión, en apoyo de su alegación sobre la existencia de una infracción del derecho comunitario».

En nuestro derecho, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional incorpora una previsión realmente sus efectos, que no conoce parangón en la ordenación de las facultades y competencias de los órganos judiciales. A efectos de permitir una decisión plenamente fundada del asunto que se le someta, el artículo 88.2 establece que «el Tribunal dispondrá las medidas necesarias para preservar el secreto que legalmente afecte a determinada documentación y el que por decisión motivada acuerde para determinadas actuaciones». Con lo que nuestro Legislador ha estimado conveniente que el Tribunal tenga un conocimiento pleno del supuesto de hecho, intentando garantizar, a la par, el respeto al secreto comercial.

A similares conclusiones puede llegarse tras el análisis de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, a quien se le encomienda la competencia para supervisar la actividad de la Administración (art. 1). Para el cumplimiento de las finalidades atribuidas, la Ley Orgánica establece que «no podrá negársele el acceso a ningún expediente o documentación adminis-

trativa o que se encuentre relacionada con la actividad o servicio objeto de la investigación, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 22 de esta Ley» (art. 20.3). La remisión al artículo 22 no es baladí, porque en este precepto se contiene el régimen de actuación para el supuesto de que sea preciso que el Defensor del Pueblo acceda a archivos o registros en los que se contengan documentos declarados secretos. En tales casos, la Ley ha optado porque prevalezca la finalidad encomendada, abatiendo el régimen propio de los documentos secretos, bien que pretendiendo que se garantice. De esta forma, tiene la posibilidad de inspeccionar tal documentación, salvo en el caso de que el Consejo de Ministros lo deniegue (art. 22.1); en otro caso, «las investigaciones que realice el Defensor del Pueblo y el personal dependiente del mismo, así como los trámites procedimentales, se verificarán dentro de la más absoluta reserva, tanto con respecto a los particulares como a las dependencias y demás organismos públicos, sin perjuicio de las consideraciones que el Defensor del Pueblo considere oportuno incluir en sus informes a las Cortes Generales. Se dispondrán medidas especiales de protección en relación con los documentos clasificados como secretos».

En estos términos, por lo tanto, puede afrontarse la vinculación entre el derecho de acceso a archivos y registros administrativos y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Que cuenta, además, con una vertiente añadida, de la que, en mi criterio, no debe prescindirse. Que el ciudadano pueda conocer, sin acudir necesariamente a la Jurisdicción, el contenido de una determinada actuación administrativa, cerciorándose de si resulta correcta en Derecho, puede constituir, además, una eficaz medida preventiva del ejercicio de acciones judiciales. Si la actuación administrativa es, como exige el ordenamiento, ajustada a la legalidad, y satisface las exigencias de la motivación (entre otras, como ha declarado de forma unívoca la jurisprudencia, interna y comunitaria, la de facilitar al ciudadano una explicación razonable acerca de la decisión adoptada) es eventualmente posible que el interés del ciudadano quede satisfecho con el conocimiento de la actuación en cuestión. Desde otra perspectiva, es fácil comprender que el ejercicio de este derecho puede contribuir a la efectividad de la tutela judicial efectiva, cuando, por ejemplo, se encuentre comprometido el principio de igualdad, facilitando al interesado el conocimiento de eventuales términos de comparación.

III. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COMUNITARIO

1. Aunque con antecedentes concretos en las Directivas 90/313/CEE, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente, y en la Directiva de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamien-

to de aguas residuales urbanas, puede identificarse la confirmación decidida de este principio en el orden comunitario a partir de la Declaración número 17, relativa al derecho de acceso a la información, aneja al Acta Final del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992; en ella se indica que «la Conferencia estima que la transparencia del proceso de decisión refuerza el carácter democrático de las instituciones, así como la confianza del público en la Administración. La Conferencia recomienda, por consiguiente, que la Comisión presente al Consejo, a más tardar en 1993, un informe sobre medidas destinadas a mejorar el acceso del público a la información de que disponen las instituciones».

2. El 6 de diciembre de 1993 el Consejo y la Comisión aprobaron un «código de conducta, relativo al acceso del público a los documentos del Consejo y de la Comisión» (*DOCE* n.º L 340, de 31 de diciembre de 1993); previamente, el Parlamento Europeo, en sesión de 17 de noviembre de 1993 (*DOCE* n.º L 329, de 6 de diciembre de 1993) aprobó la Declaración interinstitucional sobre la democracia, la transparencia y la subsidiariedad, en la que el Presidente, el Consejo y la Comisión «reafirman su empeño en que las Instituciones apliquen la transparencia»; el Consejo declaró, entre otras, su decisión de «dar acceso a sus archivos»; y la Comisión manifiesta que ha adoptado o está en proceso de adoptar medidas, entre otras, referidas a «la creación de un mejor acceso público a los documentos en poder de la Comisión, a partir del 1 de enero de 1994».

El Código de Conducta del Consejo y la Comisión (que se preocupa por especificar que no afecta a «las disposiciones aplicables al acceso a los expedientes por parte de personas con interés específico en los mismos», ni supone «una modificación de las prácticas existentes ni de las obligaciones de los Gobiernos de los Estados miembros con respecto a sus Parlamentos», y que debe aplicarse «dentro del estricto cumplimiento de las disposiciones relativas a las informaciones clasificadas») sienta un principio general: «el público tendrá el mayor acceso posible a los documentos que posean la Comisión y el Consejo» (entendiendo, a tales efectos, por documento «todo escrito, sea cual fuere su soporte, que contenga datos existentes y que esté en poder del Consejo o de la Comisión»). Aunque se establece la prohibición de acceso respecto a los documentos «cuya divulgación pueda suponer un perjuicio para: la protección del interés público (seguridad pública, relaciones internacionales, estabilidad monetaria, procedimientos judiciales, actividades de inspección e investigación); la protección del individuo y de la intimidad; la protección del secreto en materia comercial e industrial; la protección de los intereses financieros de la Comunidad; la protección de la confidencialidad que haya solicitado la persona física o jurídica que haya proporcionado la información o que requiera la legislación del Estado miembro que haya proporcionado la información». Y añade que las Instituciones podrán denegar el

acceso al documento «a fin de salvaguardar el interés de las mismas en mantener el secreto de sus deliberaciones».

Completan la regulación otras reglas añadidas: la necesidad de identificar el objeto de la información («la solicitud de acceso a un documento deberá formularse por escrito con la suficiente claridad; deberá contener en particular una serie de elementos que sirvan para identificar el documento o los documentos de que se trate»), las formas de ejecutar el derecho (se efectuará «bien mediante consulta *in situ*, bien mediante entrega de una copia, que pagará el solicitante y cuya tasa no excederá de un importe razonable»), los límites posibles de la información (la Institución «podrá disponer que la persona a la que se entregue el documento no pueda reproducirlo, difundirlo o utilizarlo con fines comerciales, mediante venta directa sin su autorización previa») y el régimen de la tramitación de las solicitudes (donde se especifica que la decisión debe producirse en el plazo de un mes; aquella puede ser estimatoria, o bien puede consistir en proponer la denegación, supuesto éste en el que el interesado dispone de la posibilidad de presentar, en plazo de un mes, una «solicitud confirmativa a la Institución», que, si no prospera, determina la denegación de la petición, que debe producirse, igualmente, en plazo de un mes, y de forma motivada, con indicación de las vías de recurso).

Mediante Decisión 93/731/CEE, de 20 de diciembre de 1993 (*DOCE* n.º L 340, de 31 de diciembre de 1993), «relativa al acceso del público a los documentos del Consejo» (3), éste instrumentó el desarrollo del Código de

(3) La corrección jurídica de esta Decisión fue declarada por el TJCE en la Sentencia de 30 de abril de 1996 (*Reino de los Países Bajos/Consejo*), en la que resolvió el recurso de anulación formulado frente a ella así como frente al artículo 22 del Reglamento interno del Consejo, y del Código de Conducta, al que más adelante se alude. La parte recurrente imputaba, básicamente, que la regulación afrontada no era meramente organizativa, sino que, al tratarse de un derecho fundamental, debía rodearse de las garantías necesarias, excediendo de las facultades de autoorganización empleadas. El Tribunal no acoge esta argumentación, señalando que la normativa interna de la mayoría de los Estados miembros consagra actualmente de manera general, con carácter de principio constitucional o legislativo, el derecho de acceso del público a los documentos que obran en poder de las autoridades públicas y que, en el ámbito comunitario, la importancia de dicho derecho ha sido corroborada en repetidas ocasiones, y especialmente en la Declaración relativa al derecho de acceso a la información, que figura en el Anexo (número 7) al Acta Final del Tratado de la Unión Europea, que vincula este derecho al carácter democrático de las Instituciones, habiendo el Consejo de Europa instado varias veces al Consejo y a la Comisión a poner en práctica este derecho. En consecuencia, sostiene la validez de la Decisión, porque «mientras que el Legislador comunitario no haya adoptado una normativa general sobre el derecho de acceso del público a los documentos que obran en poder de las Instituciones comunitarias, éstas deben adoptar las medidas que tengan por objeto la tramitación de tales solicitudes, en virtud de su facultad de organización interna, que las habilita para adoptar medidas apropiadas con vistas a garantizar su funcionamiento interno en interés de una buena administración». En conclusión, el Tribunal señaló que, en el estado actual del derecho comunitario, el Consejo está habilitado para adoptar

Conducta. La Comisión se comportó en la misma forma, según resulta de la Decisión 94/90/CECA, CE, Euratom, de 8 de febrero de 1994 (*DOCE* n.º L 46, de 18 de febrero de 1994), «sobre el acceso del público a los documentos de la Comisión». Ambas decisiones vienen a reiterar el contenido del Código de Conducta, añadiendo únicamente —la de la Comisión— que el transcurso del plazo de un mes previsto para la resolución determinará la desestimación presunta de la petición, y que el coste de la copia de cada hoja de papel, en los documentos que excedan de 30 páginas, se fija en 0,036 ecus, cobrándose una tarifa general de 10 ecus; y especificando la del Consejo que también la falta de resolución en el plazo de un mes determina la desestimación presunta de la petición, y que «los Servicios competentes de la Secretaría general tratarán de hallar una solución equitativa para dar curso a las solicitudes reiteradas y a las que se refieran a documentos voluminosos». Estas reglas fueron recogidas en la Comunicación (94/C67/03) de la Comisión sobre mejora del acceso a los documentos (*DOCE* n.º C 67, de 4 de marzo de 1994).

Posteriormente, dio cuenta de la importancia que en el orden comunitario tiene el acceso de los ciudadanos a los documentos la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de abril de 1994 (*DOCE* n.º C 128, de 9 de mayo de 1994), sobre la transparencia en la Comunidad. Anticipó entonces el Parlamento que la transparencia consiste «en primer lugar en el acceso de los ciudadanos a las decisiones de las autoridades de la Unión Europea, a sus trabajos preparatorios o relacionados con ellas y, en general, al conjunto de las documentaciones de que disponen dichas autoridades» (4), aunque desta-

medidas destinadas a tramitar solicitudes de acceso a documentos que obran en su poder, en el marco de sus facultades de autoorganización: «la circunstancia de que la Decisión 93/731 produzca efectos jurídicos con respecto a terceros no puede cuestionar su calificación como medida de orden interno. En efecto, nada se opone a que una normativa relativa a la organización interna de la actividad de una institución genere tales efectos». Parece que, en este extremo, el Tribunal convino con el criterio del Abogado General G. Tesouro, que en sus conclusiones puso de manifiesto que el derecho de acceso preexiste a aquella concreta regulación, y que, por ello, «los actos impugnados se han limitado a organizar el funcionamiento de la institución teniendo en cuenta aquél derecho». Así pues, la eficacia del derecho no deriva del contenido de aquellos actos: «en otras palabras, deberá considerarse ilegal una decisión del Consejo, aunque se adopte respetando plenamente las normas autoimpuestas en materia de publicidad, que signifique de hecho una negación del contenido esencial del derecho de información».

(4) Como complemento a esta declaración formula una llamada de atención respecto a la regulación de los grupos de intereses, cuya identificación constituye un elemento añadido a la transparencia: «se debería desarrollar la colaboración de la Comisión y del Parlamento Europeo en lo relativo al establecimiento de un repertorio único de los grupos de intereses, con o sin fines de lucro, y sin que dicho repertorio implique reconocimiento o privilegio de acceso alguno; es deseable idéntica colaboración en lo relativo al establecimiento de un banco de datos sobre los grupos en cuestión, en el que precisará si son directos o indirectos, y en este último caso, los intereses a los que representan y en qué medida los representan».

cando «que la transparencia de las distintas instituciones es insuficiente si el conjunto del sistema comunitario permanece opaco para los ciudadanos». En su parte dispositiva la Resolución explícita el criterio del Parlamento respecto a la situación satisfactoria de la regulación, y afirma que «los debates y las votaciones de las autoridades legislativas deberían ser públicos y, por consiguiente, objeto de una publicación regular rápida, tanto por parte del Consejo, en su función de Legislador, como por parte del Parlamento Europeo».

3. Por su parte, la Jurisdicción comunitaria ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de este derecho. Su doctrina ha sido, en mi criterio, inequívocamente favorable a la efectividad de aquél, contribuyendo a su afianzamiento.

Un primer análisis está efectuado en la Sentencia, del Tribunal de Primera Instancia, de 19 de octubre de 1995 (John Carvel y Guardian Newspapers Ltd./Consejo), en la que se enjuiciaron varios acuerdos del Consejo que, en definitiva, denegaron el acceso a determinados documentos, que habían solicitado los demandantes. Se trataba, en particular, de los documentos relativos al Consejo de «Justicia» de 29 y 30 de noviembre de 1993, del de «Agricultura» de 24 y 25 de enero de 1994 y a los informes preparatorios, actas y registro de votos del de «Asuntos Sociales» de 12 de octubre y 23 de noviembre de 1993. El Consejo denegó la petición sosteniendo que era preciso proteger el secreto de sus deliberaciones, ya que «los documentos de que se trata contienen informaciones confidenciales relativas a la postura adoptada por los miembros del Consejo durante sus deliberaciones» (aunque los documentos relativos a «Asuntos Sociales» finalmente fueron entregados, indicando la Comisión en el proceso que fue por un error administrativo). Según explicó en sus alegaciones, «trabaja en el marco de un proceso de negociaciones y de compromisos, durante el cual los miembros expresan libremente sus preocupaciones y sus posturas nacionales. Es esencial que estas posturas sigan siendo confidenciales, en especial, si los miembros se ven obligados a dejarlas de lado para que se pueda llegar a un acuerdo, en ocasiones hasta el punto de no seguir las instrucciones que les han sido dadas en el ámbito nacional sobre un determinado aspecto. Este proceso de negociaciones y de compromiso es vital para la adopción de la Legislación comunitaria y se pone en peligro si las delegaciones han de tener en cuenta permanentemente el hecho de que sus posturas, tal y como figuran en las actas del Consejo, pueden hacerse públicas en cualquier momento debido a la posibilidad de acceso a dichos documentos, haya concedido o no el Consejo una autorización al efecto».

El Tribunal estimó el recurso, y anuló las decisiones del Consejo que denegaron el acceso a los documentos; recordó, para ello, que a tenor del art. 4.2 de la Decisión 93/731 (que le atribuye «una facultad de apreciación que le permite denegar, en su caso, una solicitud de acceso a unos documentos relacionados con sus deliberaciones») el Consejo «debe ponderar realmente,

por una parte, el interés del ciudadano en obtener un acceso a sus documentos, y, por otra, su posible interés en preservar el secreto de sus deliberaciones». De donde se sigue, además, que «no puede privar a los ciudadanos, absteniéndose de ejercitar la facultad que le confiere el apartado 1 del artículo 5 de su Reglamento interno, de los derechos que éstos derivan del apartado 2 del artículo 4 de la Decisión 93/731».

En el caso enjuiciado, el Tribunal declaró incorrecta la denegación del acceso, ya que el Consejo no efectuó la imprescindible ponderación de intereses, al considerar que la excepción consistente en proteger el secreto de las deliberaciones era de aplicación automática, lo que constituye una incorrecta interpretación de la norma. Conclusión que se ratifica al considerar que en el proceso el Consejo «no ha invocado ningún elemento concreto que pudiera .../... probar que sí efectuó una evaluación de los intereses específicos en juego».

Por otra parte, el derecho de acceso fue analizado por la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de marzo de 1997 (WWF UK World Wide Fund for Nature-/Comisión), en la que se enjuició la decisión de la Comisión de 2 de febrero de 1995, que denegó el acceso a los documentos relativos al examen del proyecto de construcción de un centro de observación de la naturaleza en Mullaghmore (Irlanda) y, en particular, a los documentos relativos a la cuestión de saber si los fondos estructurales podían ser utilizados para financiar aquel proyecto. Las autoridades comunitarias denegaron el acceso a aquellos documentos por entender que estaban excluidos del ámbito de aplicación del derecho en cuestión, en particular por la necesidad de proteger el interés público y el secreto de las deliberaciones de la Comisión. El Tribunal estimó el recurso y anuló la decisión denegatoria; recordó, para ello, que la Decisión 94/90 es un acto susceptible de conferir a terceros los derechos que la Comisión está obligada a respetar, incluso si recogiese obligaciones que se hubiese impuesto a sí misma, de forma voluntaria, la Comisión en ejercicio de sus competencias de organización interna (5).

En la Decisión se sienta la regla general del derecho de acceso, y las excepciones que se contemplan deben ser interpretadas de forma restrictiva; en particular, la aplicación de las excepciones no puede hacerse de forma tal que se haga imposible la realización del objetivo de transparencia. Aunque existen, según declara el Tribunal, dos clases distintas de excepciones: la

(5) El Tribunal señaló que la Decisión 94/90 constituye la respuesta de la Comisión a las peticiones del Consejo de reflejar a nivel comunitario el derecho de los ciudadanos, reconocido en la mayor parte de las legislaciones de los Estados miembros, de tener acceso a los documentos que se encuentren en manos de las autoridades públicas. Aunque el legislador comunitario no haya adoptado la reglamentación general relativa a este derecho, las instituciones comunitarias están obligadas a adoptar, en virtud de su poder de organización interna, las medidas necesarias para resolver las peticiones de acceso a los documentos de manera que responda a los intereses de una buena administración.

primera tiene un carácter imperativo, y engloba los motivos previstos en el apartado 1 del art. 4 de la Decisión 93/731; cuando concurra alguno de ellos la Comisión está obligada a denegar el acceso a los documentos. En este supuesto, se protegen los intereses de terceros o del público en general, en los casos en que la divulgación de ciertos documentos por la institución afectada pueda causar perjuicios a quienes podrían denegar legítimamente el acceso a los mismos si estuvieran en su posesión. La segunda está delimitada en términos facultativos (la Comisión puede denegar el acceso para asegurar la protección del interés de la institución relativo al secreto de sus deliberaciones), y su aplicación exige, necesariamente, que se ejerza el poder de apreciación balanceando, realmente, el interés del ciudadano por obtener el acceso a los documentos con el interés eventual de la institución en preservar el secreto de sus deliberaciones. En este caso, el interés protegido es, únicamente, el propio de la institución.

En lo que hace el concreto asunto suscitado, la Sentencia afronta separadamente los dos aspectos que centraron el recurso. Por una parte, el de determinar si pueden considerarse incluidos en la excepción del derecho de acceso (protección del interés público) los documentos obtenidos en la investigación sobre un eventual incumplimiento del derecho comunitario, que pudiera eventualmente permitir la iniciación de un procedimiento previsto en el artículo 169 del Tratado CEE. El Tribunal considera que en tal supuesto puede concurrir la excepción indicada, aunque precisando que sería imprescindible que la Comisión justificase la vinculación de los documentos (al menos, de cada categoría de documentos) con la apertura del procedimiento de incumplimiento. Con lo que el Tribunal destaca la necesidad de motivar la decisión de denegar el acceso, que se erige en un requisito esencial para valorar la legalidad de la decisión.

Es aquí donde se incorpora el análisis del segundo aspecto planteado, referido a la protección del secreto de las deliberaciones, que es objeto de enjuiciamiento conjunto, al hilo del requisito de la motivación. Este sirve, según una reiterada jurisprudencia, a un doble objetivo: permitir a los interesados que conozcan la justificación de la decisión para defender sus derechos, y facilitar al juez comunitario ejercer su control sobre la legalidad de la decisión. Aplicando este criterio al supuesto suscitado, el Tribunal declaró el incumplimiento del deber de motivar en las decisiones enjuiciadas, que anuló; no es suficiente para entender motivado un acto invocar, formalmente, la causa prevista en la norma que justificaría la decisión, sin explicar la razón que reclame su aplicación en el caso. Aspecto que es fundamental para una correcta aplicación del derecho en cuestión, que debe estar presidida por el principio general, explicitado en el orden comunitario, de facilitar en la mayor medida posible el acceso a los documentos por parte de los ciudadanos.

En fin, es preciso destacar que el proceso de construcción comunitaria del principio de transparencia se ha visto finalmente consolidado con la promulgación del Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997, ya que ha recogido el derecho que nos viene ocupando; en el artículo 255.1 del Tratado CE se ha establecido que «todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos del Parlamento europeo, del Consejo y de la Comisión, con arreglo a los principios y condiciones que se establecerán de conformidad con los apartados 2 y 3». Estos señalan que el Consejo «determinará los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos, en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam», y que «cada una de las instituciones mencionadas elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos».

IV. EL DERECHO DE ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS ADMINISTRATIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

1. Las regulaciones más importantes, de alcance general, producidas en nuestro Derecho interno del acceso a los archivos y registros administrativos son, en mi criterio, las contenidas, por una parte, en la Ley 7/85, reguladora de las Bases del Régimen Local (que ha establecido, de forma expresa —como, por otra parte, no podía ser de otra forma— *el derecho de los vecinos «a ser informado, previa petición razonada, y dirigir solicitudes a la Administración municipal en relación a todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 de la Constitución»* —artículo 18.1.e)—; ha añadido, en su artículo 69.1, que «las Corporaciones Locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local») (6). Por otra, en la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (que reconoce el derecho en su artículo 35.h, y afronta su regulación general en su art. 37, bien que, como se indica más adelante, con un talante marcadamente restrictivo).

El reconocimiento expreso del principio de transparencia, obligado en mi criterio desde la promulgación de la Constitución, se ha producido con carácter general prácticamente veinte años después de la vigencia de aquella. La

(6) J. F. MESTRE DELGADO, «*El derecho de acceso a archivos y registros administrativos (análisis del artículo 105.b de la Constitución)*», Civitas, 2.ª edición, Madrid 1998.

Exposición de Motivos de la Ley 6/97, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (que ha incluido, en su artículo los principios conforme a los que debe actuar aquella Administración, los de «objetividad y transparencia de la actuación administrativa») refleja en buena medida una justificación de este principio: «el servicio a los ciudadanos y a los intereses generales debe estar caracterizado, como ha dispuesto la Constitución, por la objetividad. Es decir, la transparencia en la actividad administrativa debe ser, no sólo una garantía para los ciudadanos, sino un criterio de actuación general del aparato público. Los titulares de los diferentes órganos administrativos no son más que gestores de intereses ajenos, los del cuerpo social, por lo que deben rendir cuentas de su gestión ante los ciudadanos».

2. La instrumentación normativa general, que se contiene —como se ha indicado— en el artículo 37 de la Ley 30/92, requiere analizar los siguientes extremos.

A) En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, identificado por los archivos y registros administrativos, es claro que comprende, sin ningún género de dudas, a las Administraciones Públicas territoriales. Basta para acreditarlo con recordar que, en los términos del artículo 2.1 de la misma Ley, «se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas: a) La Administración General del Estado; b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas; c) Las entidades que integran la Administración Local» (7).

Pero considerando la finalidad constitucional a la que sirve el derecho de acceso, que no se agota en su simple ejercicio, sino que sirve de medio para obtener otras finalidades dignas de protección constitucional, es preciso suscitarse su eventual aplicación a otras Administraciones. En mi criterio, es posible sostener que comprende, también a las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica (en los términos del art. 2.2 de la Ley 30/92, «tendrán asimismo la consideración de Administración Pública», rigiéndose por las reglas de la Ley cuando ejerzan «potestades administrativas»); a los Colegios Profesionales, en cuanto ejercen potestades públicas (aunque la Ley 30/92 no los identifique expresamente) e incluso al gestor del servicio público, en tanto en cuanto actúa en ejercicio de las funciones públicas encomendadas, y nunca, por tanto, cuando consideramos su posición como sujeto jurídico-privado, esto es, como empresario privado: las decisiones que afecten a la

(7) En el mismo sentido se pronuncia la Ley 8/87, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña, que ha recogido el derecho de los vecinos a ser informados (arts. 41.1.e y 43.d), la obligación de las Corporaciones de facilitar la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local (art. 139.1).

gestión del servicio en su acepción estricta jurídico-pública recaen en el ámbito de aplicación del derecho, pero no, por ejemplo, el detalle de su régimen económico privado, con independencia de la necesidad de someterse, en su caso, a auditorías y remitir su resultado al titular del servicio, lo que producirá otro tipo de efectos. Esta conclusión cuenta en nuestro Derecho con un apoyo interpretativo de importancia, además del que presta la propia posición institucional del derecho de acceso; me refiero a la previsión contenida en el artículo 49.2 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, con motivo de establecer las categorías de documentos que forman parte del Patrimonio Documental: «los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras entidades públicas, y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos, en lo relacionado con la gestión de dichos servicios».

B) Por lo que se refiere a los documentos comprendidos en el ámbito de aplicación del derecho, la descripción general es suficientemente amplia. En los términos del artículo 37.1 de la Ley 30/92, afecta a «los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud».

C) Las modalidades de acceso son, como fácilmente se comprende, tanto el acceso directo a los documentos en cuestión, como la obtención de copias y certificaciones (cfr. art. 37.8 de la Ley 30/92).

D) En cuanto a las materias excluidas del derecho de acceso, la Constitución contempla expresamente tres supuestos: la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos, y la intimidad de las personas. No son, como he explicado en otro lugar (8) los únicos supuestos, ya que pueden establecerse otros límites, por el Legislador, en la medida en que tiendan a proteger otros bienes o derechos dignos de protección constitucional. Lo que es fácil de comprender si se recuerda que los derechos que la Constitución establece no son compartimentos estancos, sino que deben integrarse y compatibilizarse recíprocamente. Esta es la razón que justifica que la Ley 30/92 haya ampliado las causas de exclusión del derecho de acceso, más allá de lo que explícitamente indica el art. 105.b) de la Constitución. Lo que no significa, en mi criterio, que todas las prevenciones y limitaciones que adornan el texto del artículo 37 de la Ley 30/92 resulten ajustadas a las exigencias cons-

(8) J. F. MESTRE, «*El derecho de acceso...*», op. cit.

titucionales. En su apartado 5 ha añadido los expedientes «que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo», «los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial» y «los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria». Este listado, en todo caso, tampoco es completo, porque existen regulaciones específicas que impiden el ejercicio del derecho de acceso de los ciudadanos, por ejemplo, a los ficheros policiales, o a los gastos reservados (cfr. Ley 11/95, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados).

Además, no debe perderse de vista que en otras materias existe una regulación específica: la mayor parte se citan en el art. 37.6 de la Ley 30/92 (materias clasificadas, datos sanitarios, régimen electoral, función estadística pública, Registro Civil, Registro Central de Penados y Rebeldes, otros registros públicos específicos, Archivos Históricos, y las singularidades del ejercicio del derecho por parte de representantes populares) aunque existen otros ámbitos con regulación específica (baste con aludir, para ello, a la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, por la que se regula el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente; o a las especificidades del acceso a los datos, informes o antecedentes de que dispongan las Administraciones tributarias).

E) Por lo que se refiere a la forma de ejercer el derecho, la regulación que contiene la Ley 30/92 demuestra una cierta dosis de desconfianza y limitación, frente a lo que razonablemente deriva de la ordenación y significación constitucional del derecho en cuestión.

Pueden destacarse, en este sentido, dos aspectos ciertamente singulares: por una parte, la Ley prevé que debe «formularse petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias» (art. 37.7). Prevención que trata de justificarse en la protección de «la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos»; previsiblemente, intentando evitar comportamientos absurdos que produzcan el efecto de colapsar el funcionamiento ordinario de una dependencia administrativa por la necesidad de atender a algún ciudadano (la hipótesis podría ser, por ejemplo, que un ciudadano pretendiese acceder a todos los expedientes que se tramitan, u obtener miles de fotocopias). Lo que el precepto en cuestión posibilita, por el contrario, es una suerte de restricción al ejercicio del derecho, dependiendo del criterio que se emplee para rellenar de contenido, en cada caso, el concepto («petición individualizada») que emplea la Ley.

El Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de reprobar decisiones administrativas que han efectuado interpretaciones restrictivas: así, la Sentencia de 10 de marzo de 1997 (RA 3095), aunque referida al supuesto específico de

acceso a la documentación por parte de Concejales. El supuesto de hecho allí enjuiciado consistía en la solicitud, por algunos Concejales, de acceso a los expedientes de las licencias urbanísticas solicitadas, y concedidas o denegadas, en los últimos tres años; el Tribunal Supremo confirmó el criterio del de instancia, que declaró la lesión del artículo 23 CE al haberse obstaculizado la información solicitada, «cuando podía haber facilitado sin mayor esfuerzo el acceso directo a tales expedientes, ya que no se había probado la existencia de un colapso en la tarea burocrática del Ayuntamiento, por la ausencia de complejidad». Consideración que ilustra bien a las claras sobre la necesidad de interpretar flexiblemente el criterio de identificación o determinación de la información solicitada; en aquél caso, no puede considerarse que la petición fuese genérica o indeterminada (9).

Por otra parte, la Ley 30/92 añade que el ejercicio del derecho de acceso «podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada» (art. 37.4). Parece posible apreciar un criterio restrictivo en la formulación del precepto; en él se mezclan aspectos de diferente textura, que dificultan la comprensión del mandato: se podrá denegar el acceso cuando lo disponga una Ley, debiendo en tal supuesto motivarse la decisión. Consideración que es obvia, aunque se enturbie cuando se exige en tal caso la motivación (que, inequívocamente, sólo podrá ser la aplicación de la Ley que específicamente prevea la denegación). En cambio, el requisito de la motivación se podría comprender mejor respecto de los dos primeros supuestos que describe el precepto; salvo por la circunstancia de que la apreciación de ambos supuestos sólo corresponde al Legislador, que debe incluirlos, en su caso, en la Ley. La habilitación genérica en favor de las Administraciones Públicas así efectuada resulta particularmente significativa, además de difícilmente aplicable de modo justificado.

F) En lo que hace al procedimiento, resolución y efectos, la propia parquedad de la Ley 30/92 complica abultadamente la eficacia del derecho, desde luego cuando el obligado a facilitar el acceso prefiere evitarlo. Como nada ha especificado el Legislador, parecen aplicables las reglas comunes del procedi-

(9) Al respecto se ha pronunciado L. POMED («El acceso a los archivos administrativos: el marco iurídico y la práctica administrativa», *RAP* n.º 142, enero-abril 1997, p. 463), indicando que «cuando el artículo 37.7 LAP exige la identificación individualizada de los documentos no puede pensarse que el particular deba conocer todos aquellos datos que permitan dicha individualización (ubicación, número de expediente, páginas que comprende el documento...) sino que más bien lo que se excluye es una petición indiscriminada por bloques o conjuntos de materias, de suerte que en la lectura del precepto en cuestión deberá ponerse el acento no tanto en la exigencia de identificación precisa de los documentos cuanto de los expedientes en que figuran».

miento administrativo (salvo en el supuesto de que se pretenda ejercer en la modalidad de acceso directo, en la que bien podría aligerarse el trámite): esto es, que el ciudadano debe formular la correspondiente petición, y la Administración correspondiente resolver de forma expresa, y motivadamente si se deniega (cfr. art. 54 de la Ley 30/92). El plazo máximo para resolver es de tres meses (art. 42.2 de la Ley), transcurrido el cual se produce un acto presunto (de sentido estimatorio: art. 43.2), para cuya eficacia se requiere obtener la correspondiente certificación. Si se produce el acto presunto, la eventual complejidad para su ejecución a nadie se oculta. Si la petición es denegada, será preciso agotar —cuando proceda— la vía administrativa, y acudir finalmente a la Jurisdicción.

Reglas éstas que no facilitan precisamente la efectividad del derecho. Por su parte, la Ley 38/95 (sobre acceso a la información en materia de medio ambiente) ha reducido el plazo de resolución expresa (dos meses: art. 4), pero ha especificado que el acto presunto tiene efecto negativo o desestimatorio. Frente a ello, la regulación comunitaria a la que he aludido precedentemente emplea unos criterios sumamente más favorables para la efectividad del derecho: en el Código de Conducta se fija el plazo máximo para la resolución de las peticiones en un mes.

En mi criterio, ni el plazo para resolver es mínimamente adecuado (nótese, por ejemplo, que el plazo máximo para resolver sobre peticiones de suspensión en vía de recurso ordinario es de treinta días), ni la atribución al acto presunto del sentido desestimatorio es razonable (la regla en la Ley 30/92 para el ejercicio de derechos preexistentes es justamente el silencio positivo). Da la impresión, ciertamente, de que el Legislador ha dejado fluir una suerte de criterio contrario o limitativo del principio de transparencia, que, como se ha indicado, parece penetrar el desarrollo legislativo que se ha afrontado por el artículo 37 de la Ley 30/92.

JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá

La moderación judicial de la cláusula penal

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA MODERACION DE LA PENA EN EL DERECHO COMPARADO: A) LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS GERMÁNICOS: a) *Alemania*. b) *Suiza*. c) *Austria*. d) *Derecho mercantil*. B) LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS LATINOS: a) *Francia*. b) *Bélgica*. c) *Italia*. d) *Portugal*.—3. LA MODERACION DE LA PENA EN EL DERECHO ESPAÑOL. APLICACION DEL ARTICULO 1.154 DEL CODIGO CIVIL: A) LA NECESIDAD DE CUMPLIMIENTO PARCIAL O IRREGULAR. B) LA BUENA O MALA FE DEL DEUDOR. C) IMPERATIVIDAD Y NO DISPOSITIVIDAD DE LA MODERACIÓN. D) REVISABILIDAD EN CASACIÓN Y EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA. E) LAS PENAS MORATORIAS. F) LAS CLÁUSULAS PENALES EN COMPRAVENTAS A PLAZOS.—4. EL CONTENIDO DE LA MODERACION JUDICIAL.—5. CRITERIOS A SEGUIR EN LA MODERACION.—6. OTRAS VIAS DE CONTROL JUDICIAL DE LAS CLAUSULAS PENALES: A) LA LEY DE 23 DE JULIO DE 1908, DE REPRESIÓN DE LA USURA. B) LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA «REBUS SIC STANTIBUS». C) LA NO SUBSISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS QUE DIERON LUGAR A LA CLÁUSULA PENAL. D) LA MODERACIÓN EN CASOS DE INCUMPLIMIENTO TOTAL: EL ARTICULO 1.103 DEL CÓDIGO CIVIL. E) LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ABUSO DE DERECHO. F) LA NEGACIÓN DEL CARÁCTER DE CLÁUSULA PENAL.

1. INTRODUCCION

Se ha considerado por *cláusula penal* «la prestación, generalmente consistente en el pago de una suma de dinero, que el obligado se compromete a satisfacer al que tiene derecho de exigirle el cumplimiento, o a una tercera persona, en el supuesto de que incumpla o cumpla defectuosamente su obligación» (1), entre otras definiciones (2).

(1) DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 7.^a ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pág. 172. En cuanto a la existencia de un tercero, debemos distinguir según que ese tercero sea quien reciba la promesa o sea simplemente el beneficiario de la prestación en que consistirá la penalidad; en tal sentido, LUDWIG ENNECCERUS (*Derecho de obligaciones* —tomo II del *Tratado de Derecho civil* de LUDWIG ENNECCERUS

Si bien la denominación expresada es la más habitual, ya que normalmente se establece por medio de una disposición negocial que se incorpora al negocio constitutivo de la obligación, nada obsta a que se origine en otro negocio separado o se pacte después del negocio creador de la obligación, siempre que sea con anterioridad al momento de su vencimiento (3), por lo que también es denominada por algunos autores (4) *pena convencional*. Nosotros, siguiendo a la mayoría de la doctrina, emplearemos indistintamente una u otra denominación.

El Código Civil contempla y regula la cláusula penal en sus artículos 1.152 a 1.155. Entre ellos, establece el artículo 1.154, que «el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera

RUS, THEODOR KIPP y MARTIN WOLFF, trad. y anot. por BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER—, 11.^a revis. por HENRICH LEHMANN, vol. 1.^o, 2.^a ed. por JOSÉ PUIG BRUTAU, Ed. Bosch, Barcelona, 1954, pág. 187, nota 1), tras afirmar que la pena convencional es la «prestación, generalmente de carácter pecuniario, que *el deudor promete como pena al acreedor para el caso de que no cumpla su obligación o no la cumpla del modo pertinente*» (cursivas en el original), señala que «la promesa al acreedor puede también consistir en una prestación a tercero, por ejemplo, a la beneficencia, pero, en la duda, no procede admitir que el tercero adquiera por ello un crédito. Pero si el que promete es una persona distinta del deudor, o si se promete a otra persona que no sea el acreedor, no se tratará de pena convencional, sino de contrato de garantía».

(2) Por ejemplo, CARLOS ROGEL VIDE (*Derecho de obligaciones y contratos*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pág. 38) la define como «la prestación que, a modo de sanción, el deudor se compromete a satisfacer en el caso de retraso, cumplimiento defectuoso o incumplimiento de la obligación». No estamos totalmente de acuerdo con la caracterización como *sanción*, pues — pese a su nombre — la cláusula penal o pena convencional no siempre constituye una verdadera sanción: además de las funciones coercitiva y punitiva, desempeña en ocasiones una función sustitutiva de la indemnización por incumplimiento, haciendo las veces de una liquidación convencional y anticipada de tal indemnización, función en la que no actuaría propiamente como *sanción*. En contra puede argumentarse — como hace D. E. ESPÍN CÁNOVAS [«La cláusula penal en las obligaciones contractuales», en *RDP*, marzo 1946, págs. 145 y sigs.; también en *Cien estudios jurídicos del profesor doctor Diego Espín Cánovas (Colección seleccionada desde 1942 a 1996)*, tomo II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 1018] — que en tal caso no hay propiamente una pena convencional, pero entendemos con FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA («La pena convencional», en *Derecho de obligaciones*, tomo II de los *Elementos de Derecho civil*, de JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y otros, vol. I, 3.^a ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1994, págs. 273-274), que el Código Civil la considera como tal pena, siendo esta fijación anticipada algo muy distinto de la evaluación de los daños efectivamente producidos y pudiendo tener carácter penitencial, y por otra parte esa función sustitutiva es admitida por abundante jurisprudencia. Pero esta discusión es algo que sobrepasa ya el ámbito de este trabajo.

(3) Díez-Picazo y Gullón, *Sistema...*, op. cit., pág. 172.

(4) En tal sentido, entre otros, Díez-Picazo, LUIS, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo II, 5.^a ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 397-403; Díez-Picazo y Gullón, *Sistema...*, op. cit., págs. 172-174; ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, op. cit., págs. 187-192 (y también sus anotadores BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER, *ibid.*, págs. 192-193); y ROGEL, *Derecho de obligaciones...*, op. cit., págs. 36 y 38.

sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor», lo que es expresión de la denominada *moderación (o modificación) judicial de la pena*, tema sobre el cual nos centraremos en el presente trabajo.

La moderación judicial de la pena abarca fundamentalmente dos aspectos:

- a) La mutabilidad o inmutabilidad de la pena pactada: si es admisible o no la revisión judicial de la pena por razones de equidad. Ello afecta, por una parte, a la pena excesiva; y, por otra, a la pena insuficiente.
- b) Posibilidad de reducción de la cláusula penal en caso de incumplimiento parcial, adaptando la pena convencionalmente prevista (respecto a los supuestos de incumplimiento total) a los casos en que tal incumplimiento es de carácter parcial.

Tales aspectos han recibido diferentes tratamientos, tanto a lo largo de la historia como en los diferentes ordenamientos jurídicos. Por ello, a fin de tener una visión de conjunto, examinaremos primero las soluciones que en el Derecho comparado se dan al tema que nos ocupa, para posteriormente examinar la cuestión en nuestro Derecho.

2. LA MODERACION DE LA PENA EN EL DERECHO COMPARADO

Si bien en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se permite la moderación judicial de la cláusula penal, debemos distinguir entre los ordenamientos de corte germánico, por una parte, y los inspirados en la tradición latina, por otra (5).

A) LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS GERMÁNICOS

En todos ellos, la corrección judicial de la pena se da cuando ésta sea «extraordinariamente alta», por razones de equidad o justicia, y para mantener el justo equilibrio necesario entre las prestaciones de ambas partes.

Por otra parte, sólo es admisible la reducción de la pena convencional en caso de incumplimiento total, pues el cumplimiento parcial de la obligación

(5) Vid. la extensa exposición del Derecho comparado contenida en DÁVILA GONZÁLEZ, JAVIER, *La obligación con cláusula penal*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1992, págs. 371-392, y la abundante bibliografía que cita. Cfr., asimismo, ESPÍN ALBA, ISABEL, *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*, con prólogo de JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 19-31; y SANZ VIOLA, ANA M.^a, *La cláusula penal en el Código Civil*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1994, págs. 92-95.

principal aceptado por el acreedor tiene el efecto de extinguir la pena (6). No obstante, en esa moderación de la cláusula penal en casos de incumplimiento total se observan diferencias entre un ordenamiento y otro.

a) *Alemania*

El § 343.1 *BGB* viene a establecer que, en caso de que la pena sea excesivamente alta, podrá ser reducida, si lo solicita el deudor, a una suma adecuada, si aún no ha sido pagada, y teniendo en cuenta todo interés legítimo del acreedor, no sólo el patrimonial (7).

La cuantía de la cláusula penal es en principio libre, aunque sometida al control que supone la posible moderación judicial, y serán los Tribunales quienes aprecien si la pena es o no excesivamente elevada. Por otra parte, se respeta la situación existente, de modo que si el deudor ya la ha pagado no se entra a considerar el posible exceso en la cuantía de la pena convencional.

No obstante, la jurisprudencia ha ido limitando la moderación de la pena a aquellos casos en que la función liquidatoria esté precedida de una verdadera intención de ejercer una presión sobre el deudor, negando su posibilidad en las cláusulas penales indemnizatorias, distinción finalmente consagrada en la *AGBG* (8) de 9 de diciembre de 1976.

La sentencia tendrá una eficacia constitutiva, aun cuando condene a pagar la prestación, dado que el Juez posee un poder de configuración del contrato en caso de que la pena sea excesivamente alta. Para llegar a la conclusión de la desproporción de la pena, deberán tenerse en cuenta todas las circunstancias del caso, y así el interés del acreedor en el cumplimiento (interés referido al momento de la sentencia), la amplitud de los daños posibles y reales, considerando la posición económica de ambos contratantes y sobre todo del deudor, el grado de culpa imputable a éste y la ventaja que le produzca el incumplimiento o cumplimiento no pertinente, y la posible causalidad sobrevenida (fuerza mayor, caso fortuito) en la producción del daño.

(6) Así, el § 340.1 *BGB* señala que «Si el deudor ha prometido la pena para el caso de que no cumpla su obligación, el acreedor puede exigir la pena en que se ha incurrido en lugar del cumplimiento. Si el acreedor declara al deudor que exige la pena, está excluida la pretensión de cumplimiento».

(7) En concreto, establece que «Si una pena en que se ha incurrido es extraordinariamente alta, puede ser reducida por sentencia a petición del deudor a una suma adecuada. En el juicio de adecuación ha de tomarse en consideración todo interés legítimo del acreedor, no sólo el interés patrimonial. Después del pago de la pena, la reducción está excluida».

(8) *AGBG* es la abreviatura de la *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (Ley para la Reglamentación del Derecho de las Condiciones Generales de los Negocios).

La reducción de la pena excesiva podrá ser llevada a cabo tanto por los tribunales ordinarios como por los especiales, e incluso por árbitros. Se precisará que sea pedida por el deudor (que deberá también probar la excesividad de la pena), aunque no necesariamente por medio de reconvencción, siendo admisible a través de excepción (9), y tendrá un carácter forzoso para los Tribunales, por basarse en concepciones morales y consideraciones sociales (10).

Por otra parte, ENNECCERUS (11) considera que, asimismo, una pena convencional excesiva puede ser nula a título de contraria a las buenas costumbres.

b) *Suiza*

El artículo 163 del Código de Obligaciones suizo (12) reconoce la libertad de cuantía de las cláusulas penales, pero con posibilidad de moderación judicial, incluso sin necesidad de solicitud del deudor y aun en rebeldía. La revisión de la pena excesiva es imperativa para el juez, siendo para el Tribunal Federal materia de orden público.

Deberá tenerse en cuenta en la reducción todo interés legítimo del acreedor en el cumplimiento del contrato, la gravedad de la infracción contractual, el grado de culpa del deudor, las posibles ventajas que éste obtenga con su incumplimiento y la situación económica de las partes.

El Tribunal Federal suizo ha señalado que la decisión judicial de reducción de la cláusula penal debe ser motivada, al ser una excepción al principio fundamental de la fuerza obligatoria de los contratos, y no es admisible más que cuando la pena convenida sea tan excesiva que sobrepase la medida compatible con el Derecho y la equidad.

c) *Austria*

El § 1.336.2 del *ABGB* considera la moderación de la pena excesiva como derecho del juez a corregir el contrato.

(9) Cfr. ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, op. cit., pág. 191, nota 21, y la bibliografía alemana que cita.

(10) ENNECCERUS, op. cit., pág. 192, nota 25 (no obstante, este autor cita una jurisprudencia «completamente sin razón» que entiende que no son moderables las penas convenidas antes de 1900 —fecha de entrada en vigor del *BGB*— pero vencidas después).

(11) ENNECCERUS, op. cit., pág. 191, nota 22.

(12) Que viene a establecer que «El juez debe reducir las penas que estime excesivas».

No obstante, tal «derecho» del juez es limitado: ha de ser motivado y no puede dejar la cuantía de la pena por debajo del daño causado efectivamente.

d) *Derecho mercantil*

Mientras en Suiza existe un único Código y un régimen común para las obligaciones, sean civiles o mercantiles, la solución dada en el ámbito mercantil en los otros dos países examinados es divergente de la solución civil.

Así, en Alemania los §§ 348 y 351 *HGB* no admiten la moderación de las cláusulas penales en contratos mercantiles en que el deudor sea un gran comerciante (*Vollkaufmann*) (13). En cambio, sí si el deudor es un comerciante de tipo pequeño o mediano (*Minderkaufmann*).

La misma situación se da en el Derecho austríaco.

B) LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS LATINOS

El Derecho romano no permitía la reducción de la pena, aun cuando el importe de los daños fuera inferior. Posteriormente, algunos autores (14), con base en textos justinianeos y en la práctica, intentaron introducir excepciones por razones de equidad, y así en el siglo XVIII, POTHIER (15) entendía que la pena excesiva podía ser reducida judicialmente con base en su carácter indemnizatorio, en el error sufrido por el deudor al prestar el consentimiento y en la equidad y equilibrio de las prestaciones.

En tal sentido, los ordenamientos del ámbito latino inicialmente rechazaron la posibilidad de reducción judicial de la pena excesiva, partiendo de la fuerza obligatoria del contrato. Sin embargo, ello dio origen a situaciones abusivas en perjuicio de los deudores, llegándose a un auténtico «terrorismo contractual» (16), lo que motivó reformas legislativas que solucionaran este problema.

(13) No obstante, ENNECCERUS (*Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 191, nota 22) considera que la nulidad de la pena convencional excesiva, por contraria a las buenas costumbres, a la que antes hicimos referencia, sí sería aplicable a los (grandes) comerciantes.

(14) Así, DUMOULIN entendía que en caso de que la pena excediera del doble del valor de la cosa, objeto de la obligación principal, debía ser reducida por el juez.

(15) POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones*, ed. de M. C. DE LAS CUEVAS según la edición francesa de 1824, Ed. Heliasta, Buenos Aires, s.f. (1978), núm. 346, págs. 212-214.

(16) Así se expresa THILMANY, J., «Fonctions et révisabilité des clauses penales en droit comparé», en *RIDC*, 1980-1, pág. 29.

Por otra parte, a diferencia de los germánicos, los ordenamientos latinos sí admiten la reducción de la cláusula penal en los casos de cumplimiento parcial de la obligación principal, en proporción al cumplimiento realizado.

a) *Francia* (17)

En el *Code Napoléon* de 1804 se consagró la inmutabilidad de la pena por el juez (art. 1.152) (18), aunque con posibilidad de moderación judicial en caso de incumplimiento parcial (art. 1.231) (19), debido a la prohibición de acumulación del cumplimiento de la obligación principal y la pena (art. 1.229): si se ha recibido el cumplimiento que corresponde a una parte de la pena, no cabe que luego se reclame ésta.

El artículo 1.152 se basaba en el respeto a la voluntad de las partes como ley del contrato, de modo que no cabía reducción de la pena por el juez si no hay un cumplimiento parcial, aunque fuera excesiva. Ello dio lugar a numerosos abusos y casos de explotación de los deudores por los acreedores, especialmente en los últimos tiempos respecto a contratos de *leasing* y en los que no hubiera igualdad de las partes en la contratación, hasta el punto de que el Tribunal de Casación reconoció los defectos de esta regulación y que las cláusulas en los contratos de *leasing* eran «terribles y a menudo demasiado rigurosas (...) [aunque el Tribunal sólo podía] proclamar su validez que es jurídicamente cierta, a falta de una intervención del legislador» (20).

Ello motivó las reformas operadas por las Leyes de 9 de julio de 1975 y 11 de octubre de 1985 de los artículos 1.152 y 1.231 (21), permitiendo la reducción de la pena aun en casos de incumplimiento total, con base en la equidad, y la actuación de oficio del juez.

(17) Para un detallado examen del tratamiento legal, doctrinal y jurisprudencial de la modificación judicial de la cláusula penal en Francia, vid. VINEY, GENEVIEVE, «Les obligations. La responsabilité: effets» (tomo V del *Traité de Droit civil*, dir. por JACQUES GHESTIN), Ed. LGDJ, París, 1988, págs. 337-357.

(18) Este precepto, en su redacción original, sólo disponía que «Cuando la conven- ción establezca que el que la incumpla pague una cierta suma a título de indemnización, no puede concederse a la otra parte una cantidad mayor o menor».

(19) Ese artículo declara que «La pena puede ser modificada por el juez si la obli- gación principal ha sido ejecutada en parte».

(20) *Informe del Tribunal de Casación al Ministro de Justicia*. Citado por DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., págs. 381-382.

(21) Respecto al artículo 1.152, se le añade un segundo párrafo, del siguiente tenor: «Sin embargo, el juez puede, incluso de oficio, moderar o aumentar la pena que haya sido convenida, si es manifiestamente excesiva o irrisoria. Toda estipulación contraria será reputada no escrita».

Debe haber una correlación entre la parte incumplida de la obligación principal y la indemnización, tomándose como referencia en la revisión judicial el perjuicio al acreedor, pero sin que deban ser exactamente iguales (de otro modo, se privaría a la cláusula penal de su efecto coercitivo), y considerando igualmente otros factores, como el grado de culpa del deudor. En cualquier caso, no será reducible la pena por debajo del perjuicio.

Corresponde al juez de instancia decidir la cuantía de la reducción, pero el hecho de que se den o no las condiciones para que se pueda reducir podrá ser controlado por el Tribunal de Casación.

Sin embargo, se interpreta el artículo 1.229 como dispositivo, de modo que si hay renuncia de las partes a lo en él dispuesto, el juez deberá aplicar la pena por entero, y en caso de que los contratantes acuerden algo respecto a la reducción de la pena el juez deberá necesariamente ajustarse a tal pacto, aunque con el límite del exceso en la pena.

Por otra parte, aun en los casos de fijación judicial de la indemnización, la misma no deja de ser contractual, por lo que los intereses legales corren desde que se debió pagar, y no desde la fecha de la sentencia.

b) *Bélgica*

Dado que Bélgica formó parte de Francia hasta 1815, le fue de aplicación directa el *Code* francés de 1804, origen del actual Código belga. Por ello, las soluciones normativas siguen siendo similares a las francesas: no puede pedirse simultáneamente el cumplimiento de la obligación principal y la pena, salvo penas moratorias (art. 1.229), la cláusula penal es, en principio, fija en su cuantía (art. 1.152), por ello la reducción judicial de la pena sólo cabe en caso de cumplimiento parcial (art. 1.231) pero no habrá de tenerse en cuenta sólo la parte de obligación cumplida, las partes pueden disponer la no aplicación de la moderación...

El artículo 1.023 del Código Judicial, equivalente a nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, afirma que se reputa como no escrita, por atentar al derecho de toda persona a defenderse en justicia, toda cláusula que determine un aumento de la deuda por su reclamación judicial.

Por otra parte, el Tribunal de Casación belga, en Sentencias de 17 de abril de 1970 y 24 de noviembre de 1972, ha declarado como contrarias al orden público las cláusulas penales excesivas, y por tanto nulas y carentes de causa, al amparo de los artículos 1.131 y 1.133 del Código Civil belga. Se rompe así el principio de la intangibilidad de la pena convencional, con base en que un beneficio desproporcionado en relación al daño no supone una evaluación anticipada de daños y perjuicios, que es aquélla que señala como inmutable el artículo 1.152.

c) *Italia*

El Código Civil italiano de 1865, influenciado por el *Code* napoleónico, establecía la inmutabilidad de la pena excesiva (art. 1.250) y la posibilidad de modificación judicial de la misma en caso de cumplimiento parcial (art. 1.214), copiando, incluso literalmente, el tenor de los preceptos del Código francés. Por otra parte, el referido artículo 1.214 era interpretado como norma dispositiva, sólo para el caso de que las partes no hubieran acordado otra cosa.

El nuevo Código italiano de 1942 admite, por contra, la mutabilidad de la pena en su artículo 1.384 (22), con claras influencias del § 343.1 *BGB*. Establece dos supuestos de actuación moderativa de los Tribunales:

- a) Cumplimiento parcial, en función de la adecuación de la pena convencional al concreto incumplimiento.
- b) Excesividad de la cláusula penal: se alega en defensa de la intervención judicial en este supuesto el que no exista una total dominación de una parte por la otra. La pena podrá ser excesiva desde la misma conclusión del contrato —es admisible una pena superior al daño efectivamente producido (es la base de la función coercitiva de la cláusula penal), pero un exceso manifiesto determinará su posible reducción—, o por circunstancias sobrevenidas que alteren la proporcionalidad inicial (23).

Dado que la reducción judicial se basa en la equidad, no habrá el juez de ajustarse necesariamente a la proporción entre obligación principal y parte de la misma cumplida, pues ello daría lugar a resultados injustos. No obstante, la jurisprudencia italiana ha señalado, respecto a un caso de moderación por excesividad de la cláusula penal, que «el poder del juez de reducir equitativamente la pena, en el sentido del artículo 1.384 del Código Civil (...) para el caso en que su cantidad resulte manifiestamente excesiva, teniendo en cuenta el interés que el acreedor tenga en el cumplimiento (...) no se traduce en el reconocimiento al juez del poder de sustituir por su voluntad la expresada (...) en sede de la estipulación del contrato» (24).

(22) El artículo 1.384 establece que «La pena puede ser disminuida equitativamente por el juez, si la obligación ha sido cumplida en parte o bien si el montante de la pena es manifiestamente excesivo, teniendo siempre en cuenta el interés que el acreedor tenga en el cumplimiento».

(23) MAZZARESE, SILVIO, *Le obbligazioni penali*, Ed. CEDAM, Padua, 1990, pág. 186; MARINI, ANNIBALE, *La clausola penale. Struttura, funzione, disciplina della clausola*, Ed. Jovene, Nápoles, 1984, pág. 158.

(24) Sentencia de las Secciones Unidas de la Corte de Casación, de 5 de diciembre de 1977, núm. 5.261.

El artículo 1.384 *in fine* señala que en la moderación judicial de la cláusula penal ha de tenerse «siempre en cuenta el interés que el acreedor tenga en el cumplimiento». En tal sentido, serán relevantes todos los intereses del acreedor, también los no patrimoniales, y han de valorarse en relación con el momento de la realización del contrato, y no con el del requerimiento de pago al deudor: de ahí la irrelevancia de los daños concretos a los fines de la eficacia de la cláusula penal (25).

Finalmente, señalemos que doctrina y jurisprudencia, ante el silencio legal, entienden que la moderación judicial deberá hacerse siempre a instancia de parte y estará dirigida a la disminución de la pena, no admitiéndose una moderación de oficio o que comprenda una potestad de eliminación o incluso incremento de la penalidad (26).

d) *Portugal*

El antiguo Código Civil portugués, en línea con el *Code* francés, sólo admitía la reducción judicial en los casos de cumplimiento parcial, y en proporción con la parte de obligación cumplida efectivamente. En cambio, el nuevo Código de 1967 contiene la criticable novedad de no admitir una pena superior al daño por incumplimiento (art. 811.3) (27) pese a que la doctrina portuguesa entiende que sí es posible, y, por otra parte, sigue el principio de revisabilidad de la pena excesiva (sea el exceso original o sobrevenido) y en caso de cumplimiento parcial (art. 812) (28).

Para la determinación de si una cláusula penal es excesiva, deberá atenderse a las circunstancias de formación del contrato: intereses patrimoniales y no patrimoniales del acreedor, relación entre el perjuicio previsible en la celebración del contrato y el efectivamente producido, grado de culpa del deudor, circunstancias del incumplimiento...

(25) MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, op. cit., pág. 187; TRIMARCHI, V. MICHELE, *La clausola penale*, Ed. Giuffrè, Milán, 1954, pág. 129.

(26) MARINI, *La clausola penale...*, op. cit., pág. 143; MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, op. cit., pág. 187.

(27) Tal precepto, en la redacción dada por el Decreto-Ley 262/83, de 16 de junio, basada en gran medida en la Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978, viene a establecer: «El acreedor no puede, en ningún caso, exigir una indemnización que exceda del valor del perjuicio resultante del incumplimiento de la obligación principal».

(28) El referido artículo 812 establece:

«1. La pena convencional puede ser reducida por el tribunal, de acuerdo con la equidad, cuando fuera manifiestamente excesiva, aunque sea por causa sobrevenida; es nula cualquier estipulación en contrario.

2. Se admite la reducción en las mismas circunstancias, si la obligación hubiera sido parcialmente cumplida».

Por último, el artículo 935.2 (29) prevé expresamente la reducción de la pena de las compraventas a plazos consistente en la pérdida de los plazos ya pagados por el comprador, con un límite legislativamente fijado.

3. LA MODERACION DE LA PENA EN EL DERECHO ESPAÑOL. APLICACION DEL ARTICULO 1.154 DEL CODIGO CIVIL

Tras examinar el Derecho comparado, analizaremos a partir del presente apartado, y con una mayor profundidad, la situación en el Derecho español.

El Código Civil español, pese a ser del ámbito latino, no contiene previsión alguna sobre la posibilidad de moderación de la pena excesiva con base en la equidad, sin que haya precepto equivalente al artículo 1.152.II del *Code* francés: las partes tienen libertad para establecer la cuantía de la pena —con las limitaciones que veremos—, sin necesidad de ajustarse a la de los daños efectivamente causados por el incumplimiento (30). En cambio, en la reducción judicial por parcialidad del incumplimiento de la obligación principal el artículo 1.154 del Código español sigue el modelo francés.

Apuntemos, por otra parte, que dado que el artículo 56 del Código de Comercio nada dice al respecto, la moderación judicial de las penas será también aplicable a las obligaciones de carácter mercantil —a diferencia de lo que, como hemos visto, sucede en Alemania y Austria con los *Vollkaufmänner*—, y en tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia (31).

En el Derecho navarro, no obstante, la pena no es moderable, a resultas de la Ley 518 del Fuero Nuevo (32), y en tal sentido se pueden citar, por ejemplo, las Sentencias de la Audiencia Territorial de Pamplona de 13 de noviembre de 1986 y del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1989.

(29) «La indemnización fijada por las partes será reducida a la mitad del precio, cuando haya sido estipulada en montante superior, o cuando las prestaciones pagadas superen este valor o se haya convenido la no restitución de ellas; habiendo, tras ello, un perjuicio excedente y no habiéndose estipulado su resarcibilidad, será resarcido hasta el límite de la indemnización convenida por las partes».

(30) Sólo alguna STS aislada destaca la excesividad de una pena, pero en todo caso en un cumplimiento parcial o irregular. La de 26 de diciembre de 1990 incluso, pese a señalar que la pena es excesiva, la mantiene en virtud del principio de autonomía privada.

(31) SSTs de 17 de mayo y 26 de octubre de 1934.

(32) Tal Ley del Fuero Nuevo de Navarra (Compilación Foral de Navarra, aprobada por Ley de 1 de marzo de 1973) viene a establecer que «La estipulación de pagar una cantidad como pena por el incumplimiento de cumplir una prestación lícita obliga al promitente, y la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial (...); y más adelante que «cuando el acreedor acepte el cumplimiento de la obligación, aunque éste sea parcial, se entenderá renunciada la estipulación penal, salvo que otra cosa se hubiese pactado» (por supuesto, las cursivas son nuestras), con lo cual falla uno de los presupuestos de la moderación judicial, la parcialidad del cumplimiento.

Como hemos indicado, el artículo 1.154 del Código Civil es el fundamento central —sin perjuicio de otras vías que examinaremos posteriormente— para la moderación judicial de la pena, y sobre él nos centraremos por el momento.

Entiende la mayoría de la doctrina que la moderación que contempla el artículo 1.154 sólo es aplicable a la pena convencional, pero no a las arras u otro pacto cualquiera (33), y en tal sentido se pronuncia también la jurisprudencia (34), aunque en el entendido de que las arras penales son genuinas cláusulas penales, y por tanto susceptibles de moderación judicial (35). Será aplicable a todo tipo de penas convencionales, no sólo a las que sancionen con una prestación, sino también a cualquier otra (36), y en cualquiera de sus modalidades (coercitiva, sancionatoria, sustitutiva o liquidatoria) (37). Igualmente, serán susceptibles de moderación las penas que garanticen obligaciones de no hacer, en la medida en que éstas sean divisibles (38).

A) LA NECESIDAD DE CUMPLIMIENTO PARCIAL O IRREGULAR

Establece el referido precepto la necesidad de que haya habido cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal (incluyéndose el retraso en el cumplimiento) (39) para que quepa moderación judicial de la pena. En tal sentido se pronuncia tanto doctrina como jurisprudencia.

(33) ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «Comentario al artículo 1.154», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por él mismo y SILVIA DÍAZ ALABART, tomo XV, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1993, pág. 398. En contra, FRANCISCO JORDANO FRAGA (*La responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, pág. 348) entiende que el artículo 1.154 del Código Civil sería aplicable a las arras abusivas, pues de otro modo se posibilitaría el fraude de ley, violándose el límite del artículo 1.154 a través de cláusulas abusivas encubiertas bajo la forma de arras confirmatorias.

(34) SSTs de 12 de marzo y 27 de junio de 1958, y 12 de marzo de 1965.

(35) DÁVILA, *La obligación...*, *op. cit.*, pág. 399. Esa identificación de las arras penales con las cláusulas penales la realiza también la jurisprudencia, pudiendo citarse, entre otras, las SSTs de 19 de octubre de 1984, 10 de marzo y 12 de julio de 1986, 15 de diciembre de 1987 (Sala 4.ª, de lo Contencioso-Administrativo), 24 de diciembre de 1992, 21 de junio de 1994, y 25 de marzo y 30 de diciembre de 1995.

(36) ALBALADEJO, *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 489, que cita la STS de 8 de enero de 1945.

(37) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, «Comentario al artículo 1.154», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por CÁNDIDO PAZ-ARES RODRÍGUEZ, LUIS DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, RODRIGO BERCOVITZ y PABLO SALVADOR CODERCH, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 160, que cita la STS de 8 de febrero de 1989.

(38) DÁVILA, *La obligación...*, *op. cit.*, págs. 415-417. En tal sentido, SSTs de 19 de diciembre de 1930, 10 de diciembre de 1932, 21 de marzo de 1950, 3 de abril de 1968, 10 de junio de 1991 y 12 de febrero de 1993.

(39) STS de 20 de mayo de 1986.

En la doctrina hay mayoría (y hasta hace pocos años, práctica unanimidad) (40) en señalar que no cabe la moderación judicial del artículo 1.154 en los casos de incumplimiento total o si en el cumplimiento se incurrió totalmente en la irregularidad sancionada con la pena.

No es admisible en tales circunstancias la reducción de la pena aun cuando fuera excesiva o mayor que los perjuicios sufridos por el acreedor (41), pues no se trata de rebajar una pena alta, sino de reducirla en proporción a lo cumplido de la obligación principal. No se deja en manos del juez la modificación para que actúe cuando proceda en equidad, sino sólo para cuando se cumplió *algo*, y entonces la modere equitativamente: la equidad juega sólo en la cuantía de la moderación, no en la apreciación de las circunstancias en que cabrá dicha moderación (42), no siendo admisible tal moderación únicamente por razones de equidad (43), pues la misma puede calificarse de excepcional (44).

(40) En contra, últimamente ha surgido una posición minoritaria, en la que pueden citarse FRANCISCO JORDANO FRAGA (*La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, págs. 199 y sigs.); JOSÉ MIGUEL RODRÍGUEZ TAPIA («Sobre la cláusula penal en el Código Civil», en *ADC*, tomo XLVI-II, 1993, págs. 582-584), y SANZ (*La cláusula penal...*, *op. cit.*, págs. 103-106). Entienden estos autores que «el dato esencial que determina la aplicación del precepto [el art. 1.154] no es la existencia de un cumplimiento parcial o irregular, en relación al incumplimiento previsto en la cláusula como determinante de la exigencia de la pena, sino la existencia de una desproporción en la pena, atendidas las circunstancias concretas del caso. El precepto se refiere al supuesto de incumplimiento parcial, por ser un caso en el que se da normalmente esa desproporción, pero ni todo cumplimiento parcial o irregular da lugar a la moderación de la pena, ni tampoco está prohibida la moderación en casos de incumplimiento total. Por tanto, también en el supuesto de incumplimiento total —tal como está previsto en la cláusula para la actuación de la pena—, procederá la modificación judicial de la pena si es desproporcionada, abusiva o excesiva» (SANZ, *op. cit.*, págs. 103-104). Precedentes de esta posición —debido sin duda a la fuerte influencia alemana de estos autores— se hayan ya en PÉREZ y ALGUER (*Notas al Derecho de obligaciones*, de ENNECCERUS, *op. cit.*, pág. 193), quienes se fundan en el artículo 1.154 del Código Civil y las disposiciones prohibitivas de la usura. En contra, mientras DÍAZ ALABART («La facultad de moderación del artículo 1.103 del Código Civil», en *ADC*, tomo XLI-IV, 1988, pág. 1215, nota 110 *in fine*) entiende que para esos supuestos se aplicaría el artículo 1.103 del Código Civil, no el artículo 1.154; ESPÍN ALBA (*La cláusula penal...*, *op. cit.*, págs. 85-86) critica la posición de JORDANO FRAGA, por forzada, y propone una reforma legislativa y la superación de la concepción unitaria de la cláusula penal.

(41) ENRIQUE PINAZO TOBES [«Cláusula penal contractual», en CARRASCO PERERA, ANGEL FRANCISCO (dir.): *Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, XVI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág. 380] propone, en este sentido, una «necesaria reforma de la normativa (...) para permitir, como en los restantes ordenamientos de nuestro entorno, la posibilidad de revisar la pena cuando sea excesiva o irrisoria».

(42) ALBALADEJO, *Comentario...*, *op. cit.*, págs. 483-484.

(43) SANCHO, *La pena convencional*, *op. cit.*, pág. 281. En tal sentido, cfr., también, la STS de 13 de julio de 1984.

(44) Así, entre otras, SSTTS de 19 de febrero de 1985 y 19 de diciembre de 1991.

ESPÍN (45) niega la aplicación analógica del artículo 1.154 al incumplimiento total, en caso de que se entienda excesiva la pena, dado el fundamento del precepto: el mismo no es rebajar una pena excesivamente elevada (46), sino que reside en el hecho de que la pena compensatoria equivale a la indemnización por daños y perjuicios, siendo su cuantía libremente fijada por las partes en atención a un incumplimiento total, y reducir aquélla en caso de que tal incumplimiento total se produjera iría contra el respeto a la voluntad de las partes; y, por otra parte, se admite por el Código Civil la pena acumulativa, en que se agrava aún más la posición del deudor incumplidor, al compatibilizarse la indemnización ordinaria y la pena.

En tal sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia, no moderando en los casos de incumplimiento total (47), y así cabe citar, entre otras, las Sentencias de 20 de noviembre de 1906, 16 de marzo de 1910, 8 de julio de 1911, 31 de octubre de 1922, 19 de diciembre de 1930, 10 de octubre de 1932, 19 de junio de 1941, 21 de mayo de 1948, 21 de junio de 1950, 8 de marzo de 1951, 28 de febrero de 1958, 27 de mayo de 1959, 25 de noviembre de 1960, 12 de marzo y 1 de diciembre de 1965, 23 de octubre y 20 de noviembre de 1970, 3 de febrero de 1973, 14 de octubre de 1976, 22 de junio y 13 de julio de 1984, 19 de febrero de 1985 (48), 9 de julio y 19 de diciembre de 1991, 28 de enero y 6 de abril de 1992, 12 de febrero de 1993, y 6 de junio y 28 de julio de 1995.

En contra, parece estar la Sentencia de 5 de noviembre de 1956, que señala que cabe la moderación judicial «no sólo en casos de parcial o defectuoso cumplimiento, sino también cuando resulten desorbitados sus efectos en determinados casos», *obiter dictum* del que ALBALADEJO (49) dice que es «un puro exceso verbal», y que «sin duda no es ése el espíritu de la sentencia». Sin embargo, esta línea será seguida posteriormente también por las de 1 de febrero de 1989 (50) y 1 de octubre (51) y 26 de diciembre de 1990 (52).

(45) ESPÍN, *La cláusula penal...*, *op. cit.*, págs. 164-165 (también en *Cien estudios...*, *op. cit.*, pág. 1038). Igualmente, CABANILLAS, *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 160.

(46) STS de 13 de julio de 1984.

(47) Otra cosa entiendo SANZ (*La cláusula penal...*, *op. cit.*, págs. 104-105), para quien «el Tribunal Supremo (...) se fija en el carácter abusivo y desproporcionado de la pena para el deudor atendiendo las circunstancias concretas, con independencia de que el cumplimiento sea total o parcial», e interpreta las resoluciones que a continuación citamos en el sentido de que «estos supuestos, aunque a primera vista pudieran estimarse casos de cumplimiento parcial, no lo son porque ya está previsto en el contrato el pago fraccionado en plazos y esas fracciones se refiere el incumplimiento penado en la cláusula».

(48) Que dice que, en relación con la moderación de la pena, es «irrelevante» que resulte desproporcionada o abusiva.

(49) ALBALADEJO, *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 484.

(50) Que entiende que la moderación, en virtud del artículo 1.154 del Código Civil, es de aplicación «en todo caso que fuese aconsejable», en un supuesto en que el Tribunal

La no admisibilidad de la moderación judicial de la pena en casos de incumplimiento total tiene como fundamento (53):

- a) La letra del propio artículo 1.154 del Código Civil, tanto si pensamos que al establecer la modificación sólo para los casos de incumplimiento parcial o irregular excluye al total, como si entendemos que el fin del precepto no es la reducción de la pena al importe de los daños efectivos, sino establecer una pena parcial proporcional al grado de cumplimiento, guardando con el cumplimiento parcial la misma relación que la pena total con el incumplimiento total.
- b) Dado que la pena se debe aun no habiendo daños efectivos, en caso de incumplimiento total deberá pagarse entera, por darse plenamente el supuesto para el que se estableció, en respeto de la voluntad de las partes.

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha declarado que no cabrá moderación cuando se produzca un incumplimiento total por uno de los deudores y los demás cumplen: al primero no se le podrá moderar la pena (hay incumplimiento total), mientras que habrá de exonerarse a los otros (54).

En caso de que la pena fuera establecida precisamente para el caso de incumplimiento parcial o irregular, no será moderable, pues se tratará de un incumplimiento «total» en relación con lo previsto en la cláusula penal, es decir, se habrá producido el supuesto para el que se pactó (55), pero sí lo será de haber incumplimiento parcial o irregular en parte de la ya parcial previsión (56). No obstante, la expresión «cumplimiento parcial» no da idea del grado de éste, si es de un 1 por 100 o un 99 por 100 —lo que no sucede con

a quo había moderado la pena basándose en que se acreditó la existencia de unos daños sufridos por la sociedad vendedora cuantitativamente inferiores a las sumas que la misma recibió de la compradora.

(51) Que afirma que «la suavización judicial de la pena que regula el artículo 1.154 es un supuesto que puede encajarse en lo que la moderna doctrina denomina “configuración de un contrato por el juez”».

(52) Que declara que «cualquier exceso o desvío que pudiera existir en la cuantificación o exigencia de la misma está perfectamente restaurado o corregido merced a la facultad discrecional que confiere a los tribunales el artículo 1.154».

(53) ALBALADEJO, *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 484.

(54) En tal sentido, Sentencia de 27 de noviembre de 1970.

(55) AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA DE, *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1993, págs. 119-126; LASARTE ALVAREZ, CARLOS, *Principios de Derecho Civil*, tomo II, 3.ª ed., Ed. Trivium, Madrid, 1995, pág. 252; PINAZO, *Cláusula penal contractual*, *op. cit.*, págs. 375-376; ORTÍ VALLEJO, ANTONIO, «Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal», en *RGLJ*, tomo LXXXV, núm. 4, octubre 1982, pág. 318; SANCHO, *La pena convencional*, *op. cit.*, pág. 282.

(56) ALBALADEJO, *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 485.

el incumplimiento total, que siempre será del 100 por 100—, y ello será difícil de prever por las partes, salvo que fijen una suma fija para el incumplimiento total y para el incumplimiento parcial se establezca la cantidad base del resarcimiento y la proporción razonable en que la cantidad haya de pagarse en relación con el cumplimiento efectivo (57). En tal sentido, la Sentencia de 20 de mayo de 1986 se dictó en relación con un contrato de suministro de áridos con una cláusula por la que se abonaría sólo el 80 por 100 del precio pactado en caso de retraso en la entrega, y se modera la pena por no ser los retrasos generalizados (58).

Deben equipararse al incumplimiento total, y por tanto excluirse de la moderación judicial, los casos de cumplimiento, aun parcial, que no proporcionen satisfacción alguna al acreedor. Si el acreedor no recibe provecho alguno, en realidad no existe cumplimiento de ningún tipo, dado que —como señala DÁVILA (59)— «por definición, el cumplimiento es siempre satisfacción del acreedor, y al no existir éste, no hay lugar a plantearse la cuestión de la moderación de la pena».

B) LA BUENA O MALA FE DEL DEUDOR

Entienden doctrina y jurisprudencia que la moderación depende del cumplimiento parcial o defectuoso, no de la buena o mala fe del deudor (60).

A fin de compaginar esta doctrina con la sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1945, que señala como una de las circunstancias a considerar en la moderación la intensidad de la culpa del deudor, SANCHE (61) considera que la buena o mala fe del deudor se tendrá en cuenta a efectos de concretar el *quantum* de la moderación, pero no para determinar si ésta procede o no.

Por su parte, DÁVILA (62) entiende que esta afirmación «se tropieza en todo caso con la tajante redacción del artículo 1.154 del Código Civil. Si en los ordenamientos que admiten la reducción de las penas convencionales por el hecho de ser excesivas puede pensarse en la imposibilidad de moderación

(57) SANCHE, *La pena convencional*, op. cit., pág. 282. Igualmente, PINAZO, *Cláusula penal contractual*, op. cit., pág. 375.

(58) En similar sentido, vid. las SSTs de 1 de diciembre de 1965, 22 de junio de 1984, 29 de febrero de 1985, 9 de julio y 19 de diciembre de 1991 y 6 de abril de 1992.

(59) DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., pág. 431.

(60) SSTs de 21 de mayo de 1948 y 8 de marzo de 1951. CABANILLAS, *Comentario...*, op. cit., pág. 160; DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., pág. 394; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., pág. 403.

(61) SANCHE, *La pena convencional*, op. cit., pág. 283.

(62) DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., pág. 395.

para el deudor de mala fe, como quiera que nuestro ordenamiento exige cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, por mala que sea la fe del deudor, algo habrá cumplido y puede no merecer la imposición de la totalidad de la pena».

Nosotros consideramos, igualmente, que la moderación de la pena del artículo 1.154 no depende de la concurrencia de mala fe en el deudor incumplidor, sino tan sólo de la mera existencia de una parcialidad o irregularidad en el cumplimiento, por lo que de haber tal cumplimiento parcial o irregular —aun siendo el deudor de buena fe— corresponderá la pena (por haber cierto incumplimiento) y la moderación judicial de la misma (por no ser el incumplimiento total). Otra cosa será, en la línea de lo señalado por SANCHEZ, que la buena o mala fe del deudor sí se tengan en cuenta a la hora de cuantificar la moderación judicial, pero no aisladamente, sino dentro del conjunto de circunstancias del caso, a fin de que la moderación sea equitativa.

C) IMPERATIVIDAD Y NO DISPOSITIVIDAD DE LA MODERACIÓN

En caso de que se produzca un cumplimiento parcial o irregular, entiende la jurisprudencia mayoritaria que el juez *debe* moderar la pena, siendo una imposición imperativa para el mismo, a la que no puede negarse (63). La expresión «modificará» del artículo 1.154 del Código denota «imperatividad, mandato preceptivo e inexcusable» (64), a diferencia de su precedente, el

(63) En ese sentido, entre otras muchas, SSTs de 16 de enero de 1910, 31 de octubre de 1922, 30 de enero y 10 de diciembre de 1932, 26 de octubre de 1934, 19 de junio de 1941, 8 de enero de 1945, 31 de mayo de 1948, 21 de marzo de 1950, 19 de mayo de 1958, 3 de enero de 1964, 1 de diciembre de 1965, 18 de octubre de 1972, 3 de febrero de 1973, 27 de marzo de 1974, 6 de octubre y 23 de noviembre de 1976, 13 de julio de 1984, 25 de marzo y 20 de octubre de 1988, 10 de mayo de 1989, 19 de febrero y 1 y 23 de octubre de 1990, 2 de junio y 21 de noviembre de 1991, 27 de julio de 1992, 8 de febrero de 1993 y 31 de mayo de 1994. En contra, en cambio, SSTs de 17 de mayo de 1934, 25 de junio de 1964, 20 de noviembre de 1970, 26 de mayo de 1980, 30 de junio y 4 de julio de 1981, 11 de mayo de 1982, 27 de febrero de 1988 y 23 de mayo de 1990 [que señala que «la posible moderación o modificación de la cláusula penal que arbitra el referido artículo 1.154 del Código Civil *es una simple facultad (no deber)* de [...] los juzgadores de instancia»] (los paréntesis interiores son del original, las cursivas nuestras); y las de 25 de enero y 18 de octubre de 1985, 18 de mayo de 1987 y 22 de mayo de 1991, aun cuando no se pronuncian sobre la cuestión de la imperatividad de la moderación, no moderan la pena pese a haber un cumplimiento parcial.

(64) DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., pág. 394. En contra, JORDANO FRAGA (*La resolución por incumplimiento...*, op. cit., págs. 194 y sigs.), y RODRÍGUEZ TAPIA (*Sobre la cláusula penal...*, op. cit., pág. 581) entienden que el dato gramatical no es definitivo, pues lo que indica es que las partes del contrato no pueden eludir la moderación judicial por convenio. Por su parte, DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, op. cit., pág. 403), considera

artículo 1.085 del Proyecto de Código Civil de 1851 (65). La imperatividad puede colegirse asimismo de la invocación a la equidad que se contiene en el precepto (66). Consecuencia de ello es que no se tengan en cuenta los pactos de renuncia a la aplicación del artículo 1.154, procediéndose en cualquier caso a la moderación de la cláusula penal (67).

Igualmente, se considera por la jurisprudencia que la modificación procede de oficio (68), suponiendo el artículo 1.154 una derogación del principio dispositivo que impone al juez moderar la pena *ex officio* cuando proceda y aun sin petición de parte, frente a una jurisprudencia minoritaria que entiende que debe hacerse únicamente a instancia de parte (69).

Sin embargo, en la línea a favor de que se trata de una mera facultad del juez, y que éste habrá de apreciar sólo a instancia de parte, señala ORTÍ (70) que «es criticable por incongruente que un marco jurídico de la cláusula penal como el del Derecho español, en el cual se permite que la pena tenga toda la amplitud que se quiera, no pudiéndose ir, en ningún caso, en contra de lo pactado, el único supuesto donde se admite lo contrario, resulta que la reducción de la pena procede de oficio y además obligatoriamente para el juzgador en todo caso que se dé el supuesto de hecho del cumplimiento irregular o en parte. Esta interpretación del precepto tropieza, en primer lugar, con el principio de «justicia rogada» que preside el Derecho procesal civil, y con el

que «la modificación puede considerarse como necesaria, si se entiende (...) en el sentido de que la pena convencional, establecida por las partes en contemplación del incumplimiento total, tiene que reajustarse en los casos de incumplimiento parcial o cumplimiento irregular».

(65) Que establecía: «El juez *puede* modificar equitativamente la pena (...)».

(66) CABANILLAS, *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 160.

(67) STS de 25 de enero de 1995, en relación con una cláusula que establecía: «en caso de incumplimiento, cumplimiento imperfecto o mora por parte de la titularidad del establecimiento (...) [la contraparte] percibirá de ésta, en concepto de *cláusula penal immoderada* (...)»; las cursivas son nuestras. En el Derecho italiano, cfr. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, *op. cit.*, págs. 187-188; MOSCATI, E., «Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata», en *Giurisprudenza italiana*, 1982, 1, 1, col. 1788.

(68) En tal sentido, entre otras, cabe citar las SSTS de 3 de junio y 9 de julio de 1915, 19 de junio de 1941, 3 de enero y 19 de junio de 1964, 1 de diciembre de 1965, 20 de mayo de 1986, 27 de noviembre de 1987 y 6 de noviembre de 1989. En contra, STS de 20 de noviembre de 1970.

(69) En general, suelen coincidir la posición jurisprudencial de la imperatividad del artículo 1.154 del Código Civil y la de que la moderación ha de hacerse de oficio, por una parte, y por otra la que defiende que se trata de un precepto dispositivo y la que entiende que la moderación se hará sólo a instancia de parte. En la referida posición minoritaria se cuentan las SSTS de 20 de noviembre de 1970 y 30 de junio de 1981. En ese sentido también se pronuncia, pese a defender el carácter imperativo del precepto, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 403.

(70) ORTÍ, *Nuevas perspectivas...*, *op. cit.*, pág. 318. Comillas interiores en el original.

principio que inspira la revisión judicial como facultad excepcional del Juez, de que no le es dado al juzgador intervenir en la relación obligatoria, en este caso incluso novándola, si no hay petición de parte en ese sentido».

Igualmente, LETE (71) entiende que si bien «la necesidad de actuar con proporcionalidad, con vistas a corregir los excesos de la autonomía privada (...) permite hablar de un cierto margen de arbitrio, aunque condicionado al logro de un equilibrio o situación de proporcionalidad entre el grado de incumplimiento y el montante de la pena (...), el problema está en determinar si una reducción excesiva de la pena no estaría desvirtuando su función coercitiva, ya que el acreedor no podrá saber de antemano si los Tribunales moderarán o no la suma o cantidad previamente establecida y, por tanto, estarían obligándolo a preferir otro tipo de garantía más eficaz; es decir, la consideración reiterada de que la moderación de la pena es una obligación del Juez, que la debe aplicar incluso de oficio, es una contundente limitación de la autonomía privada», inclinándose por su carácter dispositivo.

PINAZO (72) entiende que se estaría resolviendo con mayor justicia de no moderar la pena en los casos en que dicha pena sirviera para compensar de alguna forma el uso indebido por el comprador una vez resuelto el contrato y en general cuando con la moderación el deudor abonaría una cantidad inferior al perjuicio real causado.

En parecido sentido, la autora argentina AÍDA KEMELMAJER (73), en relación con la reducción de cláusulas penales excesivas que el Código argentino permite (74), afirma que «el juez no puede declarar de oficio la reducción. (...) Para la determinación de si una cláusula penal es o no excesiva se necesita acreditar una serie de elementos fácticos (objetivos y subjetivos) que deben ser propuestos por las partes al juzgador. La sentencia judicial que reduce la cláusula por excesiva, sin petición de parte, supone aceptar como notorios hechos que deben ser probados; priva a las partes de la oportunidad de defenderse ofreciendo prueba en contrario; en suma, vulnera el derecho de defensa en juicio al privar al acreedor del derecho de aportar pruebas sobre la no existencia del exceso o del aprovechamiento».

(71) LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL, Prólogo a la obra de ESPÍN ALBA, *La cláusula penal...*, op. cit., pág. 10.

(72) PINAZO, *Cláusula penal contractual*, op. cit., pág. 375.

(73) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *La cláusula penal. Su régimen jurídico en el Derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981, págs. 127-128. Vid., asimismo, la extensa bibliografía y jurisprudencia argentinas que cita en apoyo de su posición.

(74) El artículo 656.II de tal Código dispone que «los jueces podrán (...) reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sanciona, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor», con clara proximidad al § 343 del BGE y artículo 1.384 del Código Civil italiano.

En una posición que podríamos considerar intermedia, PINAZO (75), si bien afirma la imperatividad de la moderación para el juez, debiéndola aplicar incluso de oficio, también señala que la misma debe llevarla a cabo «admitiendo las excepciones reconocidas por la jurisprudencia, sin acudir a ella [la moderación de la pena] cuando el perjuicio ocasionado por el incumplimiento no quede compensado con la aplicación de la pena, evitando beneficiar a quien incumple o no cumple correctamente sus obligaciones».

No obstante las opiniones últimamente expuestas, a nuestro entender —y si bien lo contrario podría ser más conveniente *de lege ferenda*—, por los argumentos ya apuntados, los términos del precepto —en el sentido ya señalado anteriormente— no dejan lugar a dudas sobre que la correcta es la posición mayoritaria, en una y otra cuestión: el artículo 1.154 del Código Civil debe entenderse que tiene carácter imperativo, y la moderación judicial de la pena convencional ha de realizarse de oficio en defecto de alegación en tal sentido por las partes.

D) REVISABILIDAD EN CASACIÓN Y EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La determinación del *quantum* en que debe operar la moderación judicial, como juicio de equidad que es, corresponde al juzgador de instancia y no es revisable en casación (76), como ha declarado una abundante jurisprudencia (77). La Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de octubre de 1990, entiende que «puede encajarse en lo que la moderna doctrina denomina «configuración de un contrato por el juez», concepto distante de la función de apreciación de la prueba» (78).

(75) PINAZO, *Cláusula penal contractual*, *op. cit.*, pág. 380.

(76) ALBALADEJO, *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 488; CABANILLAS, *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 161; DÁVILA, *La obligación...*, *op. cit.*, págs. 435-437; LOBATO DE BLAS, JOSÉ M.^a, *La cláusula penal en el Derecho español*, EUNSA, Pamplona, 1974, pág. 190; SANCHO, *La pena convencional*, *op. cit.*, pág. 281. En contra parece pronunciarse —si bien incidentalmente— DÍAZ ALABART, *La facultad...*, *op. cit.*, pág. 1.216.

(77) Así, entre otras, cabe citar las SSTs de 8 y 30 de enero de 1932, 17 de mayo de 1934, 8 de enero de 1945, 11 de marzo de 1957, 4 de marzo y 15 y 20 de abril de 1963, 3 de enero y 25 de junio de 1964, 18 de febrero de 1969, 20 de noviembre de 1970, 13 de abril de 1971, 2 de febrero y 24 de abril de 1976, 28 de noviembre de 1978, 6 de febrero y 16 de marzo de 1979, 4 de julio de 1981, 11 de mayo de 1982, 30 de marzo y 20 de abril de 1983; 9 de abril, 13 de julio y 5 de noviembre de 1984, 18 de octubre de 1985; 21 de febrero, 10 y 20 de mayo y 19 de diciembre de 1986; 18 de mayo y 27 de noviembre de 1987; 27 de febrero, 25 de marzo, 16 de abril y 20 de octubre de 1988; 13 de junio y 3 de octubre de 1989, 19 de febrero, 23 de mayo, 1 y 23 de octubre y 26 de diciembre de 1990; 6 de marzo, 2 y 10 de junio, 9 de julio y 19 de diciembre de 1991, 29 de enero y 27 de julio de 1992, 8 de febrero y 27 de julio de 1993, 31 de mayo de 1994 y 10 de marzo de 1995.

(78) Comillas interiores en el original.

Tampoco será susceptible de casación la cuestión de si el juzgador de instancia obró equitativamente (79), salvo que «se haya podido (...) descalificar la situación fáctica en que se apoyó el Tribunal de instancia» (80).

En cambio, sí será revisable en casación la cuestión de si hubo o no incumplimiento (81), y si el mismo es total o parcial (82).

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1991, permite que la moderación judicial se lleve a cabo en la fase de ejecución de sentencia: «en ejercicio de la facultad que el artículo 1.152 (*sic*) concede a los Tribunales y con basamento en que se desconoce el grado de cumplimiento de los años posteriores a 1987, hace consistir esa moderación equitativa de la pena en su acomodación, a *verificar en ejecución de sentencia*, al grado de cumplimiento y a los perjuicios causados» (83).

E) LAS PENAS MORATORIAS

A diferencia de otros ordenamientos (84), el nuestro no prevé expresamente la posibilidad de estipular una pena para el caso de que se incurra en mora.

Las penas moratorias, consistentes en el pago de una cantidad por cada día (u otra unidad de tiempo) de retraso en el cumplimiento respecto a la fecha

(79) SSTs de 18 de octubre de 1985, 10 y 20 de mayo y 19 de diciembre de 1986, 18 de mayo y 27 de noviembre de 1987, 20 de octubre de 1988, 8 de febrero de 1993 y 19 de junio de 1996. En contra, la STS de 30 de junio de 1981 revisa la moderación judicial de la instancia, por cuanto «la aplicación de la cláusula penal no compensa al vendedor del perjuicio patrimonial sufrido».

(80) SSTs de 18 de mayo de 1987, 16 de abril de 1988, 23 de octubre de 1990, 19 de diciembre de 1991 y de 27 de julio de 1992, y anteriormente las de 26 de octubre de 1934, 13 de abril de 1971 y 9 de junio de 1986. Igualmente, cfr. DÁVILA, *La obligación...*, *op. cit.*, págs. 437-438.

(81) En tal sentido se pronuncian las SSTs de 21 de mayo de 1948, 13 de abril de 1971 y 16 de abril de 1988.

(82) Así, SSTs de 21 de mayo de 1948, 3 de febrero de 1973, y 3 de febrero y 16 de abril de 1988. En contra, ENRIQUE RUIZ VADILLO («Algunas consideraciones sobre la cláusula penal», en *RDP*, tomo LIX-I, 1975, pág. 408) entiende, citando las SSTs de 8 y 30 de enero de 1932, 17 de mayo de 1934, 11 de marzo de 1957, 4 de marzo de 1963 y 3 de enero de 1964, que «la apreciación de si la obligación principal ha sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, es facultad exclusiva del Tribunal de instancia e irrevisable en casación», mientras que posteriormente afirma, con base en la STS de 21 de mayo de 1948, que «por supuesto sí es recurrible la apreciación del Tribunal en orden a la naturaleza e intensidad del incumplimiento» (*op. cit.*, pág. 409, nota 108), y en el mismo sentido se pronuncia la STS de 21 de noviembre de 1988 y, yendo aún más allá, la de 18 de octubre de 1989 (para la que es irrevisable en casación «cuanto se refiere al alcance y eficacia de la cláusula penal»).

(83) Las cursivas son nuestras.

(84) Así, cabe citar los artículos 1.229 del Código Civil francés y 160 del suizo de las obligaciones, y el § 341 del *BGB*.

fijada en el contrato, en principio parece que no podrían ser moderadas, ya que de darse el retraso, se produciría el incumplimiento de modo total en relación con cada día (o unidad de tiempo), por lo que no habría lugar para que se diera un cumplimiento parcial: la unidad de tiempo pasa o no, y si se cumple a mediados del período no debería éste tenerse en cuenta (85).

Como señala GÓMEZ CALERO (86), si la cláusula penal se incluye en el contrato, no para el caso de incumplimiento, sino de mora, la «modificación equitativa» del artículo 1.154 del Código Civil es improcedente, al constituir el «retraso culpable» la *conditio facti* de la efectividad de la pena convencional, de modo que a estos efectos podría considerarse que hay un «incumplimiento total» en relación con la pena moratoria.

La pena moratoria, una vez producido el retraso culpable, ha de ser pagada en su totalidad, de acuerdo con lo estipulado por las partes, y su montante cuantitativo no podrá ser modificado judicialmente. Sólo la imputación del retraso al acreedor (87) o una alteración sustancial de los supuestos sobre los que se pactó la cláusula (88) podrían justificar un pronunciamiento judicial que disminuya o deje sin efecto la pena moratoria.

La jurisprudencia sobre la posibilidad de moderar las penas moratorias ha sido contradictoria. Así, mientras las Sentencias de 20 de mayo y 19 de diciembre de 1986, 1 de octubre de 1990, 2 de junio de 1991, 29 de enero de 1992 y 2 de noviembre de 1994 moderan (o ratifican la moderación realizada previamente en la instancia) sendas penas moratorias (89), consideran improcedente la modificación equitativa de la pena por existir incumplimiento total las de 27 de noviembre de 1970 (90), 30 de marzo de

(85) DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., págs. 396-398. Coincide en ello AMUNÁTEGUI, *La función liquidatoria...*, op. cit., págs. 126-132.

(86) GÓMEZ CALERO, «La construcción de buque con cláusula penal en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1980», en *RDP*, julio-agosto 1982, págs. 718-719.

(87) Cfr. STS de 6 de febrero de 1979.

(88) Cfr., entre otras, SSTs de 7 de diciembre de 1959, 29 de abril de 1965, 13 de octubre de 1966, 10 de junio de 1969 y 22 de enero de 1980.

(89) ESPÍN ALBA (*La cláusula penal...*, op. cit., págs. 86-89) critica la jurisprudencia favorable a la moderación de las cláusulas moratorias (a la que califica de «pacificas», aunque, como vemos en el texto, no es así) porque «ataca directamente el principio de autonomía privada». Sólo la admitiría, por haber un cumplimiento parcial, «si el resultado a medias es todavía útil al acreedor y en consecuencia la obligación no haya perdido del todo su finalidad inicial», pues si no se puede producir «una decisión judicial contraria a lo efectivamente querido por las partes», por lo que «puede que lo más equitativo sea no moderar».

(90) Señala esta Sentencia que «es indudable que se incumplió dicha obligación de entrega (...) sin que ante tal incumplimiento proceda hacer uso de la facultad que a los tribunales otorga el mencionado artículo por la incompatibilidad que supone tal apreciación con la de «en parte o irregularmente cumplida» a que se refiere dicho artículo,

1983 (91), 13 de marzo de 1987, 21 de noviembre de 1991 (92) y 28 de enero de 1992.

Nosotros, en línea con lo inicialmente expuesto, consideramos que no cabe aquí moderación de la pena, ya que no hay posibilidad de cumplimiento parcial: o transcurre la unidad de tiempo de retraso prevista (y hay un cumplimiento total, ya que la pena se establece precisamente para ese retraso) o no transcurre (y no hay entonces ningún incumplimiento), y por otra parte cabe entender que la admisión de la moderación judicial de las penas moratorias conculcaría el principio de autonomía privada.

F) LAS CLÁUSULAS PENALES EN COMPRAVENTAS A PLAZOS

La jurisprudencia ha señalado que el impago de un plazo en una compraventa a plazos con precio fraccionado, asegurada con cláusula penal de pérdida por el comprador de los plazos pagados, no es un incumplimiento total de la obligación aislada de pagar ese plazo, sino un incumplimiento parcial de la obligación de pagar el precio total, por lo que cabe moderación de la cuantía de lo pagado en consideración de pena (93), de modo que el deudor sólo pierda parte de los plazos que pagó.

Como ha señalado ALBALADEJO (94), «piénsese si no lo anormal que sería —a la vista del artículo 1.154 del Código Civil— que perdiéndose todos los plazos pagados, resultase ser mayor la pena cuanto mayor hubiese sido el cumplimiento (el número de plazos satisfechos)».

No obstante, puede pensarse que una solución única para todos los casos sería, igualmente, injusta. Si el incumplimiento tiene lugar no al final, con la mayor parte del precio ya pagado, sino desde los primeros plazos, la cantidad pagada puede ser incluso inferior a los perjuicios irrogados al vendedor, con lo que de moderarse la pena el deudor que incumple incluso saldría beneficiado, y de ahí que algún autor (95) propugne que, en términos de justicia,

careciendo por tanto de esas razones de equidad que la aconsejan» (comillas interiores en el original; las cursivas son nuestras).

(91) Afirma que el juez, más que una reducción de los efectos de la pena, debe realizar una «precisa determinación de los días que abarcó el incumplimiento».

(92) Según esta STS, «es precisamente con fundamento en el incumplimiento del plazo contractual aun diferido por prórroga pactada donde se sitúa la causa de la penalidad».

(93) SANCHEZ, *La pena convencional*, op. cit., pág. 282, que cita la STS de 8 de enero de 1945. En el mismo sentido, ALBALADEJO, *Comentario...*, op. cit., pág. 487; y las SSTs de 5 de febrero de 1914, 3 de julio de 1915, 11 de marzo de 1957, 19 de mayo de 1958, 13 de junio de 1962, 26 de enero de 1980, 23 de octubre de 1990 y 7 de junio de 1991. En contra, STS de 3 de febrero de 1973.

(94) ALBALADEJO, *Comentario...*, op. cit., pág. 487, nota 7.

no se conceda la moderación si lleva a resultados anormales, beneficiosos para el incumplidor, razonamiento que parece haber seguido también cierta jurisprudencia (96), incluso por la criticable vía de negar a este acuerdo el carácter de cláusula penal (97), o bien concediendo la indemnización del mayor daño (98).

ATAZ (99) niega igualmente la calificación de cláusula penal a estos pactos, y rechaza su licitud porque «el efecto restitutorio para ambas partes parece fundamental para, en la medida de lo posible, volver al estado anterior al contrato, que es lo que, en definitiva, se pretende con la resolución. Lo contrario equivaldría (...) a proteger un enriquecimiento injusto», por lo que «el pacto de retención de las cantidades percibidas (...) [sólo] es admisible (...) supeditado siempre a la efectiva existencia» de los perjuicios, de modo que en realidad serían condiciones de las previstas en el artículo 1.123.I del Código Civil.

KEMELMAJER (100) entiende igualmente que en estos casos no cabe hablar de cláusula penal, con argumentos —a nuestro entender— algo débiles: «si se acepta la tesis italiana (...) de que la cláusula pura cumple *exclusivamente* una función *coactiva* o *punitiva*, es evidente que la pérdida de los *plazos* acordados (...) podrá constituir el objeto de la cláusula penal (...). En cambio, si se admite (...) [que] la cláusula cumple una función *ambivalente*, no puede considerarse que la caducidad de los plazos constituya el contenido de una cláusula penal, porque no se advierte cómo se estiman preventivamente los daños y perjuicios».

DÁVILA (101), por su parte, entiende que en estos casos habría una cláusula penal, pero no pactada para el caso de que se inste el cumplimiento

(95) DÁVILA, *La obligación...*, *op. cit.*, pág. 404; ESPÍN ALBA, *La cláusula penal...*, *op. cit.*, págs. 116-118.

(96) SSTs de 18 de octubre de 1985 (que entiende que no procederá la moderación cuando la penalidad no parezca excesiva) y 27 de febrero de 1988.

(97) Así, STS de 22 de octubre de 1990. Vid., *infra*, apartado 5.F.

(98) Así, STS de 7 de diciembre de 1990, que señala que la «pena convencional, aun cuando deba ser entendida como absorbente y anticipadora de la indemnización de daños y perjuicios, al actuar como previa liquidación de los mismos (y no cumulativa o adicional con carácter rigurosamente penal o punitivo), ello no significa que todos los perjuicios producidos a la otra parte puedan entenderse absorbidos indefinidamente y más allá de lo que resulte del incumplimiento contractual propiamente dicho, pues lo contrario supondría que el incumplidor contumaz y avisado tendría en sus manos la posibilidad de vaciar de contenido y efectos la previsión cautelar de la propia cláusula sancionadora». Cfr., la crítica que realiza ESPÍN ALBA, *La cláusula penal...*, *op. cit.*, págs. 117-118.

(99) ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1989», en *CCJC*, núm. 19, 1989, págs. 200-201.

(100) KEMELMAJER, *La cláusula penal...*, *op. cit.*, págs. 41-42. *Cursivas en el original.*

(101) DÁVILA, *La obligación...*, *op. cit.*, págs. 407-409.

forzoso del contrato, sino su resolución, y rechaza que la pena haya de reducirse a los perjuicios cuando éstos sean inferiores a las cantidades retenidas, pues ello supondría privar a la cláusula penal de sus funciones coercitiva y liquidatoria (102).

4. EL CONTENIDO DE LA MODERACION JUDICIAL

Dado que se trata de *moderación* o *reducción* de la cláusula penal, la modificación sobre la pena será en menos, de ningún modo un aumento o incremento (103), pero sin llegar a suprimirse —pues ello supondría no haber incumplido nada— (104) ni a reducir la pena a una cantidad puramente simbólica (105).

Ha entendido en ocasiones la jurisprudencia que «una de las posibles formas de ejercicio de la misma [la moderación] es la de la concesión de un plazo al deudor para ponerse al corriente de sus obligaciones de pago» (106). ALBALADEJO (107) considera que el plazo no es para moderar la pena, sino para facilitar el cumplimiento y así evitar la imposición de la pena, lo que sólo encontraría apoyo en el artículo 1.124.III, de tratarse de obligaciones recíprocas; sólo inexactamente puede calificarse de moderación de la pena, en el sentido de que *alivia la situación* de quien está amenazado por ella.

Junto a estas dos formas de llevar a cabo la moderación, DÁVILA (108) defiende la posibilidad teórica de una tercera, consistente en que se conceda

(102) En contra, moderaron las cantidades retenidas —o admitieron la moderación hecha en la instancia—, reduciéndolas a los perjuicios sufridos, las SSTs de 8 de febrero, 12 de junio, 29 de septiembre y 3 de octubre de 1989.

(103) Cfr. KEMELMAJER, *La cláusula penal...*, op. cit., págs. 145-156, respecto a las cláusulas penales inicialmente ínfimas y la incidencia de la depreciación monetaria (sobre la que esta autora señala que la solución depende de si entendemos que la cláusula penal encierra una obligación dineraria o una deuda de valor) en el Derecho argentino.

(104) ALBALADEJO, *Comentario...*, op. cit., pág. 485; CABANILLAS, *Comentario...*, op. cit., pág. 161; DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., pág. 426; SANCHO, *La pena convencional*, op. cit., pág. 282. Igualmente, STS de 30 de mayo de 1984. En la doctrina italiana, cfr. MARINI, *La clausola penale...*, op. cit., pág. 143; y MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, op. cit., pág. 186.

(105) DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., nota 1.282. En cambio, la Sentencia del Tribunal de Casación francés, de 28 de abril de 1980, ante la ausencia de perjuicio, y ya que dicha ausencia no dispensa de pagar la pena, redujo ésta a un franco (citada por AMUNÁTEGUI, *La función liquidatoria...*, op. cit., nota 176).

(106) STS de 19 de mayo de 1958. En tal sentido, también cabe citar las SSTs de 5 de febrero de 1914 y 3 de julio de 1915.

(107) ALBALADEJO, *Comentario...*, op. cit., texto y nota 9, en pág. 488; cursivas en el original. Igualmente, CABANILLAS, *Comentario...*, op. cit., pág. 161; LOBATO, *La cláusula penal...*, op. cit., pág. 188; y SANCHO, *La pena convencional*, op. cit., pág. 283.

(108) DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., págs. 426-427.

al acreedor un *aliud pro alio*, sobre todo en casos en que la pena sea una cosa determinada. En contra, por entender que para ello habría que contar con la aquiescencia del acreedor, se muestra SANZ (109).

Nosotros, con los autores citados, consideramos que sólo cabe conceptualizar como moderación de la cláusula penal la que es *moderación* en sentido estricto, es decir, la reducción del importe de la penalidad, sin que quepa entender como tal la concesión de un plazo ni la entrega de un *aliud pro alio*, conceptos extraños a la «modificación equitativa» en los términos del artículo 1.154.

5. CRITERIOS A SEGUIR EN LA MODERACION

La moderación habrá de realizarse en función de la equidad, entendiendo por tal «la técnica jurídica que permite la aplicación de la ley o la aplicación del Derecho, flexibilizándolos de manera que la solución dictada tenga más en cuenta las circunstancias particulares del caso que el principio de igualdad ante la ley, con el fin de que dicha solución sea justa» (110) o, más simplemente, la justicia del caso concreto.

Ello hace que, para una parte (minoritaria) tanto de la doctrina (111) como de la jurisprudencia (112), los criterios concretos tomados en cuenta para fijar la cuantía de la moderación sean tanto subjetivos como objetivos, y fundamentalmente el grado de culpa y la intensidad del perjuicio causado.

En tal sentido, se entiende por esta corriente que debe atenderse como criterio subjetivo a la buena o mala fe del deudor y a su comportamiento doloso o simplemente negligente; y como criterio objetivo habrían de considerarse los daños efectivamente sufridos, pero sin que ello suponga que la pena se reduzca a su importe, pues en tal caso la pena dejaría de cumplir su

(109) SANZ, *La cláusula penal...*, *op. cit.*, pág. 108.

(110) RIBÓ DURÁN, LUIS, «Voz "Equidad"», en *Diccionario de Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987, pág. 255.

(111) LOBATO, *La cláusula penal*, *op. cit.*, pág. 178; ORTÍ, *Nuevas perspectivas...*, *op. cit.*, pág. 317; PUIG PEÑA, FEDERICO, *Tratado de Derecho civil español*, tomo III, Madrid, 1946, pág. 137 (que entiende que han de tenerse en cuenta los intereses de las dos partes, así como el provecho que del cumplimiento parcial haya obtenido el deudor); RODRÍGUEZ TAPIA, *Sobre la cláusula penal...*, *op. cit.*, págs. 583-584; SANZ, *La cláusula penal...*, *op. cit.*, pág. 107. Igualmente, parece pronunciarse en tal sentido DÁVILA, *La obligación...*, *op. cit.*, págs. 434-435.

(112) STS de 8 de enero de 1945. Debe interpretarse, como hace SANCHEZ (La pena convencional, *op. cit.*, pág. 283), a fin de concertarla con la de 21 de mayo de 1948, en el sentido de que la buena o mala fe del deudor se tendrá en cuenta, como una circunstancia más, a efectos de determinar el *quantum* de la penalidad, pero no para concretar si procede la moderación (vid., *supra*, apartado 3.B). En igual corriente se enmarcan las SSTs de 3 de marzo de 1967, 30 de junio de 1981, 25 de marzo de 1988 y 8 de febrero de 1989.

misión. En los casos de cumplimiento parcial, también habrían de tenerse en cuenta el grado de cumplimiento y de satisfacción experimentado por el acreedor, pero sin que la moderación se reduzca a una simple operación matemática (113).

La jurisprudencia dictada en este sentido ha tenido en cuenta en la moderación, además, otras circunstancias, como la situación provocada por la guerra (114), el incremento posterior de la obra (115), el exiguo plazo convenido para la ejecución (116), la importante cantidad de la pena y la dificultad de edificabilidad (117), la existencia de crisis económica (118), el tiempo de uso del inmueble sin contraprestación y el coste de las mejoras hechas por el deudor (119)...

En cambio, entiende Díez-Picazo (120) que en la moderación no son criterios admisibles la pura discrecionalidad del juzgador, el grado de culpa del deudor o la intensidad de los perjuicios, porque la pena no depende específicamente de ellos; más adecuado es un sistema proporcional, aun cuando no pueda haber una exacta proporción matemática entre, por una parte, penas totales e incumplimiento total, y por otra cumplimiento parcial y pena moderada.

En idéntico sentido, afirma Albaladejo (121) que no han de ser tomados en cuenta para la moderación ni el grado de culpa ni la intensidad del perjuicio causado:

- a) La intensidad del perjuicio, porque la pena no depende de él, ya que si por el total incumplimiento o cumplimiento defectuoso castigado se pagaría la pena entera y sólo ella, con independencia del daño que sufriera el acreedor, si sólo se produce parcialmente el incumplimiento penado o únicamente se produce en parte el cumplimiento defectuoso sancionado con la pena, a lo que se debe mirar no es al daño que tal incumplimiento o cumplimiento defectuoso causan, sino a la proporción existente entre lo cumplido correctamente y el total de lo que se hubiera debido cumplir para no resultar penado.
- b) Tampoco el grado de culpa del deudor, ya que de haberla dará lugar a responsabilidad con independencia de que esté pactada una pena; y,

(113) SANZ, *La cláusula penal...*, *op. cit.*, pág. 107.

(114) STS de 8 de enero de 1945.

(115) SSTs de 20 de abril de 1983 y 29 de enero de 1992.

(116) STS de 29 de enero de 1992.

(117) STS de 20 de octubre de 1988.

(118) STS de 2 de noviembre de 1989.

(119) STS de 26 de diciembre de 1990.

(120) Díez-Picazo, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 403. En tal sentido, también se pronuncia Amunátegui (*La función liquidatoria...*, *op. cit.*, pág. 169).

(121) Albaladejo, *Comentario...*, *op. cit.*, págs. 486-487.

por otra parte, la mayor o menor culpa si exime o disminuye la responsabilidad, exime o disminuye también la pena, pero por exención o disminución de responsabilidad en el cumplimiento de la obligación principal, no por moderación de la pena que corresponda a la responsabilidad generada por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Además, como, en principio, sólo hay que pagar la pena por incumplimiento del que sea culpable el deudor, si el incumplimiento procede en parte de culpa del acreedor (o de un tercero) en esa parte debe reducirse la pena, pero no por la facultad moderadora, sino porque en tal parte no hay incumplimiento culpable y por tanto no ha de pagarse pena por ella (122).

Con ellos entendemos, junto a la mayoría de la doctrina y alguna jurisprudencia (123) —frente a la antes señalada posición, minoritaria, de doctrina y jurisprudencia—, que la cuantía de la moderación no depende de la buena o mala fe del deudor ni de la intensidad de los perjuicios que sufra el acreedor, sino que será proporcional a la parte cumplida o la utilidad de la irregularmente cumplida o, mejor dicho, al perjuicio evitado por el cumplimiento parcial en relación con el perjuicio remanente (124), dejando subsistente la cuantía de la pena correspondiente a lo no cumplido o a aquello en que el cumplimiento fuera defectuoso, y sin que hayan de apreciarse otras circunstancias fuera de las señaladas.

6. OTRAS VIAS DE CONTROL JUDICIAL DE LAS CLAUSULAS PENALES

A continuación, examinaremos en este apartado otras vías —aparte de la prevista en el art. 1.154 del Código Civil— empleadas por la jurisprudencia o apuntadas por la doctrina para realizar el control judicial (125) de las cláusulas penales.

(122) Igualmente, cfr. PINAZO, *Cláusula penal contractual*, op. cit., pág. 372. En parecido sentido se pronuncia también MAZZARESE (*Le obbligazioni penali*, op. cit., pág. 187), que entiende, respecto a los casos de concurso culposo del acreedor en la determinación del incumplimiento o retraso en el cumplimiento, que la independencia de la prueba del daño se entiende en el sentido de prescindir de la imputabilidad del hecho ilícito al comportamiento doloso o culposo del sujeto.

(123) Así, SSTs de 21 de marzo de 1948 y 8 de marzo de 1951, respecto a la buena o mala fe del deudor; esta última también respecto a la intensidad del perjuicio.

(124) SANCHEZ, *La pena convencional*, op. cit., pág. 283. Coincide con él CABANILLAS, *Comentario...*, op. cit., pág. 161.

(125) En ocasiones la jurisprudencia va por estas otras vías más allá de la simple moderación o reducción de la pena. De ahí que hablemos, en general, de *control judicial*.

A) LA LEY DE 23 DE JULIO DE 1908, DE REPRESIÓN DE LA USURA

La Ley de Represión de la Usura (conocida por el nombre de su impulsor como *Ley Azcárate*) contempla la posibilidad de que, bajo la forma de cláusula penal, se encubra en realidad un convenio usurario, en cuyo caso tal cláusula sería nula (art. 9).

Las cláusulas penales que podían encubrir pactos usurarios eran ya previstas en las *Partidas* (126), por influjo del Derecho canónico. Más recientemente, el artículo 1.081.II del Proyecto de Código Civil de 1851 establecía una limitación a las cláusulas penales (127). Finalmente, la Ley de 23 de julio de 1908, contiene una regulación general del préstamo usurario y figuras asimilables, estableciendo su artículo 1: «Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales»; y siendo aplicable la Ley a las cláusulas penales en virtud de su artículo 9 («Lo dispuesto por esta Ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revistan el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido»).

Así, en este caso no se puede hablar propiamente de moderación de la pena, sino de nulidad de la misma, al menos en aquello en que sea usuraria (128). Además, no se tratará en realidad de una cláusula penal, sino de un préstamo usurario encubierto bajo la apariencia de cláusula penal (129).

Cabe entender que hay un préstamo usurario encubierto bajo una cláusula penal en los casos en que haya desplazamiento de numerario en el contrato básico y se incurra en la pena cuando ni siquiera haya sido posible el cumplimiento o por las circunstancias del caso sea altamente improbable que se

(126) Así, la Ley 40 del Título II de la Partida V establecía que, «Otorgan los omes e prometen unos a otros de dar o de fazer alguna cosa, obligandose a pena cierta si non cumplieren aquello que otorgan o prometen. E mueueense a poner esta pena en las promisiones por dos razones. (...) La segunda, es porque algunos engañosamente lo fazen por hauer ocasión de leuar alguna cosa como en razon de usura. (...) Mas si la pena fuesse puesta sobre quantia cierta, que prometiesse alguno de dar, si aquel que rescibe la promission es ome que haya usado de rescibir usura, entonce non es tenuto de pechar la pena el que fizo la promission: maguer non lo cumpla al plazo».

(127) El referido precepto disponía: «La cláusula penal es la compensación de los daños e intereses causados por la falta de cumplimiento de la obligación; pero en las obligaciones de cantidad determinada queda sujeta a la limitación del artículo 1.060 [referente al interés legal máximo]».

(128) ALBALADEJO, *Comentario...*, op. cit., pág. 483, nota 3; ESPÍN, *La cláusula penal...*, op. cit., pág. 165 (también en *Cien estudios...*, op. cit., págs. 1038-1039).

vaya a cumplir en el modo y fecha pactados (plazo muy breve, cosa a entregar de difícil obtención...) (130). Como pone de manifiesto RODRÍGUEZ TAPIA (131), la Ley de Represión de la Usura es aplicable a las cláusulas penales en cuanto sean «negocios jurídicos que, ya por ser complejos, ya de forma indirecta, comportan una obligación pecuniaria para el deudor aunque no se llamen exactamente préstamo o crédito, sino (...) financien (hablando en términos modernos) la obligación de pagar de uno de los contratantes, frente al cual nace un derecho de crédito en favor del otro contratante (vendedor, por ejemplo) o un tercero (financiera)».

La jurisprudencia también ha reconocido la aplicación de la *Ley Azcárate* a cláusulas penales usurarias en varias sentencias (132).

B) LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA «REBUS SIC STANTIBUS»

El montante de la cláusula penal puede ser revisado en caso de alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias. En tal caso, no sería de aplicación el contenido del artículo 1.154, sino la doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*.

La cláusula *rebus sic stantibus* se entiende como un pacto sobreentendido en todo contrato que permite la alteración de los términos en que fue concertado cuando se cumplen los requisitos que viene exigiendo la jurisprudencia, es decir (133):

- a) Alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato, en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración.
- b) Desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumbe el contrato por aniquilación del equilibrio entre dichas prestaciones.
- c) Que ello suceda por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles.
- d) Que se carezca de otro medio para remediar y salvar el perjuicio.

(129) ESPÍN, *La cláusula penal...*, loc. cit. (también en *Cien estudios...*, op. cit., pág. 1038); LOBATO, *La cláusula penal...*, op. cit., pág. 182.

(130) DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., págs. 455-456.

(131) RODRÍGUEZ TAPIA, *Sobre la cláusula penal...*, op. cit., pág. 561. Paréntesis en el original.

(132) SSTs de 19 de junio de 1912, 15 de enero de 1949, 5 y 15 de noviembre de 1955 y 19 de febrero de 1985. En contra, STS de 2 de noviembre de 1994.

(133) STS de 8 de julio de 1991.

La aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* a las penas convencionales es admitida tanto por la doctrina (134) como por el Tribunal Supremo (135), si bien —indica AMUNÁTEGUI (136)— su operatividad práctica quedará muy limitada al ser tan gravosas las exigencias y condiciones de su aplicación.

No obstante, como señala RUIZ VADILLO (137), si de una correcta y detallada interpretación del contrato se deduce que la cláusula penal estipulada no pudo de ninguna manera abarcar el acontecimiento sobrevenido y se dan los requisitos exigidos jurisprudencialmente para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, no debiera encontrarse obstáculo a su aplicación, pues en caso contrario resultarían perjudicados precisamente quienes más previsión demostraron al establecer la cláusula penal como correctivo al incumplimiento.

C) LA NO SUBSISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS QUE DIERON LUGAR
A LA CLÁUSULA PENAL

La cláusula penal sólo es aplicable si al producirse el incumplimiento que sancionaba sigue aún en vigor, y la pérdida de vigencia puede provenir principalmente de que las partes hayan derogado la misma o de que se hayan alterado los supuestos para los que se pactó (138).

En tal sentido, la no subsistencia o alteración de los referidos supuestos (sobre todo, respecto a penas moratorias en contratos de obras, cuando se producen incrementos de importancia del volumen de la obra) determinará la pérdida de vigencia y eficacia de la cláusula penal, provocando que la misma no se deba, o bien la reducción judicial de su cuantía, según la envergadura de las modificaciones (139).

(134) Así, cabe citar a ALBALADEJO, *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 489; AMUNÁTEGUI, *La función liquidatoria...*, *op. cit.*, págs. 73-76; CABANILLAS, *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 161; DÁVILA, *La obligación...*, *op. cit.*, pág. 270; ESPÍN ALBA, *La cláusula penal...*, *op. cit.*, págs. 114-115; GUILARTE GUTIÉRREZ, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1990», en *CCJC*, núm. 24, 1990, pág. 1093; RUIZ VADILLO, *Algunas consideraciones...*, *op. cit.*, págs. 410-411.

(135) STS de 17 de marzo de 1986. La escasez de sentencias del Tribunal Supremo, al respecto, se explica por la gran restrictividad con que la jurisprudencia aplica la cláusula *rebus sic stantibus*, como indicamos en el texto.

(136) AMUNÁTEGUI, *La función liquidatoria...*, *op. cit.*, pág. 76. En el mismo sentido, ESPÍN ALBA, *op. cit.*, pág. 115.

(137) RUIZ VADILLO, *Algunas consideraciones...*, *op. cit.*, pág. 411.

(138) ALBALADEJO, *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 456; AMUNÁTEGUI, *La función liquidatoria...*, *op. cit.*, pág. 67; RUIZ VADILLO, *Algunas consideraciones...*, *op. cit.*, pág. 399.

(139) SSTs de 21 de marzo de 1973, 6 de febrero de 1979, 22 de enero de 1980, 20 de abril de 1983 y 14 de abril de 1985.

La jurisprudencia se ha pronunciado en idéntico sentido (140), aunque en ocasiones entendiendo que la pérdida de eficacia de la cláusula penal se ha producido por la vía de la novación extintiva (141).

D) LA MODERACIÓN EN CASOS DE INCUMPLIMIENTO TOTAL:
EL ARTÍCULO 1.103 DEL CÓDIGO CIVIL

Ha sido propugnado por algunos autores (142) el empleo del artículo 1.103 del Código Civil para la revisión judicial de la pena, como expresión de moderación de la responsabilidad procedente de negligencia. El artículo 1.103 sería de aplicación para remediar las situaciones inequitativas en los casos de incumplimiento *total*, en que, como vimos, no es aplicable el artículo 1.154, pues, aunque entre ellos existen diferencias (143), ambos preceptos se basan en la equidad (144).

Además, se han señalado (145) como argumentos en favor de la aplicación del artículo 1.103 en tal sentido, que:

- a) Si la jurisprudencia lo considera aplicable respecto a obligaciones por responsabilidad extracontractual, en virtud de su fuerza expansiva, con mayor razón lo será en casos de responsabilidad contractual, como es la cláusula penal, lo que encontraría apoyo en el tenor literal de la Base 19.^a de la Ley de Bases del Código Civil.

(140) Cabe citar, entre otras, las SSTs de 7 de diciembre de 1959, 13 de octubre de 1966, 10 de junio de 1969, 21 de marzo de 1973, 22 de diciembre de 1977, 22 de enero de 1980, 16 de septiembre de 1986 y 20 de febrero de 1989, respecto a modificaciones de envergadura. Simples modificaciones que determinan la moderación de la pena, pero no su supresión, o bien la corrección de la fecha de entrega de la obra, se contemplan en las SSTs de 21 de marzo de 1973, 22 de diciembre de 1977 y 20 de abril de 1983.

(141) Así, SSTs de 25 de noviembre de 1960, 14 de mayo de 1971, 27 de septiembre de 1972, 9 de junio de 1973, 16 de febrero de 1983 y 1 de junio de 1995.

(142) AMUNÁTEGUI, *La función liquidatoria...*, *op. cit.*, págs. 113-119 (si bien en las págs. 117-118 entiende que el art. 1.103 del Código Civil no es aplicable a la cláusula penal liquidatoria, pero sí a la cumulativa); DÁVILA, *La obligación...*, *op. cit.*, págs. 466-475; DÍAZ ALABART, SILVIA, «Comentario al artículo 1.103», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO y ella misma, tomo XV, vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 1989, págs. 475-584, espec. 565-568, y *La facultad...*, *op. cit.*, págs. 1133-1224; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Manual de Derecho civil*, 2.ª ed., reimpr., Librería Bosch, Barcelona, 1990, pág. 533; SANZ, *La cláusula penal...*, *op. cit.*, págs. 98-99.

(143) Vid. DÁVILA, *La obligación...*, *op. cit.*, pág. 467; DÍAZ ALABART, *Comentario...*, *op. cit.*, págs. 567-568, y *La facultad...*, *op. cit.*, págs. 1213-1216.

(144) DÁVILA, *La obligación...*, *op. cit.*, págs. 467-468; DÍAZ ALABART, *Comentario...*, *op. cit.*, págs. 537-539, y *La facultad...*, *op. cit.*, pág. 1215.

(145) DÁVILA, *La obligación...*, *op. cit.*, págs. 470-473.

- b) Al estar basado el artículo 1.103 del Código en la equidad, es precisamente en la reducción de la pena convencional donde sus resultados serían más equitativos, pues se moderaría la cláusula penal y no exclusivamente la indemnización calculada conforme a los artículos 1.106 y 1.107.
- c) El argumento de no contener el Código Civil español una prohibición de moderar la pena en los casos de incumplimiento total, con un precepto similar a la redacción original del artículo 1.152 del *Code* francés.

No obstante, la aplicación del artículo 1.103 del Código Civil a las cláusulas penales será de escasa frecuencia, ya que el Tribunal Supremo parece equiparar el incumplimiento total al incumplimiento por dolo o culpa lata (en cuyo caso no cabrá moderación), aunque cabría imaginar casos de incumplimiento total producido por conducta meramente negligente del deudor y en que la pena sea inequitativa (146).

En contra de esta aplicación, señala PINAZO (147) que cuando el Tribunal Supremo ha moderado la pena siempre lo ha hecho sobre la base de una interpretación extensiva del artículo 1.154 del Código, que el propio artículo 1.154 impediría su aplicación, al limitar la posibilidad de moderación de la cláusula penal únicamente al caso de incumplimiento parcial, de modo que excluiría a la cláusula de la regla general del artículo 1.103, y que en cualquier caso no sería aplicable a la cláusula penal liquidatoria, en que la pena «sustituye» a la indemnización, por lo que de entender aplicable el artículo 1.103 se infringiría el principio *pacta sunt servanda*. A esto, cabe responder que si bien la jurisprudencia ha aplicado escasamente el artículo 1.103 del Código Civil (como veremos seguidamente) lo ha hecho en alguna ocasión, y que en cualquier caso nunca se ha pronunciado en contra de tal aplicación; que no cabe entender que el artículo 1.154, como dice el propio autor, previsto sólo para incumplimientos parciales, excluya que en los incumplimientos totales se aplique el 1.103, al que el propio PINAZO reconoce el carácter de regla general, ya que la «responsabilidad que proceda de negligencia» es «exigible en el cumplimiento de *toda clase de obligaciones*», moderándola según los casos; y, finalmente, que de aplicarlo no se infringiría el principio *pacta sunt servanda*, ya que éste sólo vincula a las partes, no al juez, que en virtud de la equidad podrá moderar la pena «según los casos».

La jurisprudencia —como antes señalábamos— ha aplicado el artículo 1.103 del Código Civil en contadas ocasiones: en ese sentido, cabe citar un

(146) DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., págs. 474-475.

(147) PINAZO, *Cláusula penal contractual*, op. cit., pág. 372.

obiter dictum de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956 (que afirma que la moderación cabe no sólo en caso de incumplimiento parcial o irregular, «sino también cuando resulten desorbitados sus efectos en ciertos casos») y una Sentencia de la Sala 4.^a (Contencioso-Administrativa) del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1978 (que aplica el art. 1.103 del Código Civil a una institución —una fianza que opera como fijación anticipada de daños y perjuicios— que funciona a modo de cláusula penal, donde no podía aplicar el art. 1.154). La Sentencia de 19 de febrero de 1990 realiza una serie de afirmaciones, tanto sobre el artículo 1.103 como sobre el 1.154, pero no se pronuncia sobre el extremo que tratamos, limitándose a señalar que ambos preceptos descansan, si bien con distinto carácter, sobre la equidad.

E) LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ABUSO DE DERECHO

Algún autor (148) menciona, como otra vía para la moderación judicial, la aplicación de la teoría del abuso de derecho del artículo 7 del Código Civil, y de modo más concreto el principio de la buena fe contractual del artículo 1.258 del mismo Código.

No obstante, entendemos que no es aplicable en la moderación de cláusulas penales la referida teoría, y en ese sentido la jurisprudencia la ha rechazado, con base en que la misma «responde siempre al ejercicio de un derecho que rebase naturalmente los límites en que está especificado en su contorno, contenido o conjunto de facultades; pero (...), en el caso de autos, el ejercicio por parte del actor de la operatividad de dicha cláusula se ampara, precisamente, en los límites prefijados en la inserción contractual de la misma, y todo ello con independencia de que (...) cualquier exceso o desvío que pudiese existir en la cuantificación o exigencia de la misma está perfectamente restaurado o corregido merced a la facultad discrecional que confiere a los Tribunales el artículo 1.154» (149).

F) LA NEGACIÓN DEL CARÁCTER DE CLÁUSULA PENAL

Finalmente, hagamos una breve referencia a que, en determinadas ocasiones, el Tribunal Supremo ha prescindido de la regulación del Código Civil, resolviendo en equidad mediante la negación del carácter de cláusula penal a ciertos pactos, a fin de inaplicar penas de cuantías sensiblemente inferiores a los perjuicios efectivamente sufridos.

(148) SANTOS BRIZ, JAIME, Notas al *Derecho de obligaciones*, de KARL LARENZ, trad. también por él, Ed. RDP, Madrid, 1958, pág. 317.

(149) STS de 26 de diciembre de 1990.

Así, la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1990, contra una jurisprudencia constante (150) y la doctrina mayoritaria (151), niega el carácter de pena convencional a un pacto comisorio, considerando que era «una garantía encaminada a compensar la ocupación que pueda mantener sobre el local vendido». Igualmente negó tal carácter, por considerar excesiva la indemnización prevista para casos de incumplimiento total, la Sentencia de 4 de junio de 1979, entendiendo que en realidad había un «módulo para determinar la indemnización de daños y perjuicios».

Entendemos que esta posición que el Tribunal Supremo ha seguido en ocasiones —si bien es cierto que escasas— es muy criticable. Respecto al pacto comisorio, hay una práctica unanimidad entre jurisprudencia y doctrina en reconocerle el carácter de cláusula penal, sobre todo respecto a las compraventas a plazos (152), y no cabe apoyarse en la equidad para apartarse de esa línea y señalar otra cosa *para el caso concreto*. En general, puede decirse que resulta forzada la posición de negar el carácter de pena convencional a un pacto por el mero hecho de resultar la cuantía prevista inferior a los daños sufridos (aunque, por supuesto, no se dice esto expresamente), violentando la interpretación para, en base a la equidad, rehuir las limitaciones que el artículo 1.154 del Código Civil impone al juez, lo cual provoca una gran inseguridad jurídica.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: «Comentario al artículo 1.154», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por él mismo y SILVIA DÍAZ ALABART, tomo XV, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1993, págs. 481-489.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA DE: *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1993.
- ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1989», en *CCJC*, núm. 19, 1989, págs. 191-204.
- BLANCO GÓMEZ, JUAN JOSÉ: *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Ed. Dykinson, Madrid, 1996.

(150) SSTs de 8 de enero de 1945, 11 de marzo de 1957, 25 de enero de 1985 y 8 de febrero de 1989, entre otras.

(151) DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., pág. 188; RODRÍGUEZ TAPIA, *Sobre la cláusula penal...*, op. cit., pág. 558; RUIZ VADILLO, *Algunas consideraciones...*, op. cit., pág. 390; vid., asimismo, la crítica que a esta Sentencia realiza ESPÍN ALBA (*La cláusula penal...*, op. cit., pág. 118). En contra, en cambio, ATAZ, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1989*, op. cit., págs. 201-202.

(152) Vid., *supra*, apartado 3.F.

- CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO: «Comentario al artículo 1.154», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por CÁNDIDO PAZ-ARES RODRÍGUEZ, LUIS DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, RODRIGO BERCOVITZ y PABLO SALVADOR CODERCH, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 160-161.
- DÁVILA GONZÁLEZ, JAVIER: *La obligación con cláusula penal*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1992.
- DÍAZ ALABART, SILVIA: «Comentario al artículo 1.103», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO y ella misma, tomo XV, vol. 1.º, EDESA, Madrid, 1989, págs. 475-584.
- «La facultad de moderación del artículo 1.103 del Código Civil», en *ADC*, tomo XLI-IV, 1988, págs. 1133-1224.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo II, 5.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 7.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1995.
- ENNECERUS, LUDWIG: *Derecho de obligaciones* (tomo II del *Tratado de Derecho civil* de LUDWIG ENNECERUS, THEODOR KIPP y MARTIN WOLFF, trad. y anot. por BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER), 11.ª revis. por HENRICH LEHMANN, vol. 1.º, 2.ª ed., por JOSÉ PUIG BRUTAU, Ed. Bosch, Barcelona, 1954.
- ESPÍN ALBA, ISABEL: *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. E.: «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», en *RDP*, marzo 1946, págs. 145-169. También en *Cien estudios jurídicos del profesor doctor Diego Espín Cánovas (Colección seleccionada desde 1942 a 1996)*, tomo II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, págs. 1005-1046.
- GÓMEZ CALERO, JUAN: «El contrato de construcción de buque con cláusula penal en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1980», en *RDP*, julio-agosto 1982, págs. 710-719.
- GUILARTE GUTIÉRREZ: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1990», en *CCJC*, núm. 24, 1990, págs. 1083-1095.
- JORDANO FRAGA, FRANCISCO: *La responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1987.
- *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Ed. Civitas, Madrid, 1992.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA: *La cláusula penal. Su régimen jurídico en el Derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Manual de Derecho civil*, 2.ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1984.
- LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS: *Principios de Derecho Civil*, tomo II, 3.ª ed., Ed. Trivium, Madrid, 1995.
- LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL: Prólogo a la obra de ESPÍN ALBA, *La cláusula penal...*, op. cit., págs. 9-12.
- LOBATO DE BLAS, JOSÉ M.ª: *La cláusula penal en el Derecho español*, EUNSA, Pamplona, 1974.

- ORTÍ VALLEJO, ANTONIO: «Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal», en *RGLJ*, tomo LXXXV, núm. 4, octubre 1982, págs. 281-319.
- PINAZO TOBES, ENRIQUE: «Cláusula penal contractual», en CARRASCO PERERA, ANGEL FRANCISCO (dir.): *Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, XVI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo I, vol. II, 4.^a ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1988.
- PUIG PEÑA, FEDERICO: *Tratado de Derecho civil español*, tomo III, Madrid, 1946.
- RIBÓ DURÁN, LUIS: «Voz "Equidad"», *Diccionario de Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987, pág. 255.
- ROGEL VIDE, CARLOS: *Derecho de obligaciones y contratos*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- RODRÍGUEZ TAPIA, JOSÉ MIGUEL: «Sobre la cláusula penal en el Código civil», en *ADC*, tomo XLVI-II, 1993, págs. 511-587.
- RUÍZ VADILLO, ENRIQUE: «Algunas consideraciones sobre la cláusula penal», en *RDP*, vol. LIX-I, 1975, págs. 374-412.
- SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS: «La pena convencional», en *Elementos de Derecho Civil* (de LACRUZ y otros), tomo II (*Derecho de Obligaciones*), vol. I, 3.^a ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1994, págs. 272-284.
- SANZ VIOLA, ANA M.^a: *La cláusula penal en el Código Civil*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1994.
- VINEY, GENEVIÈVE: *Les obligations. La responsabilité: effets* (tomo V del *Traité de Droit civil*, dir. por JACQUES GHESTIN), Ed. LGDJ, París, 1988.

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ
Departamento de Derecho Civil de la UNED

DICTAMENES Y NOTAS

El documento judicial registrable y su calificación registral en el Perú

CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA CALIFICACION REGISTRAL

Son muchas las definiciones que sobre la calificación registral ha esbozado la doctrina (1). Por nuestra parte, sin alejarnos demasiado de ellas en líneas generales, entendemos que *la calificación registral es el control que realiza el Registrador a efectos de determinar si el título presentado al Registro es inscribible, sobre la base de los diversos principios que, como requisitos y presupuestos técnicos para la inscripción, cada sistema contempla*. Es decir, se trata de definir si el derecho o situación jurídica contenidas en el respectivo título y cuya publicidad registral se pretende a través de la inscripción que se solicita, así como las titularidades que a dichas situaciones corresponden, merecen ser objeto de publicidad y, por tanto, hacerse cognos-

(1) Para PAU PEDRÓN la «calificación consiste en el control de legalidad de los documentos inscribibles» y su finalidad «es exclusivamente la de determinar la accesibilidad del título al Registro». PAU PEDRÓN, ANTONIO, *Curso de práctica registral*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1995, págs. 66 y 68. DIEZ-PICAZO, por su parte, considera se «trata (...) de un enjuiciamiento que el registrador realiza sobre la legalidad de los documentos y sobre la validez y la eficacia de los negocios jurídicos contenidos en ellos». DIEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Editorial Civitas, cuarta edición, Madrid, 1995, pág. 383. Finalmente, AMORÓS GUARDIOLA, en forma más extensa, entiende que «...calificar es tanto como nominar o designar la naturaleza de un fenómeno jurídico (calificar algo como contrato, delito, derecho real o arrendamiento, por ejemplo), pero es también enjuiciar su eficacia jurídica, determinar si es válido, nulo o inoponible; de manera que la idea de calificación en términos jurídicos apunta tanto a un juicio de existencia o de naturaleza como a un juicio de eficacia. A ambos significados se refiere la calificación registral, aunque tiene mayor importancia este segundo significado que proyecta la calificación sobre la eficacia del acto». AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL, «Significado de la calificación registral», en *La calificación registral*, tomo I. Edición a cargo de Francisco Javier Gómez Gállego. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1996, pág. 618.

cibles por terceros, beneficiándose de esta manera con la legitimación y protección que emanan directamente de tal publicidad.

La rigurosidad que en cada sistema tiene la calificación registral se encuentra estrechamente vinculada a la real eficacia de la publicidad registral en ese sistema. *A mayor eficacia de la publicidad y fuerza del Registro más rigurosa debe ser la calificación*, y viceversa. Así, la calificación registral se apoyará en principios más exigentes cuanto más amplia sea la protección y legitimación que los principios, a través de los cuales se concretan los efectos materiales de la inscripción, otorgan a los titulares registrales y terceros adquirentes. A decir de PAU PEDRÓN, la «*calificación es un presupuesto lógico de la eficacia del Registro. La intensa eficacia del Registro sólo puede producirse por una previa calificación rigurosa*» (2).

UBICACION DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Ante todo cabe precisar que, en nuestra opinión, como ya lo hemos expresado anteriormente en diversos foros (3), *los principios registrales son las características o rasgos fundamentales que informan a un determinado sistema registral y que lo distinguen o asemejan de otros*, convirtiéndose en los medios o instrumentos a través de los cuales, en forma mediata o inmediata, se alcanzan los fines de la publicidad jurídica registral, esto es, la seguridad jurídica en sus dos manifestaciones, la estática y la dinámica (4). En tal sentido, *los principios registrales, en tanto características o rasgos fundamentales de un determinado sistema, no son otra cosa sino las diversas maneras como este sistema de publicidad registral, en particular, cumple sus fines de seguridad jurídica*.

Ahora bien, los principios registrales, en tanto medios o instrumentos para alcanzar estos fines, pueden estar orientados a regular el procedimiento y la

(2) PAU PEDRÓN, ANTONIO, *Curso de práctica registral*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1995, pág. 66.

(3) En mi ponencia titulada *La publicidad jurídica registral: Eficacia material y principios registrales*, presentada a la Primera Jornada Preparatoria del Primer Congreso Nacional de Derecho Registral realizada en la ciudad de Cuzco los días 13 y 14 de noviembre de 1997, y publicada en *Derecho Registral I*, Gaceta Jurídica Editores, enero de 1998, págs. 7-12, así como en mi artículo sobre *publicidad jurídica registral*, publicado en «El Peruano», en página central en dos partes los días 7 y 10 de noviembre de 1997.

(4) La primera de ellas —seguridad estática— se refiere a que ningún titular de un derecho puede ser privado de él sin su previo asentimiento. La segunda —seguridad dinámica— a que el adquirente de un derecho no puede ser privado de él o ver ineficaz su adquisición por virtud de una causa que no conoció o que no debió conocer al tiempo de llevarla a cabo.

calificación registral, actuando en forma mediata como rectores del conjunto de fases o etapas que necesariamente se desarrollan antes de la inscripción y consecuente publicación de una determinada situación jurídica. En este caso, dichos principios buscan el control —*principio de legalidad*— y la selección —*consideramos que en este caso nada obsta para referirse a un principio de relevancia o trascendencia registral*— de las situaciones jurídicas inscribibles, la adecuada relación —*principios de tracto sucesivo, impenetrabilidad y prioridad excluyente*— entre el título inscribible y la partida registral, así como el orden —*principios de prioridad formal y tracto sucesivo*— y la claridad —*principio de especialidad*— al momento de practicar la inscripción (5).

Es en este contexto en que se ubica el *principio registral de legalidad*, por virtud del cual los Registradores deben *calificar*, valga la redundancia, la *legalidad* del título inscribible en cuya virtud se solicita la inscripción del acto o del derecho conformante de aquél. La calificación de la legalidad se extiende a verificar el cumplimiento de las formalidades de los documentos en que consta el título y, además, en los sistemas más avanzados, la validez del acto causal contenido en aquéllos y la capacidad de los otorgantes. Estos alcances se encuentran en el artículo 2.011 del Código Civil, de donde se deduce que, en cuanto al control de legalidad del título presentado, esto es, la determinación de los defectos propiamente dichos, la calificación registral es sumamente rigurosa porque no se queda en la forma sino que va al contenido mismo.

Ello se explica porque el Registro en el Perú tiene importantes efectos jurídicos, en la medida en que se recoge el principio de oponibilidad en el artículo 2.022 del Código Civil, así como las dos presunciones de exactitud de los registros jurídicos; la relativa, que protege al titular registral presumiendo cierta su condición como tal (principio de legitimación, art. 2.013 del Código Civil) y la absoluta, que protege al subadquirente a título oneroso y de buena fe o tercero registral que contrata sobre la base de lo que proclama el Registro (principio de fe pública registral, art. 2.014 del Código Civil). En consecuencia, la eficacia material de la publicidad en el sistema registral peruano se concreta en tres principios fundamentalmente: *Legitimación, Oponibilidad y Fe Pública Registral* (6), que, por lo demás, son los princi-

(5) Los principios registrales también pueden estar orientados a definir los diversos efectos que acarrea la inscripción y, consecuentemente, la publicación de determinadas situaciones jurídicas, supuesto en el cual se encuentran encaminados hacia la legitimación del titular registral y su protección en tanto tercero registral.

(6) El primero de ellos cumple la función de legitimar al titular registral y, por consiguiente, tutela la seguridad estática de los derechos. Los dos restantes protegen a los terceros registrales (cada uno se refiere a un tercero registral perfectamente diferenciado: el principio de oponibilidad protege el llamado *tercero latino* y el principio de fe

prios de publicidad material más importantes que se recogen en el derecho comparado (7).

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA CALIFICACION REGISTRAL

En mi opinión el concepto de *calificación registral* así como, en los hechos, la misma función calificadora, **comprende al denominado principio de legalidad pero no se agota en él.** En este sentido, no estoy de acuerdo con los autores que identifican plenamente ambos conceptos —calificación registral y principio de legalidad— considerando que se refieren a lo mismo. Más bien, lo que ocurre es que el *principio de legalidad supone tan sólo un aspecto de la calificación registral, que es un concepto mucho más amplio donde quedan comprendidos, además de dicho control de legalidad, la determinación de los obstáculos que puedan emanar de la partida (tracto sucesivo, impenetrabilidad y prioridad excluyente) así como la relevancia registral de la situación jurídica que pretende inscribirse.*

En este sentido, **la calificación registral no sería un principio registral**, como se ha afirmado tradicionalmente, toda vez que no es un rasgo o característica de un determinado sistema registral que lo distingue de otros, sino que viene a ser la actividad fundamental del Registrador tendente a determinar si ciertas situaciones jurídicas son o no inscribibles y, como tal, común a cualquier registro jurídico. Para tal efecto, la calificación registral se apoya en una serie de principios registrales, como son *legalidad*, tracto sucesivo, impenetrabilidad, etc., los mismos que constituyen requisitos o presupuestos técnicos para la inscripción y, en tal condición, instrumentos mediatos para

pública al denominado tercero germano) tutelando, de esta manera, la seguridad dinámica o seguridad del tráfico. **Ver mis trabajos referidos en la cita al pie de página 3 que antecede, en donde se encontrará un tratamiento más amplio sobre este tema.**

(7) Sin embargo no son los únicos. Hay algunos principios relacionados con la prescripción adquisitiva o usucapión que no han sido recogidos en el sistema registral peruano. Me refiero concretamente a la *prescripción «secundum tabulas»* o *«ad tabulas»*, o simplemente prescripción según el Registro y a favor del titular registral, basada en la presunción posesoria de este último y recogida, por ejemplo, en el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, así como **a la limitación de la prescripción «contra tabulas»**, esto es, contra el titular registral en su condición de tercero adquirente, recogido en el artículo 36 de la recién citada norma española, aunque en forma muy exigente, de modo tal que la doctrina considera su aplicación práctica muy limitada. Actualmente en el Perú, en el caso concreto de la *prescripción contra tabulas*, a falta de norma expresa, prevalecería el poseedor que adquiere por prescripción sobre el tercero registral, cuestión que debilita sensiblemente al Registro. En el anteproyecto de los Libros de Derechos Reales y Registros Públicos preparados en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil se están recogiendo ambos principios, favoreciendo siempre a la publicidad que emana del Registro —y por tanto beneficiando al tercero registral— sobre cualquier otra forma de publicidad menos perfecta y eficaz, como la posesoria, por ejemplo.

alcanzar el fin de seguridad jurídica propio de todo sistema de publicidad registral, mientras que los otros principios (oponibilidad, legitimación y fe pública registral), en tanto efectos o consecuencias de la inscripción, se convierten en instrumentos inmediatos para alcanzar el mismo fin.

La calificación registral como tal no distingue ni asemeja un sistema de otro sino que los convierte a todos en sistemas registrales jurídicos. En consecuencia, lo que será diferente en uno u otro sistema registral serán los alcances y rigor de la calificación registral, y ello sí depende de los principios que cada uno de estos sistemas haya recogido, pero no la calificación registral en sí misma considerada (8).

Cuando hablamos del *principio de legalidad*, entonces, nos referimos a la calificación que hace del Registrador del título inscribible y no a la relación de éste con el contenido del Registro ni a su relevancia o trascendencia respecto de terceros. Dentro del control de legalidad se encuentra también un aspecto que nos interesa para efectos de este trabajo, a saber: la calificación de la validez del acto material que constituye la causa directa e inmediata de la inscripción. Este acto material en tanto causa eficiente de la inscripción es a la que el Código se refiere en el artículo 2.011 cuando alude a que la calificación también comprende la validez del acto contenido en los documentos presentados al Registro para su inscripción.

LA INEFICACIA REGISTRAL DEL TÍTULO INSCRIBIBLE COMO POSIBLE RESULTADO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

Ha escrito Gómez Galligó que *«junto a las tradicionales categorías de ineficacia jurídica, debe también situarse con entidad propia la ineficacia registral que no ha sido suficientemente tratada por la doctrina científica, y que es decisiva a la hora de perfilar la clasificación de las faltas en subsanables o insubsanables»* y añade que el *«contenido de la ineficacia no es otro que la falta de atribución a la relación jurídica creada de las consecuencias que la ley atribuye a la inscripción»* (9).

Es decir, todo derecho o situación jurídica que accede a la publicidad registral adquiere una especial eficacia o fuerza que no tenía antes de su

(8) Sucede lo mismo con la publicidad jurídica registral, que, en mi opinión, tampoco es un principio registral —según lo he manifestado en diversas ocasiones— como tradicionalmente la ha considerado la doctrina, sino más bien el objeto mismo de la inscripción. Ahora, el nivel de eficacia material de dicha publicidad sí dependerá de los principios que cada sistema haya recogido.

(9) GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER, *Defectos en los documentos presentados a inscripción en el Registro de la Propiedad. Distinción entre faltas subsanables e insubsanables*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 2.ª ed., Madrid, pág. 127.

publicación. Esta mayor fuerza o eficacia no es otra cosa que la consecuencia que la ley atribuye a la inscripción, y se manifiesta concretamente en los diversos principios registrales que, como efectos de la inscripción, cada sistema registral recoge.

Finalmente, el grado de eficacia o la importancia de las consecuencias jurídicas que emanan de la publicidad registral dependerá justamente de estos principios. En el caso peruano, como ya se dijo, el derecho o situación jurídica publicada resulta plenamente oponible frente a terceros (principio de oponibilidad, art. 2.022 del Código Civil), el tercero subadquirente que contrata sobre la base del Registro se encuentra protegido contra futuras ineficacias que no conoció al momento de adquirir (principio de fe pública registral, art. 2.014 del Código Civil) y el titular registral se encuentra legitimado en sus derechos (principio de legitimación, art. 2.013 del Código Civil).

Un título ineficaz será aquél que no puede cumplir con su finalidad por no ser inscribible, a saber, acceder a la publicidad registral y, por tanto, no podrá gozar de esa mayor fuerza o eficacia que, en el caso peruano, se concreta en los mencionados principios. Es decir, la situación jurídica no será oponible a terceros (art. 2.022 del Código Civil) y éstos, en calidad de subadquirentes, nunca se encontrarán protegidos contra posibles ineficacias de los títulos anteriores (art. 2.014 del Código Civil), mientras que el titular del derecho cuya inscripción se solicitaba, en ningún caso estará legitimado con una presunción de exactitud a su favor (art. 2.013 del Código Civil), sino más bien deslegitimado relativamente en función a lo proclamado por el Registro, que aún publica la situación anterior, y, si el bien ni siquiera se encuentra inmatriculado, a lo mucho con una presunción de hecho basada en la posesión (art. 912 del Código Civil).

En consecuencia, *el Registrador, a través de la calificación registral antes definida, en la medida en que determina si el derecho o situación jurídica contenida en un título es inscribible, está definiendo en última instancia la eficacia o ineficacia del mismo.*

La ineficacia del título puede deberse a un defecto del mismo acto o del documento que lo contiene —*principio de legalidad*—, a algún obstáculo que emane de la partida registral al confrontar el contenido del título con aquélla (tracto sucesivo, prioridad excluyente e impenetrabilidad) o, finalmente, a una manifiesta irrelevancia registral del derecho o situación jurídica que se pretende inscribir. A pesar de ello, los Reglamentos y la mayoría de la doctrina aluden a faltas o defectos para referirse a todos estos supuestos (10), cuando en realidad con esta terminología sólo comprenden al primero de ellos.

(10) Al respecto, Díez-PICAZO señala que «tal vez fuera posible intentar perfilar esta terminología, hablando de "faltas" cuando los títulos son defectuosos e irregulares y de "obstáculos" para la inscripción, cuando lo que impide la extensión del asiento es la

La imposibilidad de acceder a la publicidad registral podrá ser temporal cuando el defecto sea subsanable o el obstáculo salvable, y definitiva cuando el defecto sea insubsanable, el obstáculo insalvable o la irrelevancia manifiesta.

LA CALIFICACION DE RESOLUCIONES JUDICIALES

El artículo 2.011 del Código Civil peruano, como ya se indicó, recoge genéricamente el principio de legalidad entendido en sentido estricto, al establecer que el Registrador deberá examinar la forma del documento, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto.

Sin embargo, el segundo párrafo del mismo artículo restringe los alcances de la calificación registral cuando se trata de partes judiciales que provienen de sede judicial. En este sentido, señala expresamente que el registrador no podrá observar este tipo de documentos sino tan sólo solicitar al Juez aclaraciones o rectificaciones.

Gran parte de la doctrina y jurisprudencia nacional ha entendido que este segundo párrafo imposibilita cualquier tipo de observación a un título que provenga de sede judicial. No obstante, nuestra opinión no es la misma. Sobre la base de los conceptos que hemos delineado en los párrafos precedentes, podemos concluir fácilmente que este segundo párrafo es tan sólo una excepción al principio de legalidad recogido en el primer párrafo del mismo artículo. Esto es, el Registrador no podrá realizar un control de legalidad de las resoluciones judiciales, advirtiendo defectos relativos a la validez o eficacia de la misma. Pero en el marco de su función calificadora, tal como la hemos entendido, nada impedirá que advierta determinados obstáculos que emanan al confrontar el mandato judicial con el contenido de las partidas registrales o la irrelevancia registral en tanto acto no inscribible del mismo.

ALVARO DELGADO SCHEELJE

Gerente de Bienes Muebles de la ORLC

Ex-Vocal del Tribunal Registral (e) de la ORLC

*existencia de otro asiento incompatible en el Registro. El Registro ha quedado cerrado para el presentante del título, aun cuando éste no tenga ningún defecto o irregularidad. Es la contradicción del título con el Registro, lo que provoca el cierre de éste». DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Editorial Civitas, cuarta edición, Madrid, 1986, págs. 388-389.*

Nulidad de asientos en el Derecho Registral peruano: aspectos generales

INTRODUCCION

El concepto de Publicidad Registral ha venido siendo estudiado en nuestro sistema registral desde una *«perspectiva positiva»*, es decir, a partir de sus efectos jurídico-sustantivos en el desarrollo del tráfico jurídico, al presentarse aquella publicidad como *«proclamación oficial de situaciones jurídicas»* (1), amparada por una presunción de exactitud de su contenido (principio de legitimación); presunción que históricamente ha sido *«consagrada en favor del tercero»* (NÚÑEZ LAGOS) (2).

En esta ocasión analizaremos el otro aspecto de la publicidad, aquél referido a los supuestos *«anómalos»* o *«patológicos»* que hacen que la presunción de exactitud —propio de los Registros de Seguridad Jurídica— se vea afectada, debido a la existencia de *«inexactitudes registrales»*, sea por causa de nulidad del título o del asiento registral; situaciones que teóricamente pueden presentarse, pero que en la práctica resultan una *«rara avis»*, dada la rigurosidad de la calificación registral en nuestro sistema; en ese sentido, al no ser la inscripción —en principio— de carácter constitutivo, no podrían convalidarse las nulidades existentes, por lo que parafraseando a NÚÑEZ, *«el título no es válido porque se inscribe, sino que se inscribe porque es válido»*, en esa medida se justifica tal presunción de exactitud en favor del asiento.

De la revisión de los trabajos académicos publicados en el medio de quienes nos precedieron en el estudio del derecho registral, sólo existen breves referencias al tema de las nulidades, encontrándose pendiente entonces el desarrollo de una teoría general sobre el mismo, para lo cual resulta imprescindible recurrir a las diferentes fuentes que nos provee el derecho, en especial el dere-

(1) PAU PEDRÓN, ANTONIO, *Curso de práctica registral*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas (UPCO), 1995, pág. 18 y sigs.

(2) Citado por CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA, *Estudios de Derecho Hipotecario*, Madrid, Marcial Pons, tomo I, 1994, pág. 299.

cho comparado; por otro lado, debe advertirse que nuestra legislación en cuanto al tema de la legitimación registral —hasta antes del Código Civil de 1984— se amparó básicamente en el artículo VII del Título Preliminar y en los artículos 172 y 182 (en cuanto a las nulidades) del Reglamento General de los Registros Públicos —aprobado por acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, el 16 de mayo de 1968 (3)—, por lo que es claro que después de varias décadas y habiéndose producido grandes cambios en el entorno económico-social nacional, urge su pronta renovación.

Las siguientes líneas intentarán abordar de manera inicial y general los principales aspectos del tema de la «*extinción de los asientos registrales*» o «*cese de la vigencia de los asientos*» por causas de nulidad en el derecho registral peruano, naturalmente desde un enfoque sustancialmente registral, considerando la amplitud y complejidad del mismo; no obstante, que la nulidad es un asunto cuya determinación compete exclusivamente al poder judicial —como señalan algunos—, este tema reviste indudablemente importancia para todos los operadores del derecho, en especial para los Registradores y el Tribunal Registral, debido a los efectos que pudieren derivarse de la declaración de nulidad en términos de publicidad registral, inexactitud registral y responsabilidad.

1. PRESUNCION DE EXACTITUD DEL REGISTRO Y EFICACIA NO CONVALIDANTE DE LAS INSCRIPCIONES

La eficacia de todo Registro de Seguridad Jurídica (4) se basa principalmente en su oponibilidad («*publicidad efecto*»), la legitimación o presunción de exactitud de su contenido y la fe pública registral.

En cuanto a la legitimación del contenido del Registro, nuestro ordenamiento jurídico —en concordancia con la doctrina moderna— la consagró

(3) Reglamento que estuvo inspirado en la Ley Hipotecaria española de 1861, reformada en 1944 (Ley del 30 de diciembre) y ley «refundida» posteriormente mediante Ley del 8 de febrero de 1946.

(4) Los «Registros de Seguridad Jurídica» son aquellos que tienen en común las siguientes características: existencia de un control de legalidad (calificación), conexión entre los asientos registrales (tracto sucesivo), el carácter documental público del asiento, la oponibilidad o eficacia frente a terceros («publicidad efecto», según CHICO Y ORTIZ) y la cognoscibilidad; en contraposición los otros tipos de Registro, denominados «Registros de Información Administrativa», son básicamente archivos o colecciones de datos, generalmente de uso interno de la administración, con efectos estadísticos, fiscales, etc., los mismos que brindan la «publicidad noticia». Véase LEYVA, J. A., «Planteamiento general de los Registros Públicos y su división en Registros Administrativos y Registros Jurídicos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España), núm. 591, marzo-abril 1989, pág. 298.

como principio en el artículo 2.013 del Código Civil, al establecer textualmente que: *«El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez»*; intervención judicial que se justifica al encontrarse los asientos *«bajo la salvaguardia de los tribunales»* (art. 1 de la Ley Hipotecaria); constituye antecedente inmediato el artículo VII del Título Preliminar del «Reglamento General de los Registros Públicos» que en términos similares señala *«El contenido de las inscripciones se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique en la forma que establecen las leyes y reglamentos o no se declare judicialmente su invalidez»*; el correlato a nivel del Sistema Nacional Registral de este principio podemos encontrarlo en el artículo 3 de la Ley N.º 26366, «Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos», que indica: *«Son garantías del sistema nacional de los registros públicos: b) la intangibilidad del contenido de los asientos registrales, salvo título modificatorio o sentencia judicial firme»*.

A nivel del derecho comparado y como antecedente inmediato de nuestro Reglamento General de los Registros Públicos, podemos citar el artículo 38 de la Ley Hipotecaria —referido al Registro de la Propiedad— el mismo que en su párrafo 1.º señala: *«A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos»*; esta presunción se extiende entonces a la existencia, titularidad y extensión de los derechos reales, y tratándose de asientos de cancelación, a su inexistencia.

El fundamento del principio de legitimación es esencialmente *«facilitar la vida jurídica mediante la presunción de que toda apariencia de derecho conlleva a la existencia del mismo»* (5).

Para intentar englobar la totalidad de las consecuencias que la presunción de exactitud produce en el orden jurídico, se ha acuñado el término principio de legitimación; la legitimación en sentido técnico, según LADARIA, es *«el reconocimiento que el ordenamiento jurídico otorga a una persona de la posibilidad de realizar con eficacia un acto jurídico respecto de un bien, derivando dicha posibilidad de una determinada relación entre el sujeto que actúa y el bien»* (6).

(5) ESTURILLO LÓPEZ, ANTONIO, *Estudio de la Legislación sobre el Registro Mercantil. Práctica de la Legislación Mercantil Societaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, pág. 252.

(6) Citado por DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* (vol. III: Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión), Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1995, pág. 436.

Desde un punto de vista operativo-funcional, al titular registral le será suficiente, «a todos los efectos legales», la presentación de la respectiva certificación registral que acredite la existencia y vigencia del mismo; el principio de legitimación «hace posible que los efectos materiales y formales del asiento adquieran autonomía propia, bajo la tutela judicial efectiva de los tribunales» (7).

Debe precisarse, sin embargo, que el principio de legitimación o de exactitud del contenido registral sólo establece una simple presunción *iuris tantum*, por lo que «no se hace coincidir ni se superponen el Registro y la realidad extrarregistral. Tampoco se configura una inatacabilidad absoluta de la situación proclamada por el Registro» (8), al ser posible la inexactitud registral (9) (10), entendiéndose este último como «todo desacuerdo que en orden a los derechos inscribibles exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral» (art. 39 de la Ley Hipotecaria), consecuentemente, tal presunción podrá ser enervada; la «inexactitud registral» no debe confundirse con las «irregularidades del asiento», que se refiere a la cualidad del asiento en sí mismo considerado, independiente de su concordancia con las titularidades materiales; quien niegue la exactitud del Registro deberá asumir la carga de la prueba, siendo que el titular registral goza de protección general liberándosele del *onus probandi*. La presunción de exactitud y validez del asiento registral está amparada también legalmente en el sistema español de manera expresa por el artículo 1 del tercer párrafo de la Ley Hipotecaria que señala, «Los asientos del Registro (...) están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la ley»; es decir, el impugnante no sólo debe soportar la carga de la prueba, sino también la carga del ejercicio de la correspondiente acción de rectificación en sede judicial, bajo cuya tutela se encuentran los asientos, proceso jurisdiccional que deberá provocar una «resolución judicial contradictoria de las declaraciones registrales y una recti-

(7) CABELLO DE LOS COBOS, LUIS, «El principio de legitimación», en *Número conmemorativo de los cincuenta años de la Reforma Hipotecaria de 1944*, Madrid, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (RCDI), Colegio de Registradores de España, 1995, pág. 142.

(8) Díez-PICAZO, LUIS, *op. cit.*, pág. 432.

(9) CANO TELLO, CELESTINO, *Manual de Derecho Hipotecario*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1992, pág. 311 y sigs.

(10) SANZ FERNÁNDEZ señala cinco puntos donde puede incidir la prueba contraria a la presunción de exactitud: nulidad, falsedad o error del asiento mismo considerado; falsedad, nulidad o defecto del título que ha provocado el asiento; falta de concordancia del asiento con el título; existencia de títulos posteriores que, aunque no se encuentren inscritos, modifiquen las declaraciones registrales; extinción del derecho. Citado por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *Derecho Inmobiliario Registral* (Elementos de Derecho Civil, III bis), Barcelona, José María Bosch Editor, S. A., 1991, pág. 145.

ficación clara del Registro» (11) —que afecte la eficacia «señalativa» del asiento (CORRADO)—, debidamente inscrita.

La «*inexactitud registral originaria*» en un sistema como el nuestro —no obstante, la rigurosidad de la calificación— resulta teóricamente posible; sin embargo, la «*inexactitud registral sobrevenida*», sí resulta «normal» en la medida que el Registro es de carácter declarativo, por ejemplo, en materia de derechos reales, siendo que civilmente la transferencia de la propiedad de los bienes inmuebles se perfecciona por el «solo consenso» (sistema espiritualista) (12), prescindiéndose del Registro (lo que no resulta recomendable); a lo anterior debe agregarse el hecho de que el Registro, dada su naturaleza jurídica, es esencialmente «estático» —considerando que el procedimiento registral se inicia a instancia de parte (principio de rogación)—, no podría reflejar automáticamente «de oficio», los cambios producidos fuera de él, sino sólo cuando los interesados soliciten su acceso mediante su anotación o inscripción.

En nuestro sistema legal las causas de la inexactitud registral —entendida como la falta de adecuación entre la realidad jurídica con el contenido del asiento registral— pueden derivar de errores materiales, errores de concepto y (declaración judicial de) invalidez de la inscripción (13).

En relación a la falta de eficacia convalidante de las inscripciones, concepto que resulta complementario al principio de legitimación esbozado anteriormente, debe decirse que ello se justifica por ser nuestro sistema uno de inscripción declarativa (sistema latino) esencialmente antes que constitutiva —donde la realidad registral es absoluta— (sistema germano); a nivel del derecho comparado podemos citar el artículo 33 de la Ley Hipotecaria que establece, «*la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*», es decir, la inscripción no los «purifica» ni «transforma» (CHICO y BONILLA) ni «tiene la virtud taumatúrgica de hacer válido lo que es nulo» (DÍEZ-PICAZO).

Civilmente hablando, la nulidad del acto o contrato no produce ningún efecto jurídico, *quod nullum est, effectum produxit*, por lo que —según PAU— resulta «innecesaria» la declaración del artículo 33 de la Ley Hipotecaria; en ese sentido, la nulidad de un acto genera el natural efecto de «arrastre» sobre los actos posteriores derivados, al estar encadenados entre sí.

(11) DÍEZ-PICAZO, LUIS, *op. cit.*, pág. 433.

(12) Véase: ARIAS-SCHREIBER, MAX., *Exégesis*, tomo IV, Derechos Reales (con la colaboración del doctor Carlos Cárdenas, Angela Arias-Schreiber, Elvira Martínez), Lima, Gaceta Jurídica Editores, segunda edición, 1998, pág. 299 y sigs.

(13) ORIHUELA, JORGE, «Comentarios (Libro de Registros Públicos)» (colaboradores: Manuel Reátegui y Nelly Calderón), en *Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil* (compiladora: Delia Revoredo), tomo VI, pág. 841.

Sin embargo, en el ámbito registral la inscripción de un acto o contrato nulo puede producir efectos en tanto no se rectifique la inexactitud registral que ella genera (existiendo la presunción de validez en favor del asiento, en razón de la calificación registral —art. 2.011 del Código Civil, «Registradores califica... la validez del acto»—), debido a los efectos sustantivos de la inscripción y en general de la publicidad registral, como resultan, por ejemplo, los principios de legitimación y de fe pública registral; en efecto, *«la posible equivocación del Registrador al calificar, no impide que la inscripción del acto o contrato nulo en derecho debe entenderse como válido en tanto no se rectifique el Registro inexacto. La carencia de validez la suple provisoriamente el juego de las presunciones que rodean a la inscripción»* (14).

2. PERDIDA DE VIGENCIA Y NULIDAD DE LOS ASIENTOS REGISTRALES EN EL DERECHO REGISTRAL PERUANO

En los diferentes tratados de derecho registral —entendemos inspirados en el art. 76 de la Ley Hipotecaria (15)— se emplea el término *«extinción de asientos registrales»* para referirse al fin de la vida jurídica de éstos, sin embargo, ello es terminológica y conceptualmente inexacto; para Díez-PICAZO los asientos del Registro *«no se extinguen, no se acaban y desaparecen»*, pues permanecen, *«lo que se extinguen son las situaciones jurídicas, los derechos subjetivos, los poderes jurídicos y las titularidades que al Registro han tenido acceso, pero no los asientos, que son una pura constancia oficial escrita de fenómenos jurídicos acaecidos en el tráfico inmobiliario»*, en ese mismo sentido, PAU PEDRÓN —refiriéndose a la transferencia de propiedad— agrega, que el asiento anterior *«es el antecedente necesario de la segunda, y en base a ambas inscripciones puede producirse el efecto de la fe pública registral»*, y que *«todas las inscripciones relativas a una misma finca forman el historial jurídico de la misma, su Registro particular, por lo que no pueden extinguirse»* (16).

En efecto, los asientos en tanto *«constancia oficial escrita de una situación jurídica relevante para el tráfico inmobiliario»* (DÍEZ-PICAZO) pierden vigencia al ser *«derogados»*, dejando de ser eficaces como representación actual de la realidad registral, pero permanecen físicamente dando cuenta

(14) CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA, *Estudios de Derecho Hipotecario*, Madrid, Marcial Pons, tomo I, 1994, pág. 332.

(15) **Artículo 76 de la Ley Hipotecaria:** «las inscripciones *se extinguen* por su cancelación o por la inscripción de transferencia del dominio o derecho real inscrito a favor de otra persona».

(16) PAU PEDRÓN, ANTONIO, *op. cit.*, pág. 90.

escrita de una realidad pasada, que sirven incluso para acreditar titularidades anteriores.

La pérdida de vigencia del asiento registral puede producirse: mediante la extensión de un nuevo asiento que publicite de manera expresa la pérdida de vigencia del anterior (asiento cancelatorio); mediante el transcurso total del período de vigencia del asiento (caducidad de la anotación preventiva); mediante la extensión de un nuevo asiento que sustituye al anterior (conversión de una anotación en inscripción), etc.

En cuanto al asiento cancelatorio, debe decirse, en términos breves, que tiene por único y exclusivo *objeto*, «*dejar sin efecto y publicar la pérdida de vigencia de un asiento anterior*» (17), es decir, aquel «*asiento accesorio por virtud del cual, extinguido registralmente un asiento anterior, bien por causa de la extinción del derecho que contenía, bien por causa de la extinción del asiento mismo, constata registralmente dicha extinción, de modo absoluto y definitivo, presumiéndose, a todos los efectos legales, la extinción del derecho a que se refería el asiento cancelado*» (18); «*la cancelación no provoca (por sí misma), pues, la muerte de un asiento; la cancelación es la ceremonia que se organiza registralmente para darle sepultura*» (MANZANO). Entre las notas características de la cancelación podemos citar (19): 1. Es la expresión registral de la extinción de asientos y de los derechos inscritos. 2. Es consecuencia, pero no causa de aquella extinción. 3. Produce una presunción de extinción del derecho cancelado (en el orden formal) (20). 4. Cumple una función accesorio, pero de eficacia absoluta y definitiva.

Las causas generales de la cancelación de los asientos, resumiendo el artículo 79 de la Ley Hipotecaria, clasificadas por MANZANO (art. 90 y sigs., Reglamento de las Inscripciones):

A) Causas derivadas del derecho inscrito: *a)* extinción total o parcial, física o jurídica, del inmueble objeto del derecho registrado; *b)* extinción, total o parcial, del derecho registrado; *c)* nulidad del título material que dio lugar al asiento.

B) Causas derivadas del propio asiento: *a)* nulidad del asiento por falta de requisitos esenciales; *b)* caducidad del asiento; *c)* otros.

(17) DÍEZ-PICAZO, LUIS, *op. cit.*, pág. 512.

(18) MANZANO, ANTONIO, *Derecho Registral Inmobiliario* (para iniciación y uso de universitarios), Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, vol. 1, 1991, pág. 945.

(19) *Ibid.*, pág. 941 y sigs.

(20) La Ley Hipotecaria, recogiendo el principio de legitimación, en términos negativos, señala en su artículo 97: «cancelado un asiento, se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiera», y en el artículo 76: «las inscripciones no se extinguen en cuanto a tercero, sino por su cancelación».

En ese sentido, a nivel de nuestro Reglamento de las Inscripciones, tenemos en el artículo 90 que: «*La cancelación total de las inscripciones y anotaciones preventivas puede pedirse u ordenarse en su caso: 1. Cuando se extinga del todo el derecho inscrito. 2. Cuando se declare la nulidad del título, en cuya virtud se extendió la inscripción y la anotación preventiva, y 3. Cuando se declare la nulidad de la inscripción o anotación por falta de alguno de los requisitos esenciales (véase art. 99 RI o art. 102 del Reglamento del Registro Mercantil) conforme a lo dispuesto en este Reglamento.*».

En relación al concepto de nulidad (21) —a cuyo propósito nos remitiremos en este tema al excelente trabajo de LOHMANN (22)—, debe decirse que «*es aquella sanción civil que consiste en privar de efectos jurídicos al negocio (23), inadecuadamente conformado, o para proteger de ellos a las partes intervinientes del negocio, a los terceros y a la sociedad en general cuando estos efectos constituyen atentados contra los intereses de aquéllos a quienes la ley protege*» (LOHMANN); el concepto de nulidad es entendido en un sentido dinámico antes que estático, pues abarca tanto su estructura como su devenir.

Históricamente, la nulidad se limitaba a ser una sanción establecida taxativamente por la ley, con carácter cerrado (*numerus clausus*) de acuerdo al viejo adagio francés, «*pas de nullité sans texte*»; sin embargo, posteriormente la doctrina moderna entendió que las nulidades podían ser tácitas o virtuales, en razón de que «*si se vincula la nulidad solamente al nacimiento del negocio, se cierra la posibilidad de ver a la nulidad desde su auténtica perspectiva, desde la que le da razón de ser: proteger de sus efectos dañinos al negocio*» (24); en relación a las nulidades virtuales o tácitas debe decirse que son aquellas sanciones que se establecen para aquellos negocios que, sin

(21) Sobre el tema de la invalidez e ineficacia del acto y/o negocio jurídico nos remitimos a los siguientes tratados: ALBALADEJO, MANUEL, *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958; CIFUENTES, SANTOS, *El negocio jurídico*, Buenos Aires, 1986; DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971; DE LOS MOZOS, JOSÉ, *La inexistencia del negocio jurídico*, Madrid, 1960; RUBIO, MARCIAL, *La invalidez del acto jurídico*, Lima, 1989; TABOADA, LIZARDO, «Causales de nulidad del acto jurídico», en *Themis*, segunda época, núm. 11; VIDAL, FERNANDO, *El acto jurídico en el Código Civil peruano*, Lima, 1989, etc.

(22) LOHMANN, GUILLERMO, *El negocio jurídico*, Lima, Editorial Jurídica Grijley, EIRL, 1994, pág. 526.

(23) Según VIDAL, el Código Civil emplea el término «acto jurídico» en un sentido equivalente al de «negocio jurídico»; a su vez, LOHMANN considera que, no obstante, que en el Código no se refiere expresamente al «negocio jurídico» como concepto, sin embargo, del texto se desprende que ha sido recogida. El artículo 140 del Código Civil de 1984 se refiere al acto jurídico como «la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: 1. Agente capaz. 2. Objeto física y jurídicamente posible. 3. Fin lícito. 4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad».

(24) LOHMANN, GUILLERMO, *op. cit.*, pág. 526.

haber sido previamente castigados, son inválidos por oponerse a normas imperativas o que interesan al orden público o a las buenas costumbres que delimitan la autonomía privada. Tal labor de interpretación corresponderá al Juez, el mismo que analizará la norma imperativa vulnerada examinando su propósito y su contexto en el ordenamiento jurídico general.

MESSINEO, en este mismo sentido, señalaba que la nulidad tácita tiene lugar *«cuando aún no resultando la nulidad de una sanción expresa, puede deducirse de la función de la norma que ha quedado inobservada el carácter imperativo de ésta»*. SPOTA, agrega *«todo acto que ofenda a la ley imperativa o prohibitiva, carece de valor como tal»*.

Las nulidades son, qué duda cabe, irrenunciables (a diferencia de los casos de anulabilidad) e imperativas, el sistema las establece como sanciones impuestas de manera coercitiva y taxativa, que no admite pactos en contrario.

El dispositivo legal que regula en nuestro ordenamiento jurídico el tema de las nulidades es el artículo 219 del Código Civil (*«nulidad absoluta o total»*); debe decirse que el acto que se halla incurso dentro de las causales señaladas en este artículo será inválido. La invalidez es una calificación del estado del acto que opera *«de pleno derecho»* sin necesidad de acción o declaración judicial de nulidad; sin embargo, mientras no se establezca judicialmente su nulidad, el *«acto inválido»* puede pasar como válido en la medida que el vicio no sea manifiesto y tenga el acto todos sus elementos estructurales necesarios de acuerdo a su especie y tipo. La declaración de nulidad viene *a posteriori* y con retroactividad a destruir las apariencias (LOHMANN).

Las causales de nulidad, según el artículo 219, son las siguientes:

1. Falta de manifestación de voluntad.
2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1.358.
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su fin sea ilícito.
5. Cuando adolezca de simulación absoluta.
6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7. Cuando la ley lo declara nulo.
8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción.

El inciso 7.º presenta una textura abierta, en ese sentido permite la declaración de nulidad de todos aquellos casos que no merecen tutela legal no contemplados en los otros incisos.

La declaración de nulidad no sólo busca verificar la invalidez —que opera de pleno derecho (concepto abstracto)— sino que pretende impedir o destruir

los efectos producidos en la realidad de negocio jurídico con apariencia de valor jurídico (apariencia de validez), que es nulo.

La nulidad en tanto sanción, debe encuadrarse dentro de ciertos marcos legales y conceptuales: debe estar prevista —incluso virtualmente— y debe ser impuesta (declarada) y ejecutada en virtud de una sentencia judicial, que hace posible las sanciones.

En doctrina, existe controversia sobre los efectos que se le atribuye a la sentencia de nulidad, es decir, si es declarativa o constitutiva; igualmente, sobre sus efectos frente a terceros. En cuanto a este último punto, la tendencia va encaminada a hacer primar la apariencia de validez de todo negocio o acto jurídico, al decirse, por ejemplo, la «*nulidad no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros de buena fe*», «*constatado el defecto, decaen todos los derechos asentados en el negocio inválido*» y «*no se puede transmitir un derecho, o derecho mejor o más amplio que el que se tiene por sí mismo*».

A diferencia de los actos o negocios nulos (25), el derecho permite la subsistencia de los anulables (26), porque el resultado que con él se quiso, no ofende a la ley o a la moral, si el fin es querido por el propio afectado sus efectos se consolidan. El «afectado» por el vicio podría teóricamente: a) demandar su anulación; b) confirmarlo; c) dejar transcurrir el plazo legalmente establecido para demandar.

Dado el carácter del presente trabajo, realizaremos una breve revisión de los dispositivos legales existentes en el Derecho Registral peruano que se refieren al tema de las nulidades de los asientos registrales, a efectos de analizar su contenido y alcances, a la luz de los diferentes aspectos teóricos y doctrinarios desarrollados. Debe relevarse la importancia en el ámbito nacional de obras existentes sobre derecho registral en general y en especial, aquéllos referidos al tema (27).

(25) La *Conversión de los actos o negocios jurídicos* —aplicables en nuestro ordenamiento al no estar prohibidas, según LOHMANN— es una alternativa de solución frente a la nulidad y su carácter imperativo. En doctrina se distingue la *Conversión material o auténtica* de la *Conversión formal o impropia*.

(26) **Artículo 221 del Código Civil:** «El acto jurídico es anulable: 1. Por incapacidad relativa del agente. 2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación. 3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de terceros. 4. Cuando la ley lo declare anulable».

Artículo 222 del Código Civil: «El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare. Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquéllas en cuyo beneficio la establece la ley».

(27) Véase, PARDO MÁRQUEZ, BERNARDO, *Derecho Registral Inmobiliario en el Perú* (prólogo: José León de Barandiarán), Lima, Litográfica Huascarán, tomo I, 1996; GÁLVEZ H., CIRO, *Crítica a la legislación notarial y registral. El poder de la fe pública*, Lima, Editora Ital Perú, S. A., 1980, pág. 125; HERRERA, VICTORINO, *Derecho Registral y No*

El Reglamento General de los Registros Públicos (28) y los diferentes Reglamentos de las inscripciones son los dispositivos legales que en estricto tratan el tema de las nulidades de asientos, de manera directa o indirecta; el Código Civil lo hace, pero desde un plano más bien genérico, al consagrar el principio de legitimación en su artículo 2.013, «*El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez*» (concordado con el art. VII del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos y el art. 3 de la Ley N.º 26366, «Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia Nacional de Los Registros Públicos»).

El artículo 172 del Reglamento General de los Registros Públicos establece: «*Los asientos de inscripción pueden ser anulados por las causas generales de nulidad establecidas en la ley y, además, por no reunir los requisitos esenciales establecidos en los Reglamentos o cuando están expresados con tal inexactitud que un tercero puede ser inducido a error o perjudicado. El poder judicial es el único órgano del Estado capacitado para declarar la nulidad de una inscripción*».

Analizando este artículo debe decirse, en primer lugar, que la referencia a la nulidad de los asientos comprende también a los supuestos de nulidad de los

tarial, Lima, Raisol, S. A., 3.ª ed., 1987; ORIHUELA, JORGE, «Comentarios (Libro de Registros Públicos)» (colaboradores: Manuel Reátegui y Nelly Calderón), en *Exposición de motivos y comentarios del Código Civil* (compiladora: Delia Revoredo), tomo VI, pág. 827 y sigs.; ARIAS SCHREIBER, MAX, *Luces y sombras del Código Civil (Registros Públicos)*, tomo II, pág. 186 y sigs.; VIVAR M., ELENA, *Derecho Registral y Notarial (Materiales de enseñanza)*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú-Facultad de Derecho, 1992, pág. 206 y sigs.; GUEVARA, RUBÉN, *Derecho Registral*, Lima, Editora FECATEIRL, 1994; MUÑOZ, A., *Registros Públicos*, Lima, Marsol Perú Editores, S. A., 1994; SORIA, MANUEL, *Estudios de Derecho Registral*, Lima, Palestra Editores, 1997; AVENDAÑO, JORGE, «Apuntes de Derecho Registral», en *Revista de Derecho*, PUC, 1960, pág. 101 y sigs.; JARA, HUMBERTO, «Los Registros Públicos y su importancia en el Código Civil de 1984», en *Themis*, PUC, segunda época, año 1, núm. 3, 1985, pág. 44 y sigs.; GARAZATÚA N., JUAN, «Hacia una perspectiva del Sistema Registral peruano», en *El Jurista*, Revista Peruana de Derecho, Lima, núm. 3, agosto de 1991, pág. 125 y sigs.; VELARDE S., JORGE, «Principios registrales», en *Advocatus*, Revista de Derecho, Lima, núm. 5, 1994, pág. 34 y sigs.; PIZARRO, LUIS, «Reflexiones sobre el Libro de Registros Públicos del Código Civil», en *Themis*, Revista de Derecho, Alumnos Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda época, núm. 30, 1994, pág. 221; *Anteproyecto del Reglamento General de las Inscripciones (1994)*, publicado en el diario oficial «El Peruano», el 5 de septiembre de 1994; *Exposición de Motivos Oficial del Libro IX del Código Civil de 1984*, Libro de Registros Públicos, publicado en el diario oficial «El Peruano», julio de 1989; y recientemente, el trabajo colectivo *Derecho Registral Peruano* (doctores Vivar, Silva, Vásquez y otros) (Ciclo de conferencias organizado por la Sección de Derecho del Instituto Riva-Agüero). Pontificia Universidad Católica del Perú, octubre de 1997, etc.

(28) Aprobado por acuerdo de sala plena de la Corte Suprema de Justicia de la República el 16 de marzo de 1968.

títulos archivados que le dieron mérito, pues si éstos son declarados nulos, también lo serán los asientos que lo contienen (salvo se trate de asiento que contenga otros actos jurídicos en cuyo caso será parcial la nulidad); en efecto, en la generalidad de casos la nulidad del asiento deriva de la declaración de nulidad del título archivado; es pertinente indicar que, a diferencia de lo que venía sucediendo en el ámbito registral —en el que para cancelar un asiento por mandato judicial por causal de nulidad del título (ejemplo, nulidad de compraventa) se exigía además que el fallo determinara expresamente la nulidad del asiento registral—, el Tribunal Registral de la Oficina Registral de Lima y Callao, en un sentido amplio (29), considerando la naturaleza jurídica del asiento registral, la realidad de nuestro poder judicial e interpretando el inciso 2 del artículo 94 del Reglamento General de los Registros públicos (*«La cancelación total o parcial de las inscripciones ... puede pedirse u ordenarse, en su caso: 2. Cuando se declare la nulidad del título, en cuya virtud se extendió la inscripción...»*), consideró que para su inscripción —además de tener presente otros aspectos— bastaba con que el fallo declarara nulo el título, siempre que el asiento sólo se refiriera al título declarado nulo.

Asimismo, se incurre en una imprecisión al señalar que los asientos de inscripción «pueden» ser anulados, dado que, como se explicará, la nulidad tiene un carácter imperativo, sanción que es «innegociable» *inter partes*, en ese sentido tratándose de un título —que diera mérito al asiento— o asiento que *per se* se entiende nulo, no «puede» (discrecionalmente) sino que «debe» anularse, ello por mandato de la ley (en estos casos es la ley en abstracto la lesionada); sólo tratándose de actos anulables, el afectado particular «puede», si lo juzga conveniente, solicitar judicialmente se declare su nulidad.

Las denominadas «causas generales de nulidad establecidas en la ley» debe entenderse, en principio, referidas a las señaladas en el artículo 219 del Código Civil, cuyo texto reiteramos es de carácter abierto, que abarca tanto las nulidades expresas y las «virtuales», siendo que en última instancia lo que se busca es preservar el estado de derecho, a través de la protección de aquellas normas que se consideran esenciales para su funcionamiento.

Sobre las segundas causales de nulidad de los asientos, derivadas de la falta o la no reunión —de éstos— de los «requisitos esenciales» establecidos en los Reglamentos, es pertinente indicar que, el asiento en tanto obra final de la calificación registral (según la doctrina española, documento público) debe reunir una serie de contenidos y formalidades «mínimas» que permitan que la misma pueda cumplir su finalidad en favor de la publicidad registral;

(29) En relación a algunos criterios adoptados por el Tribunal Registral de la Oficina Registral de Lima y Callao, sobre el tema de la rectificación de inexactitudes registrales derivados de error, resulta pertinente citar las Resoluciones núm. 337-97-ORLC/TR del 27 de agosto de 1997 y núm. 449-97-ORLC/TR del 4 de noviembre de 1997.

la determinación de aquellos aspectos «básicos» de los asientos resultan, por decir lo menos, una labor compleja y a veces relativa, considerando que las normas reglamentarias se refieren al tema de manera imprecisa.

Por ejemplo, el artículo 44 del Reglamento de las Incripciones (Registro de la Propiedad Inmueble) que establece: «*Toda inscripción, además de los requisitos especiales que para cada clase determina este Reglamento, contendrá: (...)*», o el artículo 74 del mismo cuerpo legal (acumulación) que señala en su segundo párrafo: «*Son requisitos esenciales para la acumulación: (...)*», entonces la pregunta que debiera hacerse es: ¿qué sucede con aquellos asientos que se extienden sin haberse tomado en cuenta todos o alguno de estos aspectos?, ¿serán declarado nulos en todos los casos?; de la lectura del artículo 172 entendemos que serían nulos «por no reunir los requisitos esenciales», sin embargo, cabe preguntarse si ¿no es esta sanción excesiva tratándose de una falta de esta naturaleza?, en efecto, salvo aquellos casos donde el mismo título no contenga tales «datos esenciales» (que por su naturaleza generan la nulidad del acto), en los demás casos la extensión de un asiento sin tales requisitos se debe a una omisión del Registrador que la realiza, pudiendo de la revisión del título extraerse tales datos para corregirlo, en ese sentido creemos resulta desproporcionada una sanción como la nulidad en estos supuestos, perjudicándose el usuario por un hecho ajeno a él y su documento, razón por la cual deberían existir mecanismos para que sea la misma autoridad registral quien pueda subsanar tales defectos. En ese sentido, la interpretación debería estar encaminada a hacer viable la rectificación, considerando que el derecho procura en todo momento facilitar la rectificación de la inexactitud registral, «*dado el peligro que (...) comporta para los propios titulares registrales, para los futuros adquirentes de los derechos inscritos y para la sociedad en general*» (30).

Tampoco las normas registrales han regulado aquellos otros casos (diferentes de los errores materiales o de concepto) de extensión de asientos sin la existencia del título correspondiente, sea por error del Registrador o suplantación del mismo (falsificación de su firma, etc.), dado que si somos coherentes con el referido principio de legitimación (art. 2.013 del Código Civil) todos los asientos, sin distinción, deberían gozar, igualmente, de esa presunción de exactitud e integridad, en tanto no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez, lo que en algunos casos resulta injusto.

En relación a la tercera causal de nulidad de asientos, referido a aquellos supuestos en que estén «expresados con tal inexactitud que un tercero pueda ser inducido a error o perjudicado», deberían diferenciarse aquellos casos en que la inexactitud se derive del título y los que se originen en el asiento mismo,

(30) DÍEZ-PICAZO, LUIS, *op. cit.*, pág. 527.

pues al igual que en el caso anterior, si del título archivado puede subsanarse tales «expresiones inexactas», no debería ello ser motivo de nulidad.

Concluye el artículo 172 reiterando que corresponderá al poder judicial, de manera exclusiva, declarar la nulidad de la inscripción, para lo cual deberá, previamente, determinar la existencia o inexistencia de las causales; mientras mantenga vigencia el asiento registral surtirá plenos efectos legales, conforme a los artículos 2.014 del Código Civil y artículo 173 del Reglamento General de los Registros Públicos, por ejemplo (31).

De otro lado, debemos citar el artículo 182 del Reglamento General de los Registros Públicos que delimita los alcances de la rectificación de las inexactitudes registrales al señalar: «*Cuando los errores materiales o de concepto anulen una inscripción conforme a este reglamento no hay lugar a rectificación. Entonces se pedirá la nulidad ante el poder judicial*», es decir, reitera la idea de que todo asiento goza de la presunción de exactitud e integridad en tanto el poder judicial no declare lo contrario; opinamos que este dispositivo legal no debe desconocer aquellos casos en los que del propio título archivado o del archivo en general —dentro de la misma Oficina Registral— o de documentos públicos pueda subsanarse la inexactitud registral de que se trate, de lo contrario se «judicializarían» inexorablemente todos los casos, en perjuicio de los usuarios.

Otro dispositivo legal que se refiere al tema, podemos encontrarlo en el artículo 134 del Reglamento General de los Registros Públicos, que dispone: «*No podrán recibirse títulos fuera de las horas señaladas para el funcionamiento del Diario, bajo pena de nulidad del asiento de presentación y de la subsiguiente inscripción*», en este caso lo que se busca es salvaguardar uno de los principios rectores del derecho registral: el «Principio de prioridad», en efecto, el momento de la presentación del título en la Oficina del Diario determinará la preferencia de los derechos inscritos (fecha a la que se retrotrae el asiento de inscripción, art. 143 RGRP); sin embargo, teniendo presente: «La regla general debe ser favorable a la presentación» (32), creemos que

(31) **Artículo 2.014 del Código Civil:** «El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro».

Artículo 173 del Reglamento General de los Registros Públicos: «Conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del Código Civil, la nulidad que se declare no afectará al que ha adquirido un derecho al amparo de los Registros, salvo en los siguientes casos: a) Cuando la adquisición se haya producido a título gratuito; b) Cuando la causal de nulidad aparezca claramente del contenido mismo de la inscripción preexistente; y c) Cuando se compruebe que el adquirente ha procedido de mala fe».

(32) MANZANO, ANTONIO, *op. cit.*, pág. 507 y sigs.

la sanción es igualmente desproporcionada, pues si el Registro recepciona un título fuera del horario de atención (incluso un minuto después), sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda al funcionario, los usuarios —que generalmente no conocen de esta problemática— no deberían verse perjudicados por tal circunstancia, pues una de las tantas formas de resolver el problema podría ser la de entender que el mismo se ha presentado en la primera oportunidad del día útil siguiente, momento a partir del cual tendrá efectos (en otras latitudes la presentación de los títulos se hace incluso por correo, fax, etc., optándose por esta fórmula).

Quedan, en definitiva, muchas ideas en el tintero, sin embargo basten estas primeras líneas para dar una visión general del tema de las nulidades de asientos registrales, ello como un primer paso en este largo camino, por lo que parafraseando a Machado es necesario seguir *«haciendo camino al andar»*.

Doctor LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA
Vocal (e) del Tribunal Registral
Oficina Registral de Lima y Callao

La autonomía jurídica del menor en materia civil en Derecho francés

Si el artículo 388 del Código Civil modificado por la Ley de 5 de julio de 1974, precisa que: «el menor es el individuo de uno u otro sexo que no ha cumplido los dieciocho años», resulta del título de la rúbrica citada al iniciar este texto que existen dos categorías de menores:

- Los no emancipados y
- Los que lo son.

Los menores emancipados se consideran como una excepción. No se contempla el tema en el caso que nos interesa. En efecto, como bien es sabido que puede dimanar de pleno derecho del matrimonio (una joven de quince años pudiendo beneficiarse de ello) o por motivos justos, de una sentencia referente a un joven o una joven de dieciséis años cumplidos, la emancipación hace del menor capacitado como un mayor para todos los actos de la vida civil, artículo 481 del Código Civil. Las únicas limitaciones a la plenitud de la autonomía jurídica del menor emancipado la constituyen la prohibición para él de ejercer como comerciante, así como la obligación del consentimiento parental si desea contraer matrimonio o ser adoptado. Sin embargo, si la norma la constituyen menores no emancipados, poner de realce los ámbitos de autonomía jurídica que se les reconoce, no carece de interés, ya que éstos vienen a modular el principio básico de su incapacidad.

Capacitado como persona jurídica para ser titular de derechos, el menor no emancipado sólo puede verse sometido a incapacidades de disfrute especiales; generalizar en este campo preciso vendría a ser una denegación de su personalidad. Al contrario, si nos referimos al establecimiento de sus derechos, al menor no emancipado se le presenta tradicionalmente como sometido a la incapacidad general de ejercer. Moderando su falta de madurez con la organización de una protección de su persona y de sus bienes, se traduce por una representación legal fundamentándose, según su situación familiar, en la patria potestad o en la tutela.

Ahora bien, en la práctica, la condición de incapacidad del menor no emancipado está siendo cada día más criticada. Lo es por el surgir de nuevos derechos subjetivos que se le conceden mediante la Convención Internacional de los Derechos del Niño, con ciertas disposiciones de ésta oponiéndose, a veces, al derecho interno. Lo es esencialmente por el desarrollo de derogaciones al principio de incapacitación general de ejercer, fundamentado en una representación que le impide al menor actuar por sí mismo.

En este caso se ha llegado a subrayar la total falta de realidad del paso brusco de la minoría a la mayoría, de la incapacitación total a la capacitación completa. Parece evidente, en su propio interés, idear etapas que permitan al menor acceder progresivamente a su capacitación civil. Ya se pensó en la asistencia al menor como vía posible entre la autonomía y la representación. Se avanzaron las ideas de la premayoría y de capacitación natural. Sea cual sea la argumentación parece ineludible comprobar que la incapacitación del menor va cediendo terreno, con cierta regularidad en beneficio de nuevas esferas de autonomía a las que contribuirán la Convención internacional, el legislador, la jurisprudencia y la práctica.

Aunque la autonomía jurídica, como ya se ha dicho, pueda ser un engaño sin autonomía financiera, aunque la disminución de la edad de la mayoría, la duración cada vez más larga de las carreras y las dificultades de la inserción en la vida activa pudieran confirmar más bien la idea de post-minoría. Se va afirmando un movimiento irreversible que tiende a facilitar al menor no emancipado zonas de actividad jurídica que le permitan expresar su voluntad. Para resumir, se desea que con la edad del juicio pueda ser un adolescente responsable que se determine con madurez. Que la autonomía jurídica del menor no emancipado en este caso, se relacione con la facultad de entender qué alcance tendrán sus actos, aparece tanto más realista cuanto que tal autonomía puede preparar al menor a ser obligado o deudor personalmente, salvo disposiciones especiales de protección.

Sin embargo, a nivel de análisis jurídico, no se necesita tener demasiado juicio para hallarse en la posición de obligado o deudor. Para ello basta con haber adquirido la personalidad jurídica, siendo ésta, si uno se limita al principio, concedida al nacer. El niño nacido viable no sólo se le considera capacitado para ser titular de derechos en lo positivo sino también en lo negativo, es decir, capacitado para obligaciones. Si se mira el Código Civil, se puede comprobar que el menor no emancipado, aunque juicioso, queda protegido en materia contractual. Pero el artículo 1.310 de dicho Código nos dice que el menor «no es restituible frente a las obligaciones que resulten de su delito o de su cuasidelito». Esto significa que no puede obtener la restitución, el restablecimiento de la situación en el estado anterior como si nada hubiera pasado. Según el texto debe, pues, sufrir las consecuencias de sus actos dañosos. Es civilmente responsable. Ahora bien, si durante largo tiempo

se admitió que este principio de «capacitación delictiva» del menor no podía atañer al niño demasiado joven para evaluar las consecuencias de sus actos, se viene deduciendo de una evolución jurisprudencial que el menor, aunque desprovisto de juicio, puede ser civilmente responsable. La autonomía jurídica se separa, en tal caso, del juicio para hacer del niño en su primera infancia, es decir, el «infans», un deudor a pesar suyo.

Comprendemos, pues, que si el menor no emancipado puede beneficiarse de una autonomía jurídica relacionada con el juicio, lo cual le permite ser un adolescente que se determina con madurez (primera parte) paradójicamente, el acceso al juicio podría, a la par, revelar que siendo «infans» estaba dotado de una autonomía jurídica, llevándolo a ser deudor a pesar suyo (segunda parte).

PRIMERA PARTE

LA AUTONOMIA JURIDICA DEL MENOR RELACIONADA CON EL JUICIO O EL ADOLESCENTE QUE SE DETERMINA CON MADUREZ

Amplios y variados son los campos en los que surgen manifestaciones de la autonomía jurídica del menor sin llegar a darse el caso de una verdadera sistematización. Existe un amplio abanico de esferas precisas de autonomía, lo cual produce una amplia impresión de dispersión. Las zonas de autonomía concedidas directamente o algunas veces indirectamente por el legislador al menor no emancipado se refieren

- a elecciones relacionadas con su persona;
- a decisiones de tipo patrimonial.

Al tratarse más precisamente de este ámbito, cabe recordar que la clasificación de los actos patrimoniales en actos de conservación, actos de administración y actos de disposición tiene que contemplarse en la medida en que la representación constituye un principio para las dos últimas categorías de actos o medidas, siendo éstas presentadas en orden creciente de gravedad.

Si la autonomía jurídica del menor se debe examinar respecto a situaciones que dependen del derecho material, sustancial, también se debe contemplar respecto al derecho procesal.

Por último, la autonomía puede ser de fácil y variada adaptación.

Sus modalidades pueden ser muy diversificadas:

- Permitir al menor que paralice o bloquee decisiones que no toma por sí mismo.
- Darle la posibilidad de actuar en persona, solo.

— Dejarlo actuar en persona, más previo asesoramiento o previa asistencia o autorización.

Tras recordar estos parámetros, se contemplarán sucesivamente las hipótesis en las que la autonomía jurídica del menor no emancipado depende

- de un límite de edad determinada por el legislador (epígrafe A);
- y aquéllas en las que la autonomía jurídica del menor no emancipado existe sin referirse a una edad determinada (epígrafe B).

A) LA AUTONOMÍA JURÍDICA SUPEDITADA A UNA EDAD DETERMINADA

Siguiendo la doctrina, incluso hoy, se puede ver que la edad media del juicio varía según los autores: diecisiete o dieciocho años para unos, trece años para otros. El legislador no llegó nunca a bajar la barrera de los trece años, tratándose de supeditar ciertas manifestaciones de autonomía jurídica. En este caso, el legislador se atiene al fundamento del juicio supuesto para prever una participación del menor en la toma de decisiones que le atañen.

Un grado más de maduración le pareció necesario al legislador para que el menor pudiera llegar a actuar por sí mismo, adaptándose generalmente a la edad de dieciséis años.

a) *La participación del menor de más de trece años en decisiones que le atañen*

Según el artículo 60 del Código Civil, la persona que manifieste y justifique un interés legítimo puede cambiar de nombre, la demanda la presenta el representante legal por cuenta del menor no emancipado. En el caso de que el joven tenga más de los trece años, se exige su consentimiento propio.

Si, según el artículo 61-2, un cambio, esta vez de apellido, toca de pleno derecho a los hijos del beneficiario si son menores de trece años; el artículo 61-3 indica que el cambio de apellido del menor de trece años precisa su consentimiento propio si tal cambio no resulta del establecimiento o de una modificación de un vínculo de filiación.

El consentimiento del hijo natural mayor de trece años será necesario según el artículo 334-2 del Código Civil para que, fundamentándose en una declaración común de sus padres, el nombre patronímico de su padre pueda sustituir al de su madre, el cual venía llevando hasta el momento.

El menor de más de trece años debe dar su consentimiento propio en caso de adopción plenaria (art. 345) o de adopción simple (art. 360).

Por último, la nacionalidad francesa puede ser reclamada en nombre del menor nacido en Francia, de padres extranjeros, a partir de la edad de trece años y con su consentimiento propio (art. 21-11 del Código Civil).

En todas estas hipótesis, se trata de permitir al menor que obstaculice iniciativas referentes a su persona, por parte de su representante legal.

b) *La posibilidad dada al menor de dieciséis años cumplidos de actuar por sí mismo*

Nos encontramos aquí en presencia de ámbitos de autonomía plena cuando actuando el menor, en persona, no le impide actuar solo, autorización o asistencia alguna.

Se deduce del artículo 904 del Código Civil que el menor que ha cumplido los dieciséis años, no emancipado, puede disponer por testamento de la mitad de los bienes que la ley otorga al mayor de edad. Sin embargo, se considera que el testamento es un acto de disposición, tildado como peligroso. La solución elegida no parece pues ser muy lógica. Si se admite que con dieciséis años, el menor está capacitado para determinarse con lucidez acerca de la transmisión testamentaria de sus bienes, debería poder disponer, en tal caso, de la totalidad de sus bienes. Si se considera que limitarlo a la mitad de ellos es marca de reticencia porque no queda lo bastante claro que sea lo suficiente maduro, ¿no habría, pues, que permitirle que se beneficiara de autonomía, al respecto?

En contra, se puede opinar, sin que sea amplio tema de discusión, que el menor bajo tutela está capacitado, a partir de los dieciséis años, a dar una opinión ponderada sobre la gestión de sus bienes o la dirección de su persona.

Es por lo que el consejo de familia lo debe de convocar el juez tutelar cuando dicha convocatoria la demanda el menor, en persona, siempre que haya cumplido los dieciséis años (art. 410 del Código Civil). El artículo 415 precisa que al menor de dieciséis años cumplidos se le convoca obligatoriamente a la reunión del consejo de familia, dándose el caso de que el consejo se reúna a petición del menor. Sabiendo que el menor no vota y que sólo participa a título consultivo, queda claro que su autonomía no genera ningún riesgo.

A partir de una Ley del 22 de julio de 1993, la nacionalidad francesa ya no depende de un código de la nacionalidad sino de los artículos 17 y siguientes del Código Civil; es de notar que unos cuantos de estos artículos se vieron modificados, por otra parte, por una Ley del 8 de febrero de 1995 y esencialmente por una Ley del 16 de marzo de 1998. El artículo 17-3, apartado uno, derivado de la Ley del 22 de julio de 1993, determina que las demandas para adquirir, perder la nacionalidad francesa o la reintegración de

dicha nacionalidad pueden, según los requisitos de la Ley, hacerse sin autorización, a partir de los dieciséis años. Se insiste en la importancia de la posibilidad dada al menor de determinarse personalmente en cuanto a su nacionalidad. ¿No se podría contemplar, en tal caso, un riesgo decisional poco fundado? Se piensa que no, cuando el menor presenta una solicitud para adquirir la nacionalidad francesa, al considerarse benéfica la afirmación de una vinculación con Francia. No ocurre lo mismo si se considera el caso de la facultad de repudiación. Si el francés que posee tal posibilidad de repudiar la nacionalidad francesa puede renunciar a ella a partir de los dieciséis años, el principio presentado por el artículo 17-3 es tenido en jaque tratándose de la utilización de la facultad de repudiación. Dadas las consecuencias importantes que tal repudiación podría acarrearle al solicitante, está previsto que sólo pueda realizarse seis meses antes de la mayoría del joven, así como los doce meses siguientes (art. 18-1, art. 19-4 y 22-3 del Código Civil).

Tratándose del menor asalariado, tema que va a desarrollar mi compañero y amigo J. PIERRE LABORDE, sólo recordaré que el artículo L 211-1 del Código del Trabajo, plantea el principio por el cual un menor no puede ser contratado antes de cumplir con la obligación escolar justamente fijada en los dieciséis años. Comparando este principio con el artículo L 411-5 del Código del Trabajo, se puede deducir que el menor de dieciséis años puede afiliarse libremente al sindicato profesional de su elección por otra parte; el problema de la conclusión de un contrato de trabajo para el menor viene constituyendo un nutrido tema de discusión doctrinal.

B) LA AUTONOMÍA JURÍDICA SIN REFERENCIA A UNA EDAD DETERMINADA

Existen hipótesis en las que sólo se hace referencia a la minoría, siendo el juicio un referencial supuesto (punto primero). Existen otras que se refieren, más propiamente dicho, al menor dotado de juicio (punto segundo). Por último, la autonomía puede vincularse a la naturaleza misma del acto (punto tercero).

a) *Los ámbitos de autonomía reconocidos al menor sin más precisión*

En definitiva, se reconoce la vida sexual del menor y su capacidad de procreación. Este es un ámbito que presenta aspectos sumamente íntimos y personales.

Así pues, el artículo 340-2 del Código Civil determina que, durante la minoría de un hijo natural, la madre, aunque sea menor, es la única capacitada para ejercitar una acción de investigación de paternidad de este hijo.

El artículo 341-1 al considerar el alumbramiento anónimo (bajo equis en Francia) dispone que la madre puede exigir que se guarde el secreto de su admisión y de su identificación. Como el texto no precisa ningún tipo de restricción, se puede pensar que la madre, aunque menor, es la única capacitada para reclamar su aplicación. En este sentido es como se declaró el Tribunal Supremo francés (Cour de Cassation) en una sentencia del 5 de noviembre de 1996. El problema que se planteaba en ese artículo era de otro orden: uno se interroga si no queda condenado por el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se puede pensar que el artículo 341-1 del Código Civil no es incompatible con el artículo 7 de la Convención, en la medida en que el texto del artículo 7 indica que el menor, en lo posible, tiene derecho a reconocer a sus padres.

Según la jurisprudencia, un menor puede reconocer a un hijo natural.

Si un menor tiene hijos fuera del matrimonio puede ejercitar derechos de patria potestad referente a ellos, pero mal se le ve administrando bienes de su hijo si no puede harcerlo con los suyos. Sólo podría, en nombre del hijo, realizar actos que en persona está autorizado a hacer como menor.

Para dar una última precisión, el menor accede libremente a la contracepción.

Se trata básicamente, en las hipótesis presentadas, de establecer que el menor, innegablemente capacitado en sus aptitudes físicas, presuntamente lo es en sus aptitudes intelectuales, particularmente para medir el alcance de las actos que con aquéllas se vinculan.

Fuera de los campos evocados, el artículo 1.990 del Código Civil determina que «un menor no emancipado tiene la posibilidad de ser elegido como mandatario». Para ello es preciso que esté capacitado intelectualmente para poder representar válidamente al mandante.

b) *Los ámbitos de autonomía concedidos al menor capacitado y con juicio*

En ciertos textos, el legislador hace referencia al menor capacitado con juicio, y deja libertad al juez para determinar, caso por caso, si le parece efectiva la madurez del menor para que tal o tal disposición textual pueda aplicarse en beneficio suyo.

Se deja de lado todo límite de edad sustituyendo la evaluación cuantitativa de su aptitud a ponderar el alcance de sus actos por una apreciación puramente cualitativa que se piensa perfectamente adecuada a la personalidad y psicología del menor.

La ilustración más señalada de ello la hallamos en el artículo 388-1, introducido en el Código Civil por la Ley del 8 de enero de 1993, para satisfacer las exigencias del artículo doce de la Convención Internacional

sobre los Derechos del Niño. En el artículo doce se dice que los Estados garantizan al niño con juicio, el derecho de dar libremente su opinión sobre cuanto tema le atañe, tomándose en cuenta la opinión del menor, dados su grado de madurez y su edad. En esta perspectiva, se le concederá al joven la posibilidad de ser oído en todo caso de procedimiento judicial o administrativo que a él se refiera, de manera directa o por mediación de un representante o de un organismo adecuado, según las normas de procedimiento de la legislación nacional». El artículo 388-1 del Código Civil prevé que «en todo procedimiento que a él se refiera, el menor con juicio puede, sin perjudicar las disposiciones que prevén su intervención o su consentimiento, ser oído por el juez o la persona designada por éste para tal caso». Cuando el menor reclama ser oído, sólo se le puede denegar serlo por decisión especialmente motivada. Puede ser oído solo, acompañado de un abogado o de una persona elegida por él. El interrogatorio del menor no le confiere la cualidad de parte en el proceso. Si lo relacionamos con el estado de derecho anterior, el interrogatorio del menor ya no es una posibilidad derivada de unos textos precisos, tiene un alcance general.

Además, sigue dependiendo de una matización cualitativa del juicio. Es de notar que el apartado 3 del artículo 388-1 al indicar que el interrogatorio del menor no le otorga la categoría de parte en el procedimiento, no le brinda al menor la oportunidad para intervenir en sentido terminológico del procedimiento, ya que según el artículo 66 del nuevo Código de enjuiciamiento civil, «la demanda cuyo objeto es hacer que un tercero sea parte en el proceso establecido entre las partes de origen, dicha demanda, pues, constituye una intervención».

El artículo 388-1 parece doblemente limitativo comparado con el artículo 12 de la Convención. Primero, ésta no parece excluir que el menor pueda ser parte, haciendo particular hincapié en el hecho de poder ser oído el joven.

El uso del término PARTICULAR permite acceder a la cualidad de PARTE. Más lejos, el artículo 388-1 sólo confiere al menor el derecho de ser oído, no más.

Si el artículo 12 prevé la posibilidad, entre otras, para el menor, de ser oído, lo hace no sólo para que pueda expresarse libremente sino para que se le aprecie debidamente.

También se pueden citar dos disposiciones agregadas la una al artículo 410, la otra al artículo 415 del Código Civil. Derivadas de una Ley del 14 de mayo de 1998, cuya originalidad estriba en haberse inspirado en textos adoptados por el «Parlamento de los niños» en su junta anual. Este Parlamento deseaba que el menor huérfano pudiera tomar parte en el consejo de familia. Las disposiciones adoptadas por el Parlamento (de mayores) son más amplias. El apartado dos, nuevo, del artículo 410, determina que «el consejo de familia convoca también a petición del menor con menos de dieciséis años,

con capacidad de juicio, excepto decisión contraria, especialmente precisada por el juez». En cuanto al apartado tres nuevo del artículo 415 prevé que: «el menor con juicio puede, siempre que el juez no estime lo contrario a su interés, presenciar la reunión del consejo de familia, a título consultivo».

c) *Los ámbitos de autonomía vinculados a la naturaleza de los actos*

Se considera que ciertos actos estimados poco peligrosos en un principio, los puede llevar a cabo un menor no emancipado en persona. Dichos actos implican forzosamente la capacidad de juicio, ya que el acto jurídico supone manifestación de voluntad que dará paso a las consecuencias jurídicas deseadas.

En ellos se engloban los actos de conservación, los actos de administración no lesivos, así como todos aquéllos autorizados por el uso:

1. Los actos de conservación

No provocan, efectivamente, ningún riesgo para el menor, ya que le permiten la conservación o, mejor dicho, permiten evitar la pérdida, el deterioro de parte del patrimonio del menor.

2. Los actos de administración no lesivos

Los actos de administración los debe de llevar a cabo el representante legal del menor que actúa solo, es decir, sin que se le sea permitido realizarlos. Si el menor realiza actos que podía hacerlos sólo su representante legal, dichos actos podrán verse impugnados si han resultado lesivos, es decir, desfavorables al menor. De ello se dedujo que los actos de administración los realiza válidamente el menor si no son lesivos.

3. Los actos autorizados por uso o hábito

Los artículos 389-3 y 450 del Código Civil disponen que el administrador legal o el tutor del menor le representará en todos los actos civiles, excepto los casos en los que el uso o costumbre permite que los menores actúen por sí mismos. Estos textos no indican de ninguna manera cuál es el criterio de uso, dejando vía libre a la doctrina y a la jurisprudencia. El uso se refiere a los contratos habituales, a los actos de la vida corriente. Cabe considerar que el uso abarca los hábitos actuales y no la tradición pasada. No importa si dichos actos son de administración o de disposición porque, al ser practicados corrientemente por el menor, solo, no tendrían que acarrear ningún riesgo para él. Sin embargo, el vacío legal, en tal caso, provoca un riesgo de arbitrariedad y constituye una fuente de inseguridad jurídica.

Ejemplarizando la teoría de los actos habituales con la compra de alimentos, prendas de vestir, libros, discos, dichos actos pueden ser importantes.

Algunos han podido interrogarse para saber si el contrato de trabajo podía contemplarse en esta categoría.

Se puede afirmar que existe un ámbito que cada día llama más la atención de la doctrina, y resultaría arriesgado vincularlo con esta teoría de los actos habituales, de diario. Se trata de la autonomía bancaria del menor. Los autores piensan que los establecimientos bancarios actúan con un gran liberalismo próximo al laxismo, así como con un menosprecio de las reglas de protección del menor emancipado, lo cual ha llevado a hablar de una auténtica corrupción bancaria de los menores.

No se vacila, en un futuro, a pesar de la quietud jurisprudencial en el caso, imaginar abundantes procesos de responsabilidad.

Se tratará, efectivamente, de responsabilidad civil en la segunda parte de esta ponencia, referente al menor sin juicio.

SEGUNDA PARTE

LA AUTONOMIA JURIDICA DEL MENOR PRIVADO DE JUICIO: EL «INFANS» DEUDOR A PESAR SUYO

La falta de juicio en el «infans» no se ha opuesto a que sea civilmente responsable, jurídicamente autónomo, personalmente comprometido para resarcir los daños ocasionados por sí mismo.

Se tratarán sucesivamente las justificaciones (epígrafe A), así como las implicaciones (epígrafe B) del principio de responsabilidad civil del «infans».

A) LAS JUSTIFICACIONES

Está claro que el menor no emancipado puede ser civilmente responsable como autor o causante de una falta, así lo da a entender el artículo 1.310 del Código Civil, el cual, al citar los delitos o cuasidelitos del menor, se refiere a los artículos 1.382 y 1.383 del Código Civil, relativos a la responsabilidad del hecho personal que estriba en una falta probada. Durante largo tiempo, se admitió, fundamentándose en el concepto clásico de la falta civil, que el «infans», sin facultad de juicio, no podía pues considerarse autor de una falta o infracción. Esta suponía, efectivamente, la unión de un elemento material objetivo (un comportamiento que no hubiera tenido en las mismas circunstancias una persona prudente y sagaz) y de un elemento subjetivo psicológico, moral (el comportamiento ha de poder ser imputado a su autor).

En virtud de este concepto subjetivo de la falta civil, si el que no tiene facultad de juicio no puede, obviamente, cometer falta intencional (un delito

en terminología civil), tampoco podría imputársele una falta de imprudencia o de negligencia porque al no darse cuenta de lo que hace no puede inclinarse a actuar con prudencia. Con un mismo enfoque, la jurisprudencia, frente al vacío de los textos, se pronuncia en pro de la irresponsabilidad civil del demente.

Ahora bien, la Ley del 3 de enero de 1968, acerca de la reforma del derecho de los incapaces mayores, vino a trastocar este esquema introduciendo, en el Código Civil, un artículo 489-2 según el cual «el causante de daño ajeno bajo el dominio de una perturbación o trastorno mental queda sometido a resarcimiento o reparación». Si se ha podido considerar que el texto nuevo planteaba un principio autónomo de responsabilidad del demente o incluso que no hacía de él un responsable civilmente sino un simple deudor de reparación, el Tribunal Supremo francés: Cour de Cassation, vino a dar un mentís al indicar en una sentencia del 4 de mayo del 1977 que «el artículo 489-2 no prevé ninguna responsabilidad particular y se aplica a todas las responsabilidades previstas en los artículos 1.382 y siguientes del Código Civil». Nos hallamos, pues, frente a una responsabilidad del demente, la cual depende del derecho común de la responsabilidad civil.

Ocurría, pues, que un demente podía ser responsable por hecho propio según el artículo 1.382, es decir, fundamentándose en la prueba de la falta. Para admitir que un demente pueda cometer falta, fue preciso que la jurisprudencia modificara el concepto de la falta civil, convirtiéndose ésta en falta objetiva pasando del elemento subjetivo, es decir, de la imputabilidad. Basta con el menor desliz para constituir la falta sin vinculación con el juicio. Es obvio que quien carece de juicio no puede cometer falta intencional, pero puede ser autor de una falta de imprudencia en cuanto no ha actuado como lo hubiera hecho el individuo normal en las mismas circunstancias. Parecía lógico pues admitir que, pese a su falta de juicio, podía resultar civilmente responsable el «infans».

Aunque se concibió para los mayores, el artículo 489-2 ha podido extenderse a un menor, ya no «infans», falto de juicio por motivos de alienación mental. Sin embargo, no fue posible valerse de él para capacitar al «infans» en la medida en que si se enfocaba la falta de juicio por «trastorno mental» ya no se podía asimilar la corta edad a tal trastorno mental.

De fuente totalmente pretoriana, de la jurisprudencia, surgió el principio de la responsabilidad civil del «infans» por falta objetiva. En una sentencia dictada por el pleno del Tribunal Supremo francés (Cour de Cassation), el 9 de mayo de 1984, se determinó que los jueces competentes en cuanto al fondo pueden estimar que un menor cometió una falta sin tener que averiguar si estaba capacitado para apreciar las consecuencias de sus actos.

Además, a partir de una interpretación jurisprudencial del artículo 1.384, apartado uno, iniciada a finales del siglo XIX, surgió una responsabilidad de

pleno derecho para con la persona responsable de la custodia de una cosa si resultó ser el instrumento del daño. Si los poderes de uso, de dirección y de control que caracterizaban la custodia se consideran, primero, para el que los ostentaba, con el requisito de juicio, el Supremo francés dio a entender, en el caso del demente, en 1964, que la falta de juicio no le impedía ser responsable. Esta solución se vio claramente ratificada por el artículo 489-2, así como por su interpretación jurisprudencial.

Tratándose del «*infans*», otra sentencia emitida el 9 de mayo de 1984 por el pleno del Supremo francés, vino a confirmar que un niño de tres años tenía uso, dirección y control del palo, instrumento del daño con el que hirió a un compañero (en un ojo) y que, pese a la corta edad del menor, no había porqué averiguar si éste tenía capacidad de juicio.

Civilmente responsable el «*infans*» puede serlo como autor de una falta cuasidolosa o como responsable de la custodia de una cosa. Si ha cometido un daño se le puede condenar personalmente a resarcirlo.

B) IMPLICACIONES

El niño y con mayor motivo el «*infans*» suele ser insolvente, por lo tanto la víctima tendrá que proceder en justicia contra los padres que la Ley responsabiliza frente a sus hijos menores (art. 1.384, apartado cuarto, del Código Civil).

Para que los padres se consideren responsables, se pensó durante largos años que era necesario que el hijo menor fuera, en persona, responsable y que, además, lo fuera como autor de una falta. Era el enfoque del artículo 1.310 del Código Civil.

En 1963 una sentencia del Supremo francés admitió que los padres pueden ser responsables, aunque el accidente lo causó una cosa utilizada por el menor.

Como lo vino a subrayar una sentencia de 1966, «si la responsabilidad (aquí del padre) supone que se estableció la de su hijo, la ley no separa las causas que pudieron originar la responsabilidad del hijo menor».

Sin embargo, si el niño fuera de corta edad no podía ser ni autor de una falta ni tampoco responsable de una cosa. Al no poder ser responsable, resulta que los padres tampoco podían serlo. Hacer personalmente responsable al «*infans*» permitía, pues, responsabilizar a los padres de un hijo no capacitado, abriendo así la vía a resarcir a las víctimas de niños de corta edad.

Paradójicamente, otra sentencia dictada por el pleno el 9 de mayo de 1984, provocó expectación ya que, para responsabilizar a los padres, basta con (según la sentencia) que el hijo menor haya cometido un acto causando directamente el daño invocado por la víctima. En tal caso, ya no se habla ni

siquiera de un daño causado por algo manejado por el niño, prueba de una falta objetiva. Resulta, pues, que el niño puede comprometer la responsabilidad de sus padres sin comprometerse a sí mismo, mientras que, si se diera el caso de que la víctima (puede hacerlo) imputara al niño, tendría que hacerlo en el ámbito de su responsabilidad personal o propia.

En resumidas cuentas, ¿un acto objetivamente normal y correcto del niño resultaría pues comprometedor para la responsabilidad de sus padres, si fue causa directa de un daño sufrido por un tercero? Es como si se considerara a los padres responsables de sus hijos menores que custodian y que pueden ser causantes de daños de la misma manera que lo son de las cosas que custodian. Se llega pues al supuesto del «niño-cosa» o cosificado, es decir, una despersonalización del niño.

La responsabilidad de los padres se asimila a la de un acto de un tercero, la de una persona ajena que puede originar responsabilidad o una responsabilidad de segundo grado. Tendría que suponer que la «persona ajena», en tal caso el hijo menor, es a su vez responsable.

Para ir concluyendo, aunque los padres se vean cada vez más fácilmente responsabilizados para bien de las víctimas, no hay que dejar de matizar que la responsabilidad civil del «infans» lo lleva a responder con sus bienes propios si los tiene. Si los padres no pagan, la deuda contraída le seguirá hasta su mayoría y sólo se desvanecerá, siendo un disgusto sorprendente. Si los padres pagaron por él, en teoría podrían recurrir en contra de él. Además, si fallecieran los padres que pagaron, ¿no tendría el hijo que compensar a sus hermanos según el artículo 851 del Código Civil que reza «se debe producir restitución de la cuantía utilizada para establecer a uno de los coherederos o en concepto de pago de las deudas de uno de ellos»?

Huelga decir que se incita de manera apremiante a contratar un seguro en un terreno en el que todavía no se exige.

Las pistas que acabamos de explorar, sin pretender constituir una relación exhaustiva, la cual nos llevaría a utilizar mucho más tiempo que el adecuado, demuestran ampliamente, en mi opinión, la rica potencialidad del tema jurídico generador de amplios debates.

JEAN FRANCIS OVERSTAKE
Catedrático de Derecho civil y procesal
Universidad Montesquieu de Burdeos

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Derecho de la Unión Europea y Tratados internacionales

1. *Reglamentos de la Unión Monetaria.*—En el *DOCE* número 308 de 18 de noviembre del año pasado, se publican los siguientes Reglamentos: Reglamento (CE) número 2531/98, de 17 de noviembre de 1998, del Consejo, relativo a las reservas mínimas del Banco Central Europeo. Reglamento (CE) número 2532/98, de 17 de noviembre de 1998, del Consejo, sobre las competencias del Banco Central Europeo para la imposición de sanciones, y Reglamento (CE) número 2533/98, de 17 de noviembre de 1998, del Consejo, sobre los poderes del Banco Central Europeo para recabar informaciones estadísticas.

2. *Directiva sobre servicios de acceso condicional.*—En el *DOCE* número 320 de 28 de noviembre del año pasado, se publica la Directiva (CE) del Consejo y del Parlamento Europeo número 98/84, de 20 de noviembre de 1998, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso.

3. *Acuerdo de España con la República de Checoslovaquia.*—En el *BOE* del día 20 de abril se publica el texto de la aplicación provisional del Acuerdo entre España y la República Eslovaca, relativo a la readmisión de personas en situación irregular, hecho en Bratislava el 3 de marzo de 1999.

4. *Adhesión al Fondo Monetario Internacional.*—En el *BOE* del 22 de abril se publica la Ley 13/1999, de 21 de abril, de adhesión de España a diversos acuerdos del Fondo Monetario Internacional.

5. *Ratificación por España del Tratado de Amsterdam.*—El *BOE* del 7 de mayo publica el Instrumento de ratificación por parte de España del Tratado de Amsterdam, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados conexos, firmado en Amsterdam el 2 de octubre de 1997. Mediante la autorización concedida por Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre, se ratifica dicho Tratado, con la siguiente declaración:

«El Reino de España declara que acepta la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial con arreglo a lo previsto en

el artículo K.7, párrafo 2, y según la modalidad prevista en el apartado a) del párrafo 3 del mismo artículo.

El Reino de España se reserva el derecho de establecer en su legislación nacional disposiciones con el fin de que, cuando se plantee una cuestión relativa a la validez o a la interpretación de uno de los actos mencionados en el apartado 1 del artículo K.7 en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano jurisdiccional esté obligado a remitir el asunto al Tribunal de Justicia.»

B) Leyes nacionales

— Ley Orgánica 6/1999, de 6 de abril de 1999, de Transferencia de competencias a la Comunidad Autónoma de Galicia.

— Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril de 1999, de Modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3-10-79, del Tribunal Constitucional.

— Ley 8/1999, de 6 de abril de 1999, de reforma de la Ley 49/1960, de 21-7-60, sobre Propiedad Horizontal.

— Ley 11/1999, de 21 de abril de 1999, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril de 1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, y otras medidas para el desarrollo del Gobierno Local, en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y en materia de aguas.

— Real Decreto-ley 5/1999, de 9 de abril de 1999. Modifica las disposiciones adicionales cuadragésima tercera y decimoséptima de la Ley 50/1998, de 30-12-98, y el artículo 206 del TR de la Ley General de la Seguridad Social.

— Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril de 1999, de Medidas urgentes de liberalización e incremento de la competencia.

C) Leyes autonómicas

Andalucía.—Ley 2/1999, de 31 de marzo de 1999. Sociedades Cooperativas Andaluzas.

Aragón.—Ley 5/1999, de 25 de marzo de 1999. Urbanística.

— Ley 6/1999, de 26 de marzo de 1999. Parejas estables no casadas.

— Ley 7/1999, de 9 de abril de 1999. Administración Local de Aragón.

— Ley 1/1999, de 24 de febrero de 1999. Sucesiones por causa de muerte.

— Ley 3/1999, de 10 de marzo de 1999. Patrimonio Cultural Aragonés.

Baleares.—Ley 2/1999, de 24 de marzo de 1999. General turística de las Illes Balears.

— Ley 6/1999, de 3 de marzo de 1999. Directrices de Ordenación Territorial de las Illes Balears y de medidas tributarias.

Castilla-La Mancha.—Ley 3/1999, de 31 de marzo de 1999. Del menor de Castilla-La Mancha.

Castilla y León.—Ley 2/1999, de 19 de febrero de 1999. Reguladora del Depósito del Importe de Fianzas de Contratos de Arrendamiento y de Suministro y Servicios que afecten a Fincas Urbanas.

— Ley 5/1999, de 8 de abril de 1999. De Urbanismo de Castilla y León.

Madrid.—Ley 2/1999, de 17 de marzo de 1999. Medidas para la calidad de la edificación.

— Ley 3/1999, de 30 de marzo de 1999. Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

— Ley 4/1999, de 30 de marzo de 1999. Cooperativas de la Comunidad de Madrid.

— Ley 8/1999, de 9 de abril de 1999. Adecuación de la Normativa de la Comunidad de Madrid a la Ley Estatal 4/1999, de 13 de enero de 1999, de modificación de la Ley 30/1992, de 26-11-92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

— Ley 10/1999, de 16 de abril de 1999. Regula la Cámara Oficial de Comercio e Industria en la Comunidad de Madrid.

Murcia.—Ley 1/1999, de 17 de febrero de 1999. De creación del Instituto de Vivienda y Suelo de la Región de Murcia.

Navarra.—Ley Foral 2/1999, de 2 de marzo de 1999. Modifica la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo de 1995, de Haciendas Locales de Navarra, en materia de prescripción de derechos y acciones de las entidades locales.

— Ley Foral 5/1999, de 16 de marzo de 1999. Modificación de la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio de 1998, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra, sobre diversos conceptos en materia de requisitos para contratar con la Administración.

— Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo de 1999. Consejo de Navarra.

— Ley Foral 14/1999, de 6 de abril de 1999. Modificaciones fiscales.

II. Información de actividades

1. *Universidad Nacional de Educación a Distancia.*

a) Jornadas sobre la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.—Se ha celebrado en el Centro Regional de Extremadura, en Mérida, los días 7 a 9 de abril, con el siguiente programa:

- «La nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa», por el Excmo. señor don JAVIER DELGADO BARRIO, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial.
- «Rasgos generales del proyecto de nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa en materia de competencia judicial», por el profesor doctor don JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- «Delimitación objetiva y subjetiva de la Jurisdicción contencioso-administrativa», por el Excmo. señor don JOSÉ MARÍA ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, Presidente de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.
- «El nuevo procedimiento abreviado», por don MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ, Profesor de Derecho Procesal de la UNED.
- «El recurso contencioso-administrativo: interposición del recurso, presupuestos, forma y plazos», por el profesor doctor don NICOLÁS GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- «La sentencia y otros modos de terminación del proceso», por el Excmo. señor don RAFAEL FERNÁNDEZ MONTALVO, Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.
- «El recurso de casación», por el profesor doctor don VÍCTOR MORENO CATENA, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III.
- «La ejecución de sentencias», por el profesor doctor don VICENTE GIMENO SENDRA, Catedrático de Derecho Procesal de la UNED.
- «Las medidas cautelares», por el Ilmo. señor don ANTONIO PEDREIRA ANDRADE, Magistrado del Tribunal de Justicia de Madrid.
- «Los procesos especiales», por el Excmo. señor don RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE, Magistrado. Vocal del Consejo General del Poder Judicial.

b) Mesa redonda en la Facultad de Derecho de la UNED en Madrid, que se celebró el 29 de abril pasado, bajo el tema «Discrecionalidad administrativa, conceptos jurídicos indeterminados y control judicial». Moderó el profesor doctor don ALEJANDRO NIETO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Intervinieron: el profesor doctor don MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE, profesor titular de Derecho administrativo (Universidad de Castilla-La Mancha); profesora doctora doña EVA DESDENTADO DAROCA, profesora titular de Derecho administrativo (Universidad de Alcalá); profesor doctor don MARIANO BACIGALUPO SAGGESE, profesor titular de Derecho administrativo (UNED).

2. *Academia Matritense del Notariado*.—El día 15 de abril pasado tuvo lugar una sesión académica en homenaje a don RAMÓN MARÍA ROCA-SASTRE, con ocasión del centenario de su nacimiento.

Intervinieron:

- Don JOSÉ JUAN PINTO RUIZ, Doctor en Derecho y Abogado, sobre «El dogmatismo instrumental de don Ramón María Roca-Sastre».
- Don LUIS ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Notario de Barcelona, sobre «Roca-Sastre en mi memoria».
- Excmo. señor don JUAN VALLET DE GOYTISOLO, Notario y Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, sobre «La definición de derecho según Roca-Sastre».
- Cerró el acto el Ilmo. señor don JUAN BOLÁS ALFONSO, Presidente de la Academia Matritense del Notariado y Decano del Colegio Notarial de Madrid.

3. *Colegio de Registradores de la Propiedad*.

a) Jornada sobre el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles turísticos en España. Se ha celebrado en la sede del Parlamento Europeo en Bruselas, durante los días 20 y 21 de abril, con el siguiente programa:

- «El proceso de elaboración de la Directiva 94/47/CE», por don RAFAEL CEPAS, Administrador principal de la DG XXIV. Comisión Europea.
- «Reflexiones sobre la Directiva Europea 47/94/CE», por don ANDREAS SCHOMERUS, Socio del bufete de abogados «Fahnebrock» en Alicante. Colaborador del área de Derecho internacional privado de la Universidad de Alicante.
- «Transposición de la Directiva en España por la Ley 42/98, de 15 de diciembre», por don ANTONIO PAU, Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- «Publicidad comercial y publicidad registral del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre», por don PEDRO MUNAR, Profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de las Islas Baleares.
- «Aspectos negociables del régimen de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre», por don JOSÉ CARLOS SÁNCHEZ, Notario adscrito a la Dirección General del Registro y del Notariado. Ministerio de Justicia de España.
- «Cuestiones de Derecho internacional privado en la nueva Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno», por don EMILIO CAMPANY, Registrador de la Propiedad en España.

- MESA REDONDA: «Puntos de vista de los empresarios y de los consumidores», por don PEDRO PLANAS, Secretario General. Organización Europea de Tiempo Compartido, y por don CARLOS ARRIETA, Secretario General. Instituto Nacional de Consumo de España.
- «Situación actual de la incorporación de la Directiva 94/47/CE en los Estados miembros de la Comunidad Europea», por don MARIO TENREIRO, Jefe de Unidad «Cuestiones jurídicas» en la Dirección General XXIV, Comisión Europea.

Ceremonia de clausura: por don LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS, Director General de los Registros y del Notariado. Ministerio de Justicia de España.

b) Jornada sobre la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal. Se ha celebrado en Madrid, en el salón de actos del Colegio, el día 1 de junio, con el siguiente programa:

- «Nuevo régimen de funcionamiento de la comunidad», por don FERNANDO LÓPEZ OROZCO, Vicepresidente segundo del Colegio de Administradores de Fincas de Madrid.
- «Normas procesales», por don JAVIER CARRANZA CANTERA, Magistrado-Juez del Juzgado de 1.ª Instancia número 6 de Valladolid.
- «Aspectos registrales. Constitución y adaptación de comunidades. Complejos inmobiliarios. Afección real», por don PEDRO AVILA NAVARRO, Registrador de la Propiedad y Mercantil, Notario excedente.

c) Jornada de estudio del anteproyecto de Ley de sociedades profesionales. Ha tenido lugar también en el Colegio de Registradores, en Madrid, el día 8 de junio, con las siguientes intervenciones:

- «Las sociedades profesionales: las bases de la regulación proyectada», por don CÁNDIDO PAZ-ARES, Catedrático de Derecho Mercantil.
- «Régimen jurídico de las Sociedades Profesionales», por doña AURORA CAMPINS VARGAS, Profesora de Derecho Mercantil.
- «Valoración del anteproyecto desde la experiencia profesional», por don FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, Catedrático de Derecho Civil.
- «Perspectiva fiscal de las sociedades profesionales», por don JOSÉ MARÍA DE LA CRUZ BÉRTOLO, Economista.

4. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.*—El día 31 de mayo se celebró sesión solemne en la que el nuevo académico de número don RAFAEL MENDIZÁBAL ALLENDE leyó su discurso de ingreso sobre el tema «Códice de un juez sedente». Le contestó don JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ.

5. *Jornadas sobre modificación de propiedad horizontal*.—Organizadas por el Centro de Estudios Registrales de la Comunidad Valenciana, se han celebrado en los días 24 y 27 de mayo en Castellón de la Plana, con el siguiente temario:

- «Fundamentación de la ley de propiedad horizontal y de su reforma».
- «Aplicabilidad de la ley en el tiempo y en el espacio».
- «Comunidad con título constitutivo o sin título».
- «Organos de gobierno de la comunidad: funciones de cada uno».
- «Garajes en régimen de propiedad horizontal».
- «Deudas a favor y en contra de la comunidad. Créditos preferenciales. Fondo de reserva».
- «Procesos judiciales en la ley de propiedad horizontal».
- «Complejos inmobiliarios privados».

Intervinientes:

- Don JOSÉ MANUEL MARCO COS, Magistrado Presidente de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial.
- Don JUAN MANUEL BADENAS CARPIO, Doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho Civil.
- Don ANGEL TOMÁS NEBOT APARICI, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- Don JOAQUÍN BEUNZA VÁZQUEZ, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- Don MANUEL UÑA LLORENS, Notario, Registrador de la Propiedad.

6. *Reunión anual del Consejo de Redacción*.—El día 3 de junio pasado celebró su reunión ordinaria el Consejo de Redacción, en la que se analizó la trayectoria anual de la revista, comprobando que se han cumplido normalmente sus publicaciones y trabajos.

Se dio cuenta de la publicación en el número 651, del homenaje por el centenario del hipotecarista don RAMÓN MARÍA ROCA-SASTRE, y se estudió la publicación de un número extraordinario para celebrar el 75 aniversario de la fundación de nuestra revista.

Por último se acordó el nombramiento de dos nuevos Consejeros de Redacción, que recayó en los Registradores de la Propiedad, don FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GALLIGO y don JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, habituales y valiosos colaboradores, a los que felicitamos.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 8 de marzo de 1999.*—PROPIEDAD HORIZONTAL.—La privación del derecho al uso de vivienda propia que puede dictarse por conducta perturbadora de la convivencia no es anticonstitucional ni se opone al derecho de libertad de residencia.—Sala 1.^a.—Ponente: Sr. Cruz Villalón.—Voto particular de los Magistrados Sres. García Manzano y Jiménez de Parga.

Antecedentes.—Los hechos relevantes para la resolución del recurso de amparo son los siguientes:

a) La Comunidad de propietarios del citado inmueble de la calle Navarra, tras requerir a don Isacio del Rfo para que cesase en los insultos, amenazas y molestias con que alteraba la convivencia vecinal, demandó a los ahora recurrentes en amparo en solicitud de que se les privase del uso de la vivienda de la que eran propietarios en ese inmueble, de acuerdo con lo establecido en el art. 19 LPH, por la conducta perturbadora de la convivencia comunitaria que se imputaba a don Isacio del Rfo. Se alegaba que desde hacía unos cinco años aproximadamente venía manteniendo un comportamiento molesto, incómodo y obstaculizador de la normal convivencia comunitaria pasando por alto los más elementales principios de educación y respeto exigibles en una relación civilizada entre personas. El cúmulo de incidentes protagonizados por el codemandado, se afirmaba, resulta excesivo, destacando que su conducta debía considerarse reprochable, no sólo dentro de la Comunidad sino también fuera de ella, imputándosele insultar, calumniar y vejear a los vecinos cuando se cruzaba con ellos, arrojar huevos, tomates y otros «excrementos» contra el vehículo de alguno de éstos, destrozar los buzones e introducir en ellos preservativos usados y hacer llamadas telefónicas amenazando a los distintos vecinos, tal y como se hizo constar en el acta de la junta de propietarios celebrada el 17 de octubre de 1994. Por alguno de tales hechos, además de ejercer esa acción civil, se ha pretendido exigir la responsabilidad penal a través de distintos procedimientos seguidos en los Juzgados de Valladolid.

b) La demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. Aparecía, en lo que aquí nos interesa, que aunque la constitucionalidad del precepto alegado por la actora ha sido declarada, la sanción pretendida supone la privación de un derecho constitucional (aunque la Sentencia no lo dice, parece referirse al derecho de propiedad, al haberse declarado en la STC 301/

1993 que el art. 19 LPH no vulnera el art. 33 CE), por lo que debe interpretarse restrictivamente, debiendo, de esta manera, entenderse que el art. 19 LPH, puesto en relación con el art. 7.3 de esa Ley, se refiere a las actividades profesionales o empresariales que se realicen en la vivienda, quedando al margen los comportamientos de los vecinos desvinculados del ejercicio de este tipo de actividades, en cuyo caso, y frente a su ilicitud penal o civil, deberá seguirse la vía judicial correspondiente. Por otra parte, ese criterio de interpretación restrictiva que acoge conduce a que, para la prueba de la actividad en que se fundamenta la acción, deba aportarse la condena firme al demandado en Sentencia civil o penal.

c) Interpuesto recurso de apelación por la Comunidad, el mismo fue estimado por la Audiencia Provincial, imponiendo a don Isacio del Río la privación, del uso del piso del que es cotitular en el inmueble en cuestión, por el plazo de un año, pero absolviendo a su esposa, doña María del Carmen García Rodríguez, a la que también se demandaba, en consideración a que la conducta que da origen a esta medida es personal del primero y esta última no usa la vivienda simplemente por su relación con don Isacio del Río, sino que también es copropietaria, por lo que no se le puede privar de su uso, salvo que también hubiere incurrido en la conducta molesta o perturbadora denunciada, lo que no es el caso. Las razones que llevan a ese órgano a imponer la medida privativa del derecho de uso de la vivienda al entonces codemandado, según se recogen en la Sentencia ahora impugnada, son las siguientes:

«El enorme volumen de datos y circunstancias probatorias que a tal efecto han sido traídas a los autos relevan de una cita pormenorizada de cada uno. Baste señalar que un análisis y valoración conjunta de todos ellos permite concluir y afirmar, sin temor a error, primero, la existencia de una perturbación y deterioro en la convivencia de la Comunidad de Propietarios actora que excede de los límites normales y tolerables; segundo, el elevado grado de participación y acuerdo alcanzado en el seno de dicha comunidad para reconocer esa perturbación y la necesidad de defenderse de ella, lo que contradice el carácter limitado, personal y particular que el demandado pretende dar a la cuestión; tercero, que esta situación ha sido injustamente provocada por el demandado Sr. del Río con la realización de numerosos y reiterados actos de carácter coactivo insultante y amenazante para con diversos miembros de dicha comunidad y cuarto, que el demandado no ha cesado en su actitud a pesar de haber sido requerido para ello con el apercibimiento del ejercicio judicial de la presente acción (Acto de Conciliación de fecha septiembre de 1994, al folio 13).

A este respecto, se destaca el contenido de algunas Actas de la Comunidad, como la de fecha de mayo de 1993 (refleja quejas de los vecinos por hechos tales como manchas, desperdicios y escupitajos en zonas comunes, bloqueo intencionado de ascensor, insultos y llamadas telefónicas molestas. Todos coinciden en sospechar del demandado); el acta de la reunión de 20 de diciembre de 1993 (de nuevo se formulan quejas por el comportamiento molesto y conflictivo del demandado adoptando éste «una actitud destemplada y violenta dirigiéndose a los asistentes o a algunos de ellos... y los llamó 'mafiosos' y racistas varias veces dando fuertes puñetazos en la mesa porque se decidió levantar la sesión»), el acta de reunión de 23 de julio de 1994 (acuerda por unanimidad de los vecinos asistentes requerir al señor del Río para que cese en la conducta de insultos y amenazas y molestias que viene observando especialmente con los señores don Pedro Díaz Tablada, don José Antonio

Meneses Martín y don Abelardo Rodríguez Centeno y sus familiares, decidiéndose, también unánimemente, para el caso de que dicho requerimiento no sea atendido, instar judicialmente la privación al señor del Río del uso del piso); el acta de fecha 17 de octubre de 1994 (nuevamente se denuncia y describen quejas por la conducta insultante y amenazante del demandado para con los citados vecinos y se hace constar su actitud provocativa en la reunión, acordándose por los asistentes, a excepción de dos que formulan la salvedad de apoyar lo que decidan la mayoría, proceder judicialmente contra el demandado por la vía de los arts. 19.1 y 7.3). Y a esto cabe agregar los testimonios trasdos de los procedimientos penales seguidos contra el demandado, ante el Juzgado número 5 de Valladolid (Injurias y Calumnias. Diligencias Previas núm. 425/95) y Juzgado de Instrucción núm. 4 (Amenazas y coacciones. P.A. núm. 5681/93C), obrando en este último diversas denuncias de vecinos así como un informe pericial de identificación de voz sobre llamadas telefónicas a varios de ellos en tono y forma claramente insultante y ofensiva. Y por último, la declaración de hasta quince testigos propuestos por la comunidad actora que de forma clara y concorde ratifican el deterioro y quebranto de la vida comunitaria a consecuencia de la actitud molesta y ofensiva del demandado.»

En su demanda de amparo los recurrentes sostienen que se ha vulnerado el derecho a la libertad de residencia (art. 19 CE), tanto del esposo, al que se le priva del uso de su vivienda, como de la esposa, pues, aun absuelta de la demanda, se le priva de elegir su residencia por la obligación que tiene de residir con su cónyuge (art. 68 CC), con lo que, indirectamente, se está atentando contra la unidad de la familia. Pone de manifiesto que en el art. 19 CE no se recoge ningún supuesto de restricción de la libertad de residencia y que ésta sólo sería posible por la imposición de la pena de destierro por aplicación del Código Penal y tras la tramitación del correspondiente proceso penal.

Entiende que se está ante una sanción civil impuesta con infracción del art. 24 CE al no haberse dictado ninguna Sentencia condenatoria en las dos causas penales seguidas contra él por injurias, calumnias, amenazas y coacciones a pesar de que había alegado la existencia de prejudicialidad penal, dándose así por probados hechos que están *sub iudice* ante la jurisdicción penal, y dando por sentadas las condenas penales, con vulneración del principio de presunción de inocencia, que debe regir tanto en el ámbito penal como en el proceso civil.

También considera que se vulnera el art. 24 CE por la interpretación realizada del art. 7 LPH, que le produce indefensión, toda vez que no existe prueba alguna de que dentro del inmueble se hayan desarrollado actividades no permitidas en los estatutos, dañosas para la finca inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres, a lo que se añade la total inexistencia de material probatorio referido al período comprendido entre el requerimiento formulado para que cesara en sus insultos, amenazas y molestias y el momento en que se decide ejercer la acción seguida contra él, que debe fundarse en el incumplimiento del requerimiento. El apoyo en testigos, familiares de los vecinos enfrentados al demandante de amparo e interesados en que la Comunidad ganase el pleito, se dice, no puede ser calificado como prueba mínima legal para desvirtuar la presunción de inocencia.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido desestimar el amparo solicitado, de acuerdo con las razones que se exponen en los siguientes.

Fundamentos jurídicos.—1. Exponen los demandantes de amparo que la Sentencia impugnada ha vulnerado su derecho fundamental a la libertad de elección de residencia (art. 19 CE) como consecuencia, en el caso de uno de ellos, de la privación del derecho al uso de la vivienda de su propiedad y, en el caso de la otra demandante, como resultado de la existencia de un vínculo conyugal con el anterior, lo que le impide decidir libremente su domicilio al estar obligada a convivir con su esposo. Igualmente achacan a dicha Sentencia la intracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por cuanto se les ha sancionado a pesar de que existían dos causas penales pendientes por hechos en parte coincidentes con los que han dado lugar a la privación del derecho de uso a don Isacio del Rfo, sin respetar la debida prejudicialidad penal y porque éste ha sido sancionado sin que estuviesen probados los hechos que se le imputan y sin que la Sentencia recurrida mencionase hecho alguno que suponga el incumplimiento del requerimiento que le formulara la Comunidad de Propietarios.

El Ministerio Fiscal y la Comunidad de Propietarios personada se oponen a la concesión del amparo. El primero estima que la infracción del derecho a la libertad de residencia alegada, a lo sumo, sería predicable del destinatario directo de la medida de privación del derecho de uso de la vivienda y no de su esposa, pero que, en realidad, no existe respecto de ninguno, toda vez que tal derecho no incluye el derecho a la elección de domicilio, y que, en cualquier caso, se trataría, en lo que coincide con la Comunidad de Propietarios, de una limitación constitucionalmente admisible. Ambos rechazan igualmente que exista ninguna infracción de los derechos reconocidos en el art.24 CE.

2. No ha existido vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En primer lugar, los demandantes de amparo han obtenido una respuesta motivada y fundada en Derecho que resuelve la controversia suscitada entre las partes, sin que corresponda a este Tribunal revisar una decisión judicial que hace una interpretación de la legalidad y una valoración de la prueba que no pueden ser tachadas de manifiestamente irrazonables, arbitrarias o incursas en error patente (SSTC 50 y 58/1997 6 238/1998). En particular, el entendimiento que del párrafo tercero del art. 7 LPH realiza la Audiencia Provincial de Valladolid, consistente en que comprende los supuestos de conductas de un miembro de la comunidad que resulten gravemente perturbadoras de la convivencia vecinal, en modo alguno puede ser tachada de irrazonable, en cuanto que puede adaptarse lógicamente al texto y sentido de la Ley, sin que podamos, como decíamos, decidir si tal interpretación es más o menos acertada que la que sostuvo el Juzgado de Primera Instancia, que entendió que el considerado precepto sólo se refiere a actividades empresariales o profesionales.

Tampoco tiene relevancia constitucional alguna la alegación relativa a que debería haberse esperado a la resolución de las causas penales seguidas por hechos también relacionados con la convivencia entre los vecinos, ya que, como hemos venido declarando, «son los órganos judiciales los que, por razón de su competencia exclusiva *ex* art. 117.3 CE, han de resolver una cuestión que, como la de la concurrencia de una cuestión prejudicial, se inscribe en el ámbito de la estricta legalidad ordinaria» (STC 166/1995, fundamento jurídico 2). Además, debe tenerse en cuenta que no existe la identidad de hechos alegada, pues en la causa civil lo que se ha enjuiciado es una conducta constante de uno de los demandantes de amparo que ha venido alterando la convivencia dentro de la Comunidad de vecinos, mientras que las causas penales

se siguen por determinados hechos que, si bien acaecieron en el ámbito de tales relaciones, obviamente, no son coextensos con los enjuiciados en el pleito civil, sino mucho más restringidos.

3. Tampoco se ha vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia (art 24.2 CE), al que se alude, aun cuando no con demasiada precisión técnica, en la demanda de amparo.

En efecto, sin necesidad de examinar ahora la cuestión de si tal derecho fundamental resulta de aplicación al supuesto que nos ocupa, el examen de las actuaciones muestra que ha existido actividad probatoria suficiente que, libremente valorada por el órgano jurisdiccional, le ha permitido tener por acreditados los hechos imputados a don Isacio del Río, así como la participación de éste en los mismos, incluso después de formulado por la Comunidad de Propietarios el requerimiento que exige el art. 19 LPH, lo que permite descartar cualquier atisbo de violación de aquel derecho fundamental.

4. Pasando ya a la queja que constituye el núcleo de la demanda de amparo, la alegada vulneración de la libertad de residencia (art. 19 CE), procede, de entrada, declarar que debe ser desestimada respecto de doña María del Carmen García Rodríguez, esposa de don Isacio del Río y también demandante de amparo, pues nada tiene que ver este derecho fundamental con la incidencia que el cumplimiento de los deberes derivados de las relaciones familiares pueda tener en la elección de un domicilio por parte de una determinada persona (AATC 116/1984, 470 y 851/1985, y 127 6 182/1986).

5. Antes de dar respuesta a esta misma alegación de la libertad de residencia por parte del otro demandante de amparo, don Isacio del Río, conviene recordar que la misma se formula como reacción frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid por la que, con aplicación de lo dispuesto en el art. 19 LPH, se acuerda privar a aquél del uso del piso del que es cotitular, sito en la calle Navarra, núm. 4, tercero A, de Valladolid, durante el plazo de un año al haber provocado «una perturbación y deterioro en la convivencia de la Comunidad de Propietarios actora que excede de los límites normales y tolerables» (fundamento de Derecho tercero, ampliamente reproducido en los Antecedentes).

6. El precepto que sirve de base a la sanción civil impuesta al demandante de amparo dispone:

«Desatendido el requerimiento por el titular ocupante, la junta podrá instar y obtener judicialmente la privación del uso del piso o local a aquél y a quienes con él convivan. Dicha privación la fijará discrecionalmente el Juez por un plazo no superior a dos años, atendida la gravedad de la falta, sin que afecte a los restantes derechos dominicales y a las obligaciones derivadas del título.»

Este precepto ha sido ya objeto de control por parte de este Tribunal. Concretamente, en la STC 301/1993 como respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad en la que se planteaba la posible vulneración del derecho de propiedad (art. 33 CE) a través de lo dispuesto en dicho precepto legal, este Tribunal declaró que «el artículo cuestionado se refiere a un tipo de propiedad, el de la propiedad horizontal, en el que la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justifica, sin duda, la fijación, legal o estatutaria de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares» (fundamento jurídico 3). En el mismo

fundamento jurídico se concluya declarando que en el citado precepto «no se configura, en efecto, una expropiación forzosa —en el sentido constitucional del concepto— sino una específica sanción civil o, más precisamente, una obligación cuyo cumplimiento puede ser exigido por los órganos judiciales —que no ejercen potestad expropiatoria alguna— cuando se constate determinada conculcación del ordenamiento y basta con advertirlo así para concluir en que la regla legal no está afectada por los vicios de inconstitucionalidad que sugiere el Auto de planteamiento: la privación de uso se fundamenta en la comisión de un ilícito y no cabe echar en falta en su regulación, por lo tanto, ni la invocación de una causa *expropriandi* de utilidad pública o interés social —rigurosamente extravagante al supuesto— ni la previsión de una indemnización por la privación misma que contradiría, cómo es obvio, el repetido alcance sancionador de la medida».

7. El demandante de amparo pone en duda la constitucionalidad del precepto a partir, ahora, de un derecho fundamental enteramente distinto, la libertad de residencia reconocida en el art. 19 CE pero lo que entonces declarábamos no es irrelevante a nuestros efectos.

No hay dificultad alguna en entender que la libertad de residencia no tiene por qué limitarse al derecho a fijar la propia residencia en un determinado espacio de amplitud mayor al del domicilio (localidad, villa o pueblo). La libertad de residencia puede legítimamente extenderse a concreciones mucho más específicas, sin excluir siquiera el derecho a fijar la residencia en una vivienda concreta y determinada, siempre desde luego, y eso sí, que con ello no se vean afectados otros derechos subjetivos.

En efecto, la libertad de residencia, reconocida en el art. 19 CE, supone, ante todo, la libertad de habitar en un determinado lugar. Y, en este sentido, el domicilio es siempre, precisamente, lugar en el que se habita, si bien tal habitación, para determinar la existencia del domicilio, ha de hallarse cualificada por la presencia de determinadas notas. Cuáles sean esas notas dependerá de la concreta consideración del domicilio en cada caso, pudiendo hacer referencia, por ejemplo a la habitualidad, como vendría a ser lo propio del concepto de domicilio del Código Civil (art. 40), a constituir el lugar donde se establece la sede jurídica de la persona o, en fin, a aquel donde se desarrolla la vida privada de la persona física, como es lo característico del concepto de domicilio cuya inviolabilidad está protegida por el art. 18 CE (SSTC 22/1984 ó 50/1995). En cualquier caso, lo que no puede discutirse es que el derecho a habitar en un determinado lugar, «el derecho subjetivo y personal a determinar libremente el lugar o lugares donde se desea residir transitoria o permanentemente» (ATC 227/1983, fundamento jurídico 2) que el art. 19 CE proclama, implica el reconocimiento a su titular del poder de configurar esa residencia con los elementos propios del domicilio, con lo que resulta que es también un derecho a la libre elección del mismo.

Ahora bien, es claro que las libertades de circulación y residencia no confieren, como es natural, un poder jurídico omnímodo a favor de su titular, ya sea en orden a pasar por cualquier lugar, ya sea en orden a habitar en él. Así, la propiedad privada, en cuanto garantía institucional (art. 33.1 CE), constituye un primer y evidente condicionamiento al ejercicio de tales libertades. De este modo, en lo que aquí nos interesa, debe tenerse presente que, para habitar lícitamente en un lugar es necesario disfrutar de algún derecho, cualquiera que sea su naturaleza, que habilite al sujeto para la realización de tal uso del bien en el que pretende establecerse.

Por ello, el que la libre elección de domicilio forme parte del contenido de la libertad de residencia proclamada en el art. 19 CE, en modo alguno justifica conductas tales como «invadir propiedades ajenas o desconocer sin más legítimos derechos de uso de bienes inmuebles» (ATC 227/1983, fundamento jurídico 2). Y es que el carácter instrumental que tienen los derechos al disfrute de un bien en relación con el derecho a la elección del domicilio, según hemos expuesto en el párrafo anterior, no debe alterar la consideración de que se trata de derechos privados, por más que sean los que permitan el desenvolvimiento de las relaciones y los ámbitos vitales garantizados por el derecho fundamental a la libertad de elección de residencia. Y como tales derechos privados deben ser tratados, sin que la protección de la personalidad y la autonomía privada que está en la base de su regulación implique que deban incorporarse al contenido de los derechos fundamentales protegibles en amparo. De esta manera, el derecho a la libre elección del domicilio no puede entenderse como derecho a fijar el domicilio en el concreto bien que uno desee, sin más, sino como un límite a los poderes públicos en orden a constreñir esa elección por razones distintas a las derivadas de la libre configuración de las relaciones civiles (art. 33 CE), del uso del suelo de acuerdo con el interés general (art. 47 CE) u otras que resulten constitucionalmente admisibles. Por eso hemos declarado que «nada tiene que ver ese derecho con la validez o no de la adquisición de un inmueble» (ATC 180/1984, fundamento jurídico 4) o con las condiciones de la prórroga arrendaticia establecidas en la legislación de arrendamientos urbanos (AATC 227/1983 y 236/1985), pero también hemos afirmado que «la libertad de elección de residencia que atribuye a los españoles el art. 19 CE comporta la obligación correlativa de los poderes públicos de no adoptar medidas que restrinjan u obstaculicen ese derecho fundamental» (STC 8/1986, fundamento jurídico 3).

En conclusión, los condicionamientos que pueda sufrir el derecho a la libre elección de domicilio derivados de la inexistencia o pérdida de los derechos privados que habiliten para el disfrute del bien en cuestión quedan, en principio, al margen de la protección constitucional del derecho a la libertad de residencia.

8. A partir de las anteriores consideraciones la demanda de amparo debe ser también desestimada desde la perspectiva de la libertad de residencia garantizada por la Constitución. No es irrelevante, a este respecto, la circunstancia de tratarse de una vivienda situada en un inmueble regido por la Ley de Propiedad Horizontal. Los ciudadanos son libres, frente a los poderes públicos, de fijar su propia residencia en una vivienda, de su propiedad, configurada en régimen de propiedad horizontal, pero, como dijimos en la STC 301/1993, en estos casos, «la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justifica, sin duda, la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares». Y añadimos en la citada Sentencia que el artículo de la LPH cuestionado supone «una abstracta previsión legal que liga una determinada consecuencia negativa (privación temporal del uso del piso) a la transgresión de un deber impuesto por la propia Ley en el seno de una relación jurídico-privada, consecuencia negativa que grava sobre el patrimonio del transgresor, a quien el órgano judicial puede privar del uso del inmueble (vivienda o local) durante un máximo de dos años».

De este modo, nos encontraríamos ante la privación de un derecho privado, el derecho de uso de una concreta vivienda, consecuencia del incumplimiento de deberes propios de una relación jurídico-privada, la derivada del régimen de propiedad horizontal, que aun cuando va a suponer un condicionamiento al derecho a la libre elección de domicilio no implica, por las razones antes expuestas, una restricción del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad de residencia. Máxime cuando la sanción civil impuesta, contemplada específicamente desde la perspectiva de la libertad de residencia, sólo incidiría sobre esta última en un grado extraordinariamente limitado; el ciudadano sigue siendo libre de fijar su residencia en cualquier lugar, con la única exclusión del concreto piso al que se refiere la medida en cuestión.

Voto particular que formula el Magistrado don Pablo García Manzano a la sentencia dictada en el recurso de amparo num. 3.784/95 y al que se adhiere el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera

Disiento, con el máximo respeto, de la decisión desestimatoria del amparo, por las razones que expuse en la deliberación en Sala, pues entiendo que debimos amparar la queja de don Isacio del Río Carpio.

1. En primer término aunque es esta cuestión accesorias, debió apreciarse que no concurre en la también recurrente en amparo, doña María del Carmen García Rodríguez, esposa del antes citado demandante, suficiente legitimación activa para examinar su queja. La relación conyugal con el señor del Río Carpio, único a quien se ha impuesto la privación del uso de vivienda de la que es copropietario, no la confiere el interés legítimo suficiente para fundar una, queja que no tiene, respecto de la esposa, sustento en la supuesta vulneración del derecho fundamental de libre elección de residencia (art. 19 CE) ni tampoco, entiendo, se le ha vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución, pues la Sentencia a quien se reprocha la lesión (dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid el 13 de octubre de 1995) ha constreñido la privación del uso de la vivienda de la que ambos son cotitulares, en régimen de gananciales, al marido, permitiendo que permanezca en el pleno dominio y uso de la misma la esposa Sra. García Rodríguez, junto con sus hijos menores de edad. No hay, pues, afectación alguna que proporcione basamento para una suficiente legitimación *ad causam* y, por ello, el recurso de amparo debió ser inadmitido respecto de dicha demandante.

2. La cuestión central, ceñida a la persona a la que se le impuso la privación temporal del uso de la vivienda de la que es propietario y en la que habita con su familia, es otra y de mucho mayor alcance.

Creo, ante todo, que la constitucionalidad que declaramos, respecto del art. 19, pfo. 1.º, de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960, en la STC 301/1993, decidiendo cuestión de inconstitucionalidad, se limitó a la única perspectiva en que la cuestión había sido formulada por el Juez civil, es decir, a la no contradicción del precepto con el art. 33.3 CE, al no entender aquél como constitutivo de una expropiación sin cobertura de previa declaración de utilidad pública o interés social, y sin llevar aparejada indemnización. La perspectiva constitucional desde la que se ejercita la queja del demandante, en cuanto entiende violado su derecho a la libertad de residencia proclamado en el art. 19 de la Consti-

tución, nos permitía abordar, si el mencionado precepto de la Ley de Propiedad Horizontal, al ser aplicado en el juicio de cognición que ha finalizado con la citada Sentencia, se acomoda al art. 19 CE o lo vulnera.

En la conclusión negativa que se alcanza por la Sentencia, mayoritaria estoy sustancialmente de acuerdo.

3. Mi disentimiento se produce en la no apreciación por la mayoría de la existencia de una vulneración por la Sentencia del derecho fundamental del demandante a una tutela judicial efectiva.

En efecto, a diferencia del Juez de Primera Instancia, que en su Sentencia desestimatoria lleva a cabo una impecable aplicación de la norma que funda la pretensión de la Junta de la Comunidad de Propietarios, la Sentencia revocatoria de la Audiencia Provincial de Valladolid, al atender la solicitud del órgano de los comuneros, consistente en la privación impuesta al Sr. del Río, del uso temporal del piso de su propiedad en el inmueble regido por las normas de la propiedad horizontal, no ha dispensado una tutela judicial efectiva, pues, en mi criterio, ha vulnerado de manera clara la prohibición que, en el ámbito aplicativo de las normas, se contiene en el art. 4.2 del Código Civil. No se trata, pues, de que el órgano judicial haya efectuado una interpretación de la norma (art. 19, párrafo primero, en relación con el párrafo tercero del art. 7, ambos de la Ley de Propiedad Horizontal) que puede ser discutible pero está fundada en Derecho y que es divergente de la llevada a cabo por el Juez de instancia en el proceso civil de cognición, interpretación cuya censura no incumbe a este Tribunal y de la que no cabría derivar la lesión del mencionado derecho fundamental. Se trata, para decirlo lisa y llanamente, de que la Sentencia de apelación ha aplicado la analogía en el ámbito de un precepto sancionador civil, en clara contravención del mandato contenido en dicho art. 4.2 del Código Civil. Cuando esto ocurre, a mi entender, se produce una desatención del órgano judicial a una taxativa prohibición legal en el ámbito aplicativo de las normas, y que, por afectar a derechos fundamentales (aunque no sean de los susceptibles de protección reforzada) como el derecho de propiedad del art. 33 y el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) requieran del Juez sentenciador una estricta observancia del mencionado precepto, inserto en el Título Preliminar del Código Civil. Al no hacerlo así, no se garantiza una efectiva tutela judicial.

No es discutible, y así lo configuran los propios órganos jurisdiccionales que, han intervenido en el proceso civil del que trae causa este recurso de amparo, que el art. 19, conectado al art. 7, párrafo tercero, de la tan citada Ley de Propiedad Horizontal, es una norma sancionadora de naturaleza jurídico-privada o civil, como reacción jurídica del Ordenamiento frente a incumplimientos del propietario del piso o local sito en inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal. Y sancionadora con una especial intensidad, pues priva, siquiera sea temporalmente (hasta el máximo de dos años), del más esencial de los contenidos del derecho de propiedad, como es el uso o disfrute de la cosa. Ha de añadirse que la prohibición de la analogía no se construye, en el ámbito sancionador en que nos movemos, a las normas punitivas contenidas en el Código Penal (normas de Derecho Penal), ni a las sancionadoras administrativas. Se prolonga también a las sancionadoras civiles, tal como ordena el mencionado apartado 2 del art. 4 del Código Civil: «Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

Pues bien, la prohibición, clara y tajante, de que una *ley penal* sea aplicada a supuestos diversos de los estrictamente comprendidos en ella, no se circunscribe, entiendo, a normas de Derecho Penal *stricto sensu*, sino que en esta expresión, que no es equiparable a normas de Derecho Penal están comprendidas las sanciones civiles. La *ratio* del precepto obedece al tradicional principio de que las denominadas leyes odiosas son de interpretación restringida, y, desde luego, no consienten la aplicación analógica. Se trataría, en suma, de la «penalidad civil» a que hace expresa referencia la Disposición transitoria tercera del propio Código Civil, entendida como sanción civil de privación de derechos. La inequívoca inserción del precepto en el ámbito sancionador, la pone de relieve el propio texto de la norma al hablar, como módulo que condiciona la discrecionalidad del Juez, de «la gravedad de la falta», en terminología que se aproxima a la que es característica de las normas penales.

4. Es claro, en mi parecer, que el supuesto de hecho de la norma sancionadora civil, que es el contenido en el párrafo tercero del art. 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, ha sido aplicado analógicamente por la Audiencia Provincial de Valladolid, en la Sentencia a la que se imputa la lesión constitucional, trasladando lo que pertenece al ámbito objetivo de actividades desarrolladas en el inmueble al subjetivo de las conductas de propietarios-ocupantes de viviendas integradas en aquél. Lo que la norma civil veda, y a lo que liga la consecuencia sancionadora de la privación temporal del uso del derecho dominical, es «desarrollar en él (en el piso) o en el resto del inmueble *actividades* no permitidas en los estatutos, dañosas *para la finca*, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres». Sólo y exclusivamente el desarrollo de una actividad, bien sea en el piso o en alguna parte del inmueble impedida por los estatutos, que tenga consecuencias dañosas para la finca regida por normas estatutarias que configuran la propiedad horizontal, o que sea incluíble entre las ocupaciones o destinos que quepa calificar como inmorales, peligrosas, etc., podrá justificar, de acreditarse su acaecimiento, una sanción de tal entidad como la que dispone el art. 19 de la Ley de Propiedad Horizontal, aquí aplicada durante un año. Sin embargo, la aplicación que la Sala de apelación ha efectuado de la norma sancionadora se ha extendido, se ha desplazado —diría, quizás, con mayor rigor— a una conducta personal atribuible, y atribuida en exclusiva, al vecino don Isacio del Río Carpio, conducta que, por reprochable y perturbadora de la convivencia vecinal que sea, no permite ni justifica la sanción civil que la norma prevé como adecuada. Podrá dicha conducta, si se acredita tener su condigno reproche en las vías adecuadas (se halla pendiente la vía penal), pero lo que no consiente el ordenamiento jurídico, como se ha expuesto, es sancionar civilmente un supuesto no comprendido claramente en la prohibición para la que se halla previsto.

De forma palmaria se pone de manifiesto la inadecuación de la aplicación analógica llevada a cabo por la Sentencia de la que trae causa este amparo, atendiendo al dato de que la Sala sentenciadora se ha visto, por así decir, abocada a una solución de carácter personalista o individualizada, que no es compatible con el tenor literal del aplicado art. 19, párrafo primero, de la Ley de Propiedad Horizontal; dado que este precepto prevé la privación del derecho «a aquél (es decir, el titular del piso) y a quienes con él convivan». Se pretende así impedir la continuidad en el piso de la actividad incompatible o no tolerada, lo que es contradictorio con la permanencia en el piso de personas u ocupantes, tras la imposición de la sanción civil que nos ocupa, solución ésta adoptada por la sentencia objeto de amparo que, en su fundamento ju-

rídico 4, limita la sanción civil «al propietario infractor Sr. del Rfo, y no, por lo tanto, a la esposa codemandada e hijos con quien convive».

5. Por lo expuesto, en mi modesto criterio, se ha producido una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del sancionado recurrente, que debió conducir a la estimación del amparo, con la consiguiente nulidad de la Sentencia objeto del mismo.

Publíquese este voto en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve.—Pablo García Manzano.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Firmado y rubricado.

II. Resoluciones de la Dirección General

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Registro de la Propiedad

Resolución de 4 de enero de 1999
Registro de la Propiedad de Zaragoza n.º 2
(*BOE* 3-3-1999).

OPCION DE COMPRA. TRANSMISIBILIDAD.

Es un derecho transmisible, pero no es inscribible la cláusula de su cesión a un optante indeterminado.

Resolución de 28 de enero de 1999
Registro de la Propiedad de Madrid n.º 27
(*BOE* 3-3-1999).

ADJUDICACION EN PAGO DE DEUDAS. CESION DE CREDITOS POR UNA SOCIEDAD EN LIQUIDACION. FACULTADES DE LIQUIDADOR Y ADMINISTRADORES.

La validez de la cesión está relacionada con la naturaleza gratuita u onerosa del acto y si existe o no perjuicio para los acreedores al haber sido satisfechos todos ellos.

Resolución de 4 de febrero de 1999
Registro de la Propiedad de Gerona n.º 1
(*BOE* 3-3-1999).

GANANCIALES. VENTA POR UN SOLO CONYUGE

No se puede vender sólo por la esposa, alegando ser heredera de su esposo fallecido y error en el asiento de su adquisición.

Resolución de 5 de febrero de 1999
Registro de la Propiedad de Rosas
(BOE 3-3-1999).

TRACTO SUCESIVO. ANOTACION DE DEMANDA.

No se puede practicar anotación de la demanda interpuesta para pedir la legítima catalana porque se ha incoado el juicio contra los herederos y la finca está inscrita en favor del causante, sin haber acreditado el fallecimiento de éste.

Resolución de 8 de febrero de 1999
Registro de la Propiedad de San Bartolomé de Tirajana
(BOE 3-3-1999).

HIPOTECA. EJECUCION ARTICULO 131 LH DESTINO DEL SOBRANTE

Es inscribible aunque se despache 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.

Resolución de 11 de febrero de 1999
Registro de la Propiedad de Ciudad Rodrigo
(BOE 3-3-1999).

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDACION DEL TRACTO. EDICTOS.

La publicación de éstos no es requisito esencial del procedimiento para la reanudación del tracto, como lo es para la inmatriculación.

Resolución de 12 de febrero de 1999
Registro de la Propiedad de Guadalajara n.º 2
(BOE 3-3-1999).

HIPOTECA. EN GARANTIA DE PAGARES. CANCELACION.

Debe constar el consentimiento del acreedor según el art. 82 LH. No es equiparable la acreditación de tenencia de los pagarés en manos del deudor por no ser identificables como las letras, que tienen serie y número en impresos oficiales.

Resolución de 13 de febrero de 1999
Registro de la Propiedad de Valencia n.º 2
(BOE de 2-3-1999).

GANANCIALES. FINCA PRIVATIVA POR CONFESION.

No es anotable el embargo por deudor del esposo; al no ser ganancial, no basta la notificación, sino que ha de demandarse a ambos esposos.

Resolución de 16 de febrero de 1999
Registro de la Propiedad de Felanitx
(BOE 11-3-1999).

PRESENTACION. POR FAX. DISCORDANCIA CON EL TITULO. PRIORIDAD.

Debe haber correspondencia entre el título real y la comunicación del Notario, pues en otro caso procederá un nuevo asiento de presentación, con pérdida de vigencia del asiento inicial y ganancia de rango de los asientos posteriores al del fax y anteriores al asiento a base del título efectivo.

Resolución de 17 de febrero de 1999
Registro de la Propiedad de Laredo
(BOE 11-3-1999).

SEGREGACION. EN EJECUCION DE SENTENCIA: NECESIDAD DE LICENCIA MUNICIPAL.

Es necesaria la licencia exigida por la legislación del suelo, aunque se trata de una escritura otorgada en cumplimiento de sentencia.

Resolución de 19 de febrero de 1999
Registro de la Propiedad de Madrid n.º 2
(BOE 11-3-1999).

PROPIEDAD HORIZONTAL. MODIFICACION. LEGITIMACION PARA REALIZARLA.

Para rectificar el régimen constitutivo, la escritura debe ser otorgada por todos los cotitulares registrales en el momento que se pretende la modificación.

Resolución de 20 de febrero de 1999
Registro de la Propiedad de Toro
(BOE 18-3-1999).

INMATRICULACION. TITULO HABIL. AUTO DE ADJUDICACION.

No lo es el auto de adjudicación en juicio ejecutivo por no reunir los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria.

Resolución de 23 de febrero de 1999
Registro de la Propiedad de La Bisbal
(BOE 23-3-1999).

RECURSO GUBERNATIVO. LEGITIMACION DEL NOTARIO.

A efectos del artículo 112 del RH sólo puede recurrir el Notario autorizante y no el que le haya sucedido.

Resolución de 25 de febrero de 1999
Registro de la Propiedad de La Bisbal
(BOE 18-3-1999)

TRACTO SUCESIVO. ACTOS OTORGADOS POR LOS HEREDEROS DE LA TITULAR.

Son inscribibles si se han otorgado de acuerdo con el artículo 20.5.º de la LH, sin necesidad de la previa inscripción en favor de dichos herederos.

Resolución de 27 de febrero de 1999
Registro de la Propiedad de Barcelona n.º 1
(BOE 20-3-1999).

HIPOTECA. EN GARANTIA DE EMISION DE OBLIGACIONES. REQUISITOS PREVIOS. LEGITIMACION PARA RECURRIR.

Antes de inscribirse la hipoteca y de la emisión de los títulos deben cumplirse los requisitos previstos en el artículo 26 de la Ley de Mercado de valores. La representación para presentar títulos a inscribir que autoriza el artículo 6 LH no presupone representación para recurrir la calificación.

Resolución de 26 de febrero de 1999
Registro de la Propiedad de Marbella 2
(BOE 30-3-1999).

COMPRAVENTA. RATIFICACION DE DOCUMENTO PRIVADO.

Si en la escritura se consigna el negocio documentado en su totalidad y se garantiza la autenticidad del consentimiento, no es preciso aportar el documento privado.

Resolución de 2 de marzo de 1999
Registro de la Propiedad de Sant Vicenç dels Horts.
(BOE 26-3-1999).

SEGREGACION. POR SENTENCIA FIRME. CALIFICACION DE ACTOS JUDICIALES.

Una sentencia firme es título suficiente para efectuar una segregación, sin que sea precisa escritura. Al calificar una actuación judicial debe tenerse en cuenta el artículo 100 RH.

Resolución de 3 de marzo de 1999
Registro de la Propiedad de Palafrugell
(BOE 26-3-1999).

TRACTO SUCESIVO. ANOTACION DE DEMANDA POR GASTOS DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

No puede tomarse anotación de la demanda dirigida contra el anterior propietario cuando el piso está inscrito a nombre de un tercero.

Resolución de 4 de marzo de 1999
Registro de la Propiedad de La Bisbal
(BOE 31-3-1999)

HIPOTECA. EJECUCION ARTICULO 131 LH POSICION DE LA ESPOSA COTITULAR DEL BIEN GANANCIAL.

No precisa ser demandada, por tener idéntica virtualidad el requerimiento de la regla 3.ª y la notificación de la regla 5.ª del artículo 131 LH.

Resolución de 6 de marzo de 1999
Registro de la Propiedad de Getafe n.º 2
(BOE 31-3-1999).

ANOTACION DE EMBARGO. CADUCIDAD DE LA PRORROGADA.

No se produce hasta que el procedimiento no haya concluido, conforme al artículo 199.2.º RH.

Resolución de 5 de marzo de 1999
Registro de la Propiedad de Madrid 28
(BOE 2-4-1999).

GANANCIALES. EFECTOS DE LA CONFESION DE PRIVATIVIDAD. ARTICULO 1324 CC.

La confesión de privatividad sólo produce efectos entre los cónyuges y no perjudica ni a los herederos ni a los acreedores. La rectificación del Registro precisa el consentimiento de aquéllos a quienes pueda perjudicar.

Resolución de 8 de marzo de 1999
Registro de la Propiedad de Barcelona n.º 14
(BOE 2-4-1999)

ADJUDICACION. CANCELACION DE CARGAS TRAS LA CADUCIDAD DE LA ANOTACION DE EMBARGO.

Cancelada por caducidad una anotación preventiva de embargo, los asientos posteriores ascienden de rango y no pueden ser cancelados por la ad-

judicación de la finca en el procedimiento que originó la anotación cancelada.

Resolución de 12 de marzo de 1999.
Registro de la Propiedad de Barcelona n.º 5
(BOE 13-4-1999).

REANUDACION DEL TRACTO. ACTA NOTARIAL APROBADA POR EL JUEZ. CALIFICACION REGISTRAL.

Cuando el asiento anterior tiene menos de 30 años, el Registrador puede y debe calificar si los titulares registrales han intervenido en el procedimiento.

Resolución de 13 de marzo de 1999
Registro de la Propiedad de Alcorcón n.º 1
(BOE 13-4-1999)

CONDICION RESOLUTORIA. CANCELACION.

Cuando se ha pactado su caducidad de pleno derecho se puede pedir su cancelación aportando la copia de la escritura por la que se constituyó.

Resolución de 15-3-1999
Registro de la Propiedad de La Bisbal
(BOE 16-4-1999).

GANANCIALES. APORTACION DE BIENES. EXPRESION DE LA CAUSA.

No es suficiente la presunción del artículo 1277 Código Civil y debe expresarse claramente cuál es la causa que justifica la aportación.

Resolución de 16 de marzo de 1999
Registro de la Propiedad de Valladolid n.º 5
(BOE 30-4-1999).

HIPOTECA. CANCELACION PARCIAL DE LA CONSTITUIDA POR VARIOS TITULARES SEGUN EL ARTICULO 217 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

Se necesita el consentimiento de todos los constituyentes para la liberación parcial pretendida. Dado el juego de la solidaridad del artículo 122 LH, si no hay consentimiento de todos, podría producirse una concreción injustificada y desproporcionada del gravamen sobre el derecho de alguno de esos restantes constituyentes.

Resolución de 17 de marzo 1999
Registro de la Propiedad de Puigcerdá
(BOE 27-4-1999).

ANOTACION DE EMBARGO. CADUCIDAD. DUDAS SOBRE SU FECHA.

Caducada una anotación, que opera de modo radical, las cargas posteriores mejoran de rango registral. En caso de duda sobre la verdadera fecha de la anotación, no es posible declarar la procedencia de la cancelación de esas cargas posteriores que se pretende, hasta decidir de modo definitivo si se ha producido o no la caducidad de la anotación que se discute.

Resolución de 18 de marzo de 1999
Registro de la Propiedad de Balmaseda
(BOE 27-4-1999).

CANCELACION. ARTICULO 82 LH.

El título adecuado para la cancelación de una inscripción de dominio es, a falta de consentimiento del titular, la correspondiente sentencia firme.

Resolución de 22 de marzo de 1999
Registro de la Propiedad de Morón de la Frontera
(BOE 27-4-1999).

ADJUDICACION. DECLARACION SOBRE SITUACION ARRENDATICIA.

La transmisión forzosa en juicio ejecutivo está sujeta a retracto arrendaticio. La declaración de la libertad de arrendatarios puede hacerla el adquirente.

Resoluciones de 23 y 24 de marzo de 1999
Registro de la Propiedad de Manresa n.º 2
(BOE 27-4-1999).

CENSOS. CATALUÑA: SUS ASIENTOS NO SON SIMPLES MENCIONES.

La Dirección General se declara incompetente para resolver recursos sobre estos censos; pero sí lo es para declarar que su constancia en los folios registrales no son menciones sino cargas de la finca.

Resolución de 25 de marzo de 1999
Registro de la Propiedad de Madrid n.º 25
(BOE 27-4-1999).

HIPOTECA. TITULOS AL PORTADOR. CANCELACION POR SENTENCIA. CALIFICACION DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

El Registrador puede calificar las formalidades extrínsecas y los obstáculos que surjan del Registro, especialmente para evitar que los titulares o terceros sufran las consecuencias de una indefensión procesal.

Resolución de 26 de marzo de 1999
Registro de la Propiedad de Cartagena n.º 1
(BOE 23-4-1999).

OPCION DE COMPRA. MODIFICACION. RANGO REGISTRAL.

La modificación pretendida no puede afectar a otros derechos inscritos pues el rango registral viene dado exclusivamente por la fecha de los asientos de presentación de los títulos.

Resolución de 27 de marzo de 1999
Registro de la Propiedad de Vic n.º 2
(BOE 28-4-1999).

HIPOTECA. AYUNTAMIENTO. AUTORIZACIONES. CALIFICACION DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS.

El artículo 99 del Reglamento Hipotecario faculta al Registrador para calificar la competencia del órgano y los trámites e incidencias del procedimiento.

Resolución de 29 de marzo de 1999
Registro de la Propiedad de Madrid n.º 36
(BOE 28-4-1999)

HIPOTECA. OBLIGACIONES AL PORTADOR.

Las personas físicas no pueden emitir o garantizar obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones.

Registro Mercantil

Resolución de 27 de enero de 1999
Registro Mercantil de Madrid XIII
(BOE 12-3-1999).

CAPITAL SOCIAL. AUMENTO. PLAZO PARA EFECTUARLO. SUSCRIPCION PREFERENTE.

Debe fijarse el plazo para suscribir las acciones emitidas. Debe constar el derecho de suscripción preferente de los socios en los anuncios de aumento del capital, si no concurren los supuestos de supresión del artículo 159 Ley S. A.

Resolución de 3 de febrero de 1999
Registro Mercantil de Melilla
(BOE 3-3-1999).

REGISTRO DE ACCIONES POR MEDIO DE ANOTACIONES EN CUENTA.

El Servicio de Compensación y Liquidación de Valores y las sociedades rectoras de las Bolsas de Valores son sociedades anónimas y por ello el Reglamento del Registro Mercantil no exige el requisito de la legitimación de firmas a las certificaciones que expiden.

Resolución de 12 de febrero de 1999
Registro Mercantil de Madrid n.º IV
(BOE 3-3-1999).

DISOLUCION. BALANCE FINAL Y DEPOSITO DE LIBROS.

El balance debe incorporarse a la escritura, pero no precisa de publicidad por edictos; tampoco hay norma legal que imponga el depósito de la documentación social.

Resolución de 15 de febrero de 1999
Registro Mercantil de Barcelona XIV
(BOE 11-3-1999).

TRANSFORMACION. EN SOCIEDAD ANONIMA. CADUCIDAD DE LA HOJA Y DEL ORGANO DE ADMINISTRACION.

No es inscribible la escritura de transformación cuando la sociedad está disuelta según la disposición transitoria 6.ª de la Ley de S.A. y cuando, además, su órgano de administración consta caducado.

Resolución de 18 de febrero de 1999
Registro Mercantil de Madrid VI
(BOE 18-3-1999).

OBJETO SOCIAL. LIMITACION GEOGRAFICA.

Se puede combinar los criterios material y espacial, estableciendo para unas actividades un ámbito territorial distinto del de otras.

Resolución de 22 de febrero de 1999
Registro Mercantil de Salamanca
(BOE 18-3-1999).

MODIFICACION DE ESTATUTOS. ANOTACION DE DEMANDA PREVIA: CIERRE REGISTRAL.

No debe suspenderse su inscripción por la existencia de una anotación preventiva de demanda, la cual surtirá sus efectos cuando se dicte la sentencia, pero no cierra la hoja registral.

Resolución de 24 de febrero de 1999
Registro Mercantil Central
(BOE 18-3-1999).

REGISTRO MERCANTIL CENTRAL. DENOMINACION SOCIAL. RECURSO GUBERNATIVO.

Su coincidencia con la denominación de otras sociedades no es objeto de recurso gubernativo, sin perjuicio de poderse debatir ante los Tribunales.

Resolución de 25 de febrero de 1999
Registro Mercantil de Madrid XIII
(BOE 27-3-1999).

OBJETO SOCIAL: SU DETERMINACION. CONVOCATORIA DE LA JUNTA: SU PUBLICIDAD.

El objeto social se concreta cuando se hace referencia a determinadas actividades, pero no si se refiere a empresas que por su amplitud no definen de modo suficiente. El sistema alternativo de convocatoria de la junta en las sociedades limitadas ha de ajustarse a las exigencias del artículo 46.2 de su Ley.

Resolución de 26 de febrero de 1999
Registro Mercantil de Madrid XVIII
(BOE 25-3-1999).

CALIFICACION. NECESIDAD DE EXPRESAR LA NATURALEZA DE LOS DEFECTOS.

El Registrador debe señalar si son subsanables o insubsanables, aunque no se haga así, el interesado podrá solicitar el asiento de anotación preventiva.

Resolución de 1 de marzo de 1999
Registro Mercantil de Barcelona X
(BOE 26-3-1999).

CAPITAL SOCIAL. REDUCCION. VOTACION PARA ADOPTAR EL ACUERDO.

Al intervenir las tres personas a quienes se restituye sus aportaciones sociales, no es precisa una votación separada de los socios cuyas acciones se amortizan y de los restantes.

Resolución de 9 de marzo de 1999
Registro Mercantil de Madrid VII
(BOE 13-4-1999)

ESTATUTOS. MODIFICACION.

Cuando ésta sea parcial, es preciso redactar íntegramente el artículo modificado, debiendo hacerse en escritura pública.

Resolución de 10 de marzo de 1999
Registro Mercantil de Toledo
(BOE 13-4-1999).

AUDITOR. NOMBRAMIENTO. LEGITIMACION PARA RECURRIR.

La convocatoria de la junta, además de con la publicidad establecida en la ley, ha de realizarse por carta certificada a cada socio, cuando lo exijan los estatutos sociales. El Secretario del Consejo, que es además consejero-delegado, puede recurrir gubernativamente, según el artículo 67 del Reglamento del Registro Mercantil.

Resolución de 11 de marzo de 1999
Registro Mercantil de Madrid XVI
(BOE 13-4-1999).

DISOLUCION. CONVOCATORIA. FACULTAD DEL CONSEJERO-DELEGADO. CALIFICACION.

El consejero-delegado puede convocar la junta por tener facultades legales y estatutarias. El Registrador Mercantil puede calificar la validez de los actos cuya inscripción se pretende.

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA
y CONSTANCIO VILLAPLANA GARCÍA

MEDIANERÍA HORIZONTAL. HABITACIONES EN OTRAS CASAS COLINDANTES.—POSIBILIDAD DE INSCRIBIR EL DOMINIO DEL ACTOR SOBRE DOS PORCIONES DE OTRAS CASAS COLINDANTES CON LA DEL MISMO Y SITOS EN LA PLANTA PRIMERA, PORCIONES A LAS QUE SE LES DENOMINA «ENGALABERNOS», SIN CONSTITUIR PROPIEDAD HORIZONTAL, AUNQUE PROCEDEN DE LA DIVISION DE UN EDIFICIO. (RESOLUCIÓN DE 20 DE JULIO DE 1998. BOE DE 12 DE AGOSTO DE 1998.)

RESOLUCION de 20 de julio de 1998, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Manuel

Castilla, contra la negativa de don Manuel Moreno-Torres Sevilla, Registrador de la Propiedad de Granada, número 1, a practicar los asientos necesarios para que el Registro refleje fielmente el derecho de propiedad del actor declarado en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Granada, conforme al mandamiento librado por éste, en virtud de apelación del recurrente.

Es el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, doña María Gómez Sánchez, en nombre de don Manuel Castilla, contra la negativa de don Manuel Moreno-Torres Sevilla, Registrador de la Propiedad de Granada número 1, a practicar los asientos necesarios para que el Registro refleje fielmente el derecho de propiedad del actor declarado en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Granada, conforme al mandamiento librado por éste, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—1. El 25 de enero de 1973, don Diego de Orbe Machado, en documento privado, vendió a don Manuel Castilla Castilla parte de la casa de su propiedad situada en el número 13 de la placeta de Carvajales, la cual parte fue designada en el contrato como «casa número 3, sita en la plaza de Carvajales de Granada» sin mayores descripciones.

El 11 de junio de 1974, el mismo señor Orbe, en escritura pública, segregó de la citada casa número 13 otra parte de ella que se designó con el número 4 de la misma placeta de Carvajales y la vendió al señor Navarro Fenech del que trae causa su actual titular, el señor Gallego Giordano, quedando el resto, que incluía el número 3 enajenado anteriormente por documento privado, como finca matriz en el Registro de la Propiedad.

El 7 de julio de 1992 don Manuel Castilla Castilla interpuso, en el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Granada, una demanda contra doña Josefina Payá Matamoros y los herederos de don Diego Orbe Machado, contra don Guillermo Gallego Giordano, como propietario de la casa sita en el número 4 de la placeta de Canalejas, y contra los herederos de don Francisco Hinojosa García y de doña Isabel Junco Liñán, como propietarios de la casa número 4 de la calle Rosal de San Pedro, colindante con la situada en el número 3 de la placeta de Carvajales. Don José Maldonado Martínez, Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Granada, dictó sentencia, luego devenida firme, el 22 de noviembre de 1993, y en la que se hacían, entre otros, los siguientes pronunciamientos: 1) Declarar el dominio del actor sobre la casa número 3 de la placeta de Carvajales en los términos y extensión que resulta de la inscripción registral, hoy vigente, finca número 30.632, libro 806, folio 183, sección primera. 2) Declarar el dominio del actor sobre una extensión de 11,10 metros cuadrados en la planta primera de la casa número 4 de la calle Rosal de San Pedro. 3) Declarar el dominio del actor sobre una extensión de 29,60 metros cuadrados en la planta primera de la casa número 4 de la placeta de Carvajales, en la parte anterior de dicha casa y comprensiva de la fachada. 4) Condenar a los demandados, doña Josefina Payá Matamoros y herederos de don Diego de Orbe Machado a que otorguen escritura pública de compraventa a favor del actor con antecedente en el contrato privado de 25 de enero de 1973 y en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos. 5) Declarar el dominio del actor sobre el muro que separa por su espalda la casa número 5 de la placeta de Carvajales con la casa número 4 de dicha placeta.

II. El 5 de septiembre de 1994, doña Josefina Payá Matamoros, los hermanos Orbe Payá y don Manuel Castilla Castilla otorgaron, en ejecución de la anterior sentencia, ante el Notario de Granada, don Luis Rojas Montes, escritura de elevación a público del contrato privado por el que se vendió la casa, situada en el número 3 de la plaza de Carvajales. En dicha escritura se describió la casa diciendo, entre otras cosas, que «le pertenece 29 metros 60 decímetros cuadrados a la altura de la planta primera de la casa número 4 de la plaza de Carvajales que la colinda, en la que se introduce con los citados metros de habitación y 11 metros 10 decímetros cuadrados a la altura de la primera planta de la casa número 4 de la calle Rosal, que igualmente la colinda y en la que también se introduce de la misma manera».

La anterior escritura fue inscrita en el Registro de la Propiedad de Granada número 1, si bien, al hacerlo, se suspendió la inscripción respecto de los engalabernos de 29 metros 60 decímetros cuadrados a la altura de la planta primera de la casa número 4 de la plaza de Carvajales, de 11 metros 10 decímetros cuadrados a la altura de la primera planta de la casa número 4 de la calle del Rosal por ser contrario al artículo 396 del Código Civil y no constar su adaptación a la vigente Ley de Propiedad Horizontal.

Don José Maldonado Martínez, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Granada, libró al Registrador de la Propiedad de Granada número 1 un mandamiento en el que se le participaba que en ese Juzgado se seguan autos de juicio de menor cuantía en los que se dictó providencia por la que, en ejecución de la ya mencionada sentencia, se ordenaba que se librara mandamiento al Registrador en el que se reflejarían los pronunciamientos de la parte dispositiva de la sentencia, y que ya han sido expresados, a fin de que procediera a practicar los asientos necesarios para que el Registro refleje fielmente el derecho de propiedad de la actora declarado en la sentencia sobre tales engalabernos.

III. Presentado el anterior mandamiento en el Registro de la Propiedad de Granada número 1, fue calificado del siguiente tenor literal: «No practicada operación alguna en relación con el precedente mandamiento, por las razones siguientes: 1.ª Se solicita de este Registro "Que proceda a practicar los asientos necesarios para que el Registro refleje fielmente el derecho de propiedad de la actora declarado en la sentencia, sobre tales engalabernos". Sin embargo no se especifica por la autoridad judicial, cuáles deben ser estos asientos, y que el Registrador debe limitarse a cumplir lo por ella ordenado, siempre por supuesto que no sea contraria a la Ley y a lo que resulte de los asientos del Registro. 2.ª En la providencia de dicho Juzgado en la que se recoge la sentencia, según el número cuarto de los pronunciamientos, se ordena y ya fue cumplimentada en su día, mediante la inscripción primera de compra de la finca número 64.739 (antes número 30.632), al folio 215 del libro 1.119 de este Registro, consecuencia de la escritura otorgada por el Notario de Granada don Luis Rojas Montes, con fecha 5 de septiembre de 1994. 3.ª En la inscripción referida, aparte de hacerse en cuanto a dominio de la finca antes citada, se suspende en cuanto a los engalabernos por no estar prevista dicha posibilidad, ni en el Código Civil, ni en la Ley y Reglamento Hipotecario, ni en la Ley de Propiedad Horizontal. 4.ª Se acompaña fotocopia de dicha inscripción en favor de don Manuel Castilla Castilla, a efectos informativos. 5.ª y última. El sistema de acceso de los mencionados engalabernos al Registro de la Propiedad, podría hacerse, o bien según el Régimen de Propiedad Horizontal —si hubiera lugar a ello—, o por el sistema de la crea-

ción de una Comunidad de Bienes. Para ello, tendrían que ponerse de acuerdo el titular de esos derechos reconocidos en la sentencia con el o los propietarios de los inmuebles en donde se encuentran ubicados los mismos. Granada, 4 de mayo de 1995. El Registrador».

IV. Doña María Gómez Sánchez, Procuradora de los Tribunales, en nombre de don Manuel Castilla Castilla, interpuso recurso gubernativo, contra la anterior calificación en base a las siguientes alegaciones: 1.^a Según el señor Registrador se omite por la autoridad judicial cuáles deben ser los asientos necesarios para «que el Registro refleje fielmente el derecho de propiedad de la actora declarado en la sentencia sobre tales engalabernos». Entendemos que la resolución judicial detalla al decímetro el dominio del actor, en sentencia dictada con todas las garantías en proceso declarativo. No cabe duda de cuáles deben ser tales asientos, que ni contradicen ni estorban las inscripciones de las fincas colindantes, que antes de ahora, simplemente no los recogían; porque simplemente se trata de añadir a su actual cabida una dependencia que no estaba recogida antes, que es la habitación que constituye el dominio del recurrente, y no por el procedimiento con menos garantías para los afectados, que sería el expediente de dominio o cualquier otro de jurisdicción voluntaria, sino un auténtico declarativo, en el que cualquier condena ha contemplado, sujeta al principio de contradicción, el hecho de oír al afectado; y es precisamente por ello que ni siquiera en el caso de que se afectara o perjudicara a su derecho inscrito, que no lo hace, cabría exigir por el señor Registrador su acuerdo o consentimiento, pues para ello ha sido expresamente condenado en tal procedimiento, y se ha declarado el dominio singular del actor. Es evidente pues que los asientos necesarios para levantar tal suspensión de inscripción de los engalabernos, es la que recoja el dominio singular del recurrente sobre los 11,10 metros cuadrados en la planta primera de la casa número 4 de la calle Rosal de San Pedro y la que recoja el dominio singular del recurrente sobre una extensión de 29,60 metros cuadrados en la planta primera de la casa número 4 de la placeta de Carvajales, en la parte anterior de dicha casa y comprensiva de la fachada en la forma que describe la finca la escritura de 5 de septiembre de 1994. 2.^a Dice el Registrador, seguidamente, que la sentencia está cumplimentada con la inscripción que acompaña, lo cual no es cierto pues no es inscripción completa. 3.^a La tercera razón es pensar que los engalabernos no tienen encuadre legal, pero tanto la Ley Hipotecaria, como el Reglamento Hipotecario, contienen la suficiente amplitud en sus preceptos como para que la Ley y el ordenamiento estén al servicio de la realidad, no la realidad al servicio del rigorismo excesivo. 4.^a En la quinta razón que el Registrador da, pues el punto cuarto no contiene propiamente argumentación alguna, se refiere concretamente a la figura local del «engalaberno» con este nombre, considerando que hay que acudir a figuras diferentes e inadecuadas al caso, por lo demás, en este ocasión imposibles, para su inscripción. Exigir tras sentencia en proceso declarativo «el acuerdo» de las partes es desconocer la propia esencia de tal proceso, que se diferencia de la jurisdicción voluntaria precisamente en la ausencia de consenso o acuerdo, que es dirimido por la autoridad judicial. No cabe la propiedad horizontal en dos viviendas que no tienen salida común a la vía pública, y entre tres fincas, con dos titularidades dominicales con las que es imposible acordar nada, una porque se desconoce, y otra por su actitud claramente reticente. 5.^a La calificación del Registrador está íntimamente relacionada con la oposición a inscribir una figura innominada con carácter general, aunque llamada en-

galaberno en la tradición local, y con las especiales características que impone el dominio musulmán tardío y su especial manera de construir y concebir la ciudad y sus edificios que se ha dado en llamar en Granada «engalaberno» y puede ser emparentado con otros derechos innominados, pero no por ello menos «reales» en sentido jurídico, e inscribibles. Al «engalaberno», emparentado por su objeto y configuración a derechos como el de vuelo, le es aplicable la Sentencia de 10 de diciembre de 1962, según la cual «cuando suelo y vuelo de una finca, con sus respectivos aprovechamientos, corresponden a diversos titulares, puede no tratarse de servidumbre, copropiedad o derechos de superficie, sino de un dominio compartido, o de una relación jurídica, innominada de derechos yuxtapuestos sobre una misma finca». Es lo cierto que «la Ley Hipotecaria, para limitar las consecuencias perjudiciales que de otro modo pudiera provocar la fe pública de los asientos del Registro, impone a los Registradores el deber de examinar el contenido y forma de los títulos que se presentan a inscripción, y de rechazar los que, por la ambigüedad de sus términos, puedan engendrar situaciones de dudosa legitimidad o favorecer transmisiones faltas de sólido fundamento, con evidente peligro de los terceros que contraten confiados en los asientos inmobiliarios» (Resolución de 27 de noviembre de 1929); pero ello no afecta para nada a nuestro título, que es lo que el señor Registrador confunde, con un rigorismo excesivo, pues diferente es la inconcreción del contenido del derecho, o sus destinatarios y afectados, que en este caso no es en absoluto, como se ha explicado, y otra muy diferente, la inconcreción (o innominación) de su nombre, pero claridad total de su contenido y extensión. El criterio que rige la legislación hipotecaria es pues el *numerus apertus*, siempre que se respete el derecho de terceros, la claridad en el contenido del derecho real, su extensión y límites, como en este caso, pues «la naturaleza jurídica de una estipulación no dependen del nombre que le asignen los interesados, sino de lo que realmente constituya su contenido (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1964). Camy sistematiza estos derechos innominados, dentro de la categoría de inscribibles, con una clasificación que incluye dos categorías dentro de las que podríamos incluir nuestro caso, como plenamente inscribible. Una de ellas es la de los derechos reales de vocación al dominio, derecho real de contenido pleno, con el ejemplo, como típico del derecho de elevar plantas en edificios ajenos, o de construir debajo de ellos, que incluso puede convertirse en Navarra respecto a edificios aún por construir (art. 435 C. Navarra). Este derecho real, que nace limitando el derecho del propietario o propietarios del edificio a construir nuevas plantas en él, bien en su suelo o bien en su subsuelo, cuando es ejercitado se convierte en un derecho de dominio sobre lo edificado. En este caso se han especificado perfectamente cuáles son los propietarios y los edificios colindantes y se les ha condenado a pasar por tal limitación de dominio, sin que quepa la comunidad de propiedad horizontal, como sugiere el Registrador, pues en ese caso son partes de un edificio «susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél» (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1965), y en este caso no tiene salida por elemento común, ni elementos comunes compartidos de salida. Es pues un derecho real innominado de parecido carácter al mencionado derecho navarro, que puede ser también emparentado a un derecho real de ampliación de las facultades dominicales como sería el derecho penal de apoyo de construcciones, al que se asemeja, con el localismo que la figura impone en este caso. El artículo 7 del Reglamento Hipotecario

es el más expresivo de ese *numerus apertus*, en desarrollo del artículo 2 de la Ley Hipotecaria y el artículo 8 del Reglamento, no aplicable en este caso en que no se trata de derecho foral, hay que tenerlo en cuenta sólo como muestra del principio inspirador de nuestra legislación hipotecaria, en analogía y armónicamente considerado con los anteriores preceptos. Siendo la jurisprudencia que lo desarrolla clara en el sentido de que «hay necesidad de publicidad registral en cuanto a los gravámenes: se deduce del principio de publicidad que los gravámenes que afecten a la propiedad inmueble deben hacerse constar en el Registro, a fin de que nadie pueda ser responsable de lo que ignore» (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1962), siendo claro que en este caso se da en puridad el carácter de derecho real de los «engalabernos» en cuanto son un derecho de dominio exclusivo sobre bien inmueble, de persona concreta, declarado en sentencia firme, y con una extensión y predios a los que afecta totalmente determinada y clara, que por estar declarado en sentencia firme tiene existencia propia, constituyendo un gravamen sobre los predios cuyos titulares han sido demandados y condenados, es necesario darle publicidad a tal gravamen, en evitación de una posterior litigiosidad, y perjuicios para hipotéticos compradores a los que la ausencia de conocimiento de tal gravamen pudiera perjudicar, pues es claro que el actor, teniendo tal sentencia, siempre podrá hacer valer tal derecho, y el perjudicado en este caso sería el tercero comprador de las fincas afectadas. 6.ª Sintéticamente las cualidades y requisitos de un derecho real innominado, para ser calificado como tal, y ser inscribible, a tenor de nuestra jurisprudencia al respecto: Primero. Ha de recaer directamente sobre la cosa, sin sujeto pasivo individualmente determinado (Sentencia de 21 de noviembre de 1929); en este caso, el recurrente es intercambiable con cualquier otro propietario posterior o anterior de su casa, que es la finca registral a la que afecta el engalaberno. Segundo. Que para calificar la naturaleza jurídica de un derecho ha de estarse a lo que realmente constituye su contenido, y no sólo al nombre que se le da por las partes (Sentencia de 23 de octubre de 1964). Tercero. Que no son en modo alguno derechos reales las promesas de ellos; pero sí deben inscribirse las situaciones que tiendan a producir modificaciones en los derechos inscritos (Resoluciones de 13 de junio de 1935 y 18 de octubre de 1944). Cuarto. Que la libertad de configurar nuevos derechos reales por nuestra legislación, no puede llegar al extremo de permitir la configuración de un nuevo derecho real, por el que se trate sólo de exonerar de una prohibición establecida por la legislación al regular alguno de los que en ella se comprenden en detalle (Sentencia de 18 de mayo de 1963); lo que en este caso no es aplicable, pues no puede dudarse de la autenticidad y peculiaridad del contenido de este derecho, por su peculiaridad local, incluso. Quinto. Que será necesario configurar con claridad el derecho real de que se trate (que es lo que la sentencia de la cual dimana el mandamiento calificado hace), ya que en cuanto a ellos no existirán preceptos legales que suplan las omisiones u oscuridades en las que se pueda incidir, como ocurre al pactar alguno de los regulados detalladamente en nuestra legislación (Resoluciones de 7 de noviembre de 1929 y 30 de septiembre de 1970, entre otras). Así como que deberan ser inscritas en el Registro, a fin de que nadie pueda ser responsable de lo que ignore (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1962). Sexto. Que no admitiéndose por nuestra legislación hipotecaria más derecho real pleno que el de dominio, al haber prohibido expresamente la inscripción de la posesión, el derecho real que se pretende constituir como nuevo, habrá de ser uno limi-

tativo de aquél, y por lo tanto requerirá el que recaiga en una cosa ajena, por ser este carácter el general y típico de todos los derechos reales limitativos del de dominio. En este caso es evidente que los propietarios de los predios colindantes, demandados y condenados por la sentencia presente, tienen su derecho de dominio limitado por el del recurrente, aunque sea sólo en lo referente al de vuelo sobre la parte de su finca que es el engalaberno. Séptimo. Que no siendo óbice para la existencia del derecho de dominio el que su titular esté privado de alguna de sus facultades, al constituirse un derecho real limitativo innominado, habrá que cuidarse que no recaiga sobre una facultad dominical de la que el constituyente no puede disponer por estar privado de esa facultad o por no pertenecerle la misma, o sea, que el constituyente habrá de tener capacidad objetiva-subjetiva en cuanto a la cosa y capacidad objetiva registral; pero pudiéndose constituir a favor de la finca por quien no ostente la titularidad dominical de ella (Resolución de 11 de abril de 1930), sino otro derecho de menor cuantía, lo que en este caso no parece comprender, por tratarse de una cuestión estrictamente procesal y forense, es que el Magistrado-Juez de Primera Instancia número 8 de Granada es el que ha suplido clara, total, legítima y válidamente la voluntad de los propietarios de los predios ajenos o colindantes sobre los que se establece el derecho innominado, pues esa es la razón de la elección de un procedimiento declarativo y no de uno más sencillo de jurisdicción voluntaria en el que sería imposible esta sustitución de voluntades del juzgador, y que se ha elegido consciente de que era la única solución, sin que ninguna de las que propone el calificador en su nota ahora recurrida, sea viable por no contar con el consenso de los colindantes, que por ello han tenido que ser condenados, y suplida ya su voluntad, es absurdo que se pretenda nuevamente recabarla, pues dejaría vacío totalmente de contenido a la función jurisdiccional en este concreto caso.

V. Don Manuel Moreno-Torres Sevilla, Registrador de la Propiedad de Granada número 1, en defensa de su nota y para mantenerla, inform6: 1.ª El concepto de «engalaberno» puede ser doble. Uno, el general del país, que es la construcción de un inmueble, no en perfecta verticalidad, sino apoyándose en todo o en parte en suelos pertenecientes a propietarios distintos. Y el típicamente granadino, que fundamentalmente es el encaje de un edificio en parte de otros distintos, edificados sobre suelo perteneciente a otro u otros propietarios. Evidentemente, en virtud del principio de libertad de forma (art. 1.278 del Código Civil), pueden constituirse y, en su caso, tener acceso al Registro. La doctrina, en los supuestos generales, los llama «cuestiones de prehorizontalidad» o de «comunidad horizontal». Las normas a aplicar no serán las de propiedad horizontal propiamente dichas, sino, como afirma la doctrina, las disposiciones jurídicas de carácter general. Y en cuanto al Registro de la Propiedad, las normas de la Ley y su Reglamento Hipotecario y Ley de Propiedad Horizontal, fundamentalmente, el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento. La forma jurídica que puede dársele a estos «engalabernos» será la creación de un derecho real innominado, en virtud del principio de *numerus apertus*, la limitación al dominio de su propietario, la llamada al derecho real de vocación al dominio, pero que en cualquier caso siempre supondrá la constitución de una comunidad de bienes o intereses *sui generis* sin regulación específica dentro de las normas vigentes. 2.ª En cuanto al caso concreto, hay que destacar los tres pronunciamientos que se hacen en el fallo y que pueden afectar al Registro: a) Se declara el dominio del actor sobre la casa número 3 de la placeta

de Carvajales; b) Se declara el dominio del actor sobre la extensión de 11,10 metros cuadrados, en la planta primera de la casa número 4 de la calle Rosal de San Pedro; c) Se declara el dominio del actor sobre una extensión de 29,610 metros cuadrados en la planta primera de la casa número 4 de la placeta de Carvajales, en la parte anterior de dicha casa y comprensiva de la fachada. El Magistrado-Juez que dictó la sentencia ordenó, mediante mandamiento, «que se reflejen los pronunciamientos de la parte dispositiva de la sentencia, a fin de que se proceda a practicar los asientos necesarios para que el Registro refleje fielmente el derecho de propiedad de la actora declarado en la sentencia sobre tales engalabernos». Dicho mandamiento fue el que dio origen a la nota de calificación que es la que ahora se recurre. En dicha nota calificadora, que ahora ampliamos para hacer constar que: No se especifica por la autoridad judicial cuáles han de ser estos asientos. No se describen y señalan suficientemente los inmuebles que deberán soportarlos ni quiénes son sus propietarios. No se expresa si las fincas que soportan el «engalaberno» tienen cargas o limitaciones que impiden o condicionan el acceso registral de dichos derechos. No se especifica la proporción en esa comunidad especial y *sui generis* que se origina en las fincas afectadas por estos «engalabernos». O sea, que no se contienen los datos que exigen los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, con lo cual, y en virtud del principio de especialidad a que se refieren, entre otros, los artículos 8, 9 y 13 de la Ley Hipotecaria, y que pueden afectar igualmente a la seguridad en el tráfico jurídico, pues ¿qué podría suceder en los supuestos de expropiación forzosa, de destrucción del edificio, de declaración de ruina del mismo, etc.? y en ¿qué proporción deberían afectar a cada parte los beneficios o cargas en esta comunidad *sui generis*? Buscadas cuidadosamente las fincas afectadas pasivamente por el engalaberno, en ninguna de ellas se alude a la limitación originada por la existencia de los citados «engalabernos». Además, una de ellas, la registral número 27.976, propiedad de don Guillermo Carlos Gallego Giordano, aparece gravada con una hipoteca a favor de la entidad «Citibank España, Sociedad Anónima», sin que conste que el titular registral de la hipoteca, que está amparado por los asientos del Registro, haya tenido intervención alguna ni en el procedimiento judicial, ni en la escritura pública otorgada como consecuencia del mismo. 3.ª Se concluye que: a) Fue inscrita en su momento la finca que no planteaba problemas registrales, habiéndose practicado la inscripción en la forma en que figura en el Registro, a tenor de la sentencia; b) No se han practicado los asientos relativos a los «engalabernos» porque ni en el título público notarial, ni en la sentencia, ni en el posterior mandamiento del mismo Juzgado, se suministran las circunstancias necesarias para que puedan llevarse a cabo dichas inscripciones, teniendo en cuenta tanto el principio de especialidad como el de seguridad jurídica del tráfico; c) Se han ignorado los derechos de un titular registral («Citibank España, Sociedad Anónima») amparado en virtud de lo dispuesto en los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria.

VI. El Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Granada, don José Maldonado Martínez, autor del mandamiento calificado, informó: 1.º Un primer dato a constatar, en relación con la calificación del mandamiento judicial, es que no parece muy ajustado a los principios constitucionales de tutela efectiva el añadir en este expediente nuevos defectos al título, lo que no es una novedad, pues ya la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 1 de febrero de 1952, interpretando restric-

tivamente el artículo 116 del Reglamento Hipotecario, así lo expresaba, fundamentándolo en que se alteraban los fundamentos y bases del debate con posible indefensión. Una segunda consideración apunta a la ausencia de toda referencia a la naturaleza de los defectos observados, como exige el artículo 19 de la Ley Hipotecaria, pues el Registrador, si no practica la inscripción, debe indicar si los defectos son subsanables o insubsanables, suspendiendo, en aquel caso, la práctica del asiento, y denegándolo si son insubsanables, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 101 del Reglamento Hipotecario. En último término, si se analizan los defectos apuntados, en concordancia con lo que dispone el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, parece que se adscriben a aquéllos que afectan a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos registrales, pues nada se dice en la nota sobre la competencia del Juzgado ni sobre la congruencia del mandamiento con el procedimiento o juicio en que se acordó librar el mandamiento judicial. 2.º Analizando los defectos aludidos, la mayor parte son subsanables y los demás inexistentes. Así: a) La no expresión de la clase de asientos no es un defecto del título calificado. El artículo 33 del Reglamento Hipotecario no expresa que el título deba contener tal requisito, y basta que se consigne en el título (art. 51 del Reglamento) la naturaleza del derecho que vaya a acceder al Registro. El artículo 2 de la Ley Hipotecaria, específicamente establece que «se inscribirán» los títulos traslativos o «declarativos» de dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos. Es evidente que en el mandamiento se especificaba la naturaleza del derecho a inscribir —el dominio declarado en sentencia—, luego el asiento era de inscripción. En todo caso, tal defecto es subsanable. b) La no descripción de los inmuebles que deben soportarlos y la determinación de sus propietarios puede, efectivamente, constituir un defecto, aunque parcial, del título, ya que éste contiene algunos elementos descriptivos de los referidos en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento; pero, en todo caso, hay que significar que el referido defecto es subsanable según ya dijo la Resolución de 2 de febrero de 1950. Igual se puede decir de la «proporción» —de cada uno— en la comunidad especial y *sui generis* que se origina en las fincas afectadas por estos «engalabernos», cuestión que, en su aspecto sustantivo, entronca con el verdadero problema de fondo planteado, pero que, en su aspecto formal, es un defecto meramente subsanable como establecía la Resolución de 22 de diciembre de 1949. c) La no expresión de las cargas que limiten o condicionen el acceso registral de tales derechos no es un defecto del mandamiento. El acceso al Registro de un derecho no lo limita la existencia o no de cargas, pues el artículo 51.7 del Reglamento Hipotecario dice que si no hay cargas se hará constar así, de modo que si no se expresa nada, se debe practicar la inscripción con la constancia expresa de que en el título no constan. Si existen cargas no inscritas, es una pura cuestión civil determinar la medida en que afectan a tal derecho. Si existen cargas inscritas, no relacionadas en el título, es cuando puede cobrar vigencia el defecto apuntado. Pero ello dependerá de la naturaleza del derecho que se pretende inscribir de modo que, si entendemos que el dominio sobre el engalaberno es un derecho independiente del inscrito, que vive al margen del Registro de la Propiedad, de ningún modo le afectarían las posibles cargas que existan sobre el inmueble en el que materialmente se engloba, y, por el contrario, si entendemos que es un derecho derivado del inscrito, nacido por división del inmueble efectuado por el propietario único de éste, pero que no ha tenido acceso al Registro, posiblemente

le afecten las cargas que se hayan constituido *a posteriori* por el otro comunero, aparente titular del derecho inscrito, sobre el inmueble en el que ambos convivan, y posiblemente porque la inscripción que se pretende supone una rectificación del asiento vigente, que se ha acreditado ser inexacto en el juicio declarativo correspondiente, rectificación que no perjudicará en ningún caso los derechos adquiridos por tercero a título oneroso y de buena fe durante su vigencia, como dice el artículo 40 *in fine* de la Ley Hipotecaria y siempre que no hayan sido parte en el pleito, principio éste que impide referencia alguna a la existencia de cargas que afecten al derecho que ahora va a acceder al Registro, al no haber sido parte en el procedimiento el titular de dicha carga, de modo que al indicarse que según el título no existen cargas y reflejarse de tal modo en la inscripción, deja a salvo el derecho de todos los titulares registrales, en uno u otro sentido, para ejercitar sus derechos respecto a dicho particular, pues fue cuestión no ventilada en el pleito, y sin perjuicio de lo que dispone el artículo 1.3.º de la Ley Hipotecaria. 3.º El problema de fondo atañe a la naturaleza jurídica del «engalaberno» y al acceso al Registro de la Propiedad del mismo. La primera cuestión carece de relevancia. Posiblemente, la adscripción de determinadas zonas de un inmueble urbano a otro distinto puede constituir un nuevo derecho personal, puede configurarse como un derecho real de servidumbre, o de vuelo, o, en último término, puede establecerse a título de dominio. Se ha de partir, en el caso presente, de lo declarado en la sentencia firme: El dominio del actor sobre el engalaberno, en una extensión y situación concreta y específica. En este sentido, el mandamiento es congruente con lo que se dice en la sentencia. La segunda cuestión tiene una doble vertiente: Si existe un derecho de dominio sobre el «engalaberno», su acceso al Registro está garantizado por el artículo 2.1 de la Ley Hipotecaria. En este sentido, no se puede entender que la nota calificadora indique que no se practica operación alguna, cuando, en su apartado quinto, admite un doble modo de acceder al Registro: Por vía de propiedad horizontal y por vía de comunidad de bienes. Hubiese sido más correcto indicar los defectos que impidían dicho acceso al Registro e indicar su naturaleza de subsanables o insubsanables. Ello evidencia la segunda vertiente del problema planteado, la forma de acceder al Registro de la Propiedad el dominio declarado sobre el «engalaberno». Abordando esta cuestión, no parece acertado inscribir el «engalaberno» como finca independiente. Aunque el concepto de finca registral no coincide con el de finca en sentido material o vulgar, ya que por aquélla ha de entenderse «todo lo que abre folio registral», creemos que ello no es posible porque no cabe desconocer la realidad de las cosas y, fundamentalmente, la consideración de que cada inmueble urbano tiene, en sí mismo, una autonomía física y funcional, que lo convierte en cosa compuesta respecto de los distintos elementos simples que lo componen, de modo que no es posible contemplar la individualidad de determinadas partes sin conectarlas indivisiblemente al resto del edificio con el que comparten lazos indisolubles que sirvan a todo el, y en este sentido lo apunta la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1994, con lo que esa inscripción independiente desconocería tales vinculaciones con eficacia jurídica indudable. De igual forma tampoco cabe la inscripción del «engalaberno» englobándolo en la descripción de la finca a la que materialmente está unido ya que, si bien la legislación hipotecaria admite el concepto de finca funcional (y, en este sentido, el «engalaberno», por su unión física a otro inmueble, forma una unidad funcional), lo que podría hacer pensar en la posibilidad de tal inscripción con amparo en el

artículo 44 del Reglamento Hipotecario que admite considerar como una sola finca las urbanas, también coincidentes, que físicamente constituyen un solo edificio o «casa habitación», en concordancia con lo que dispone el artículo 8.3 de la Ley Hipotecaria, de modo que podrían incluirse los engalabernos en la descripción de la finca registral a la que funcionalmente están unidos, con la consiguiente referencia en la inscripción del inmueble físico al que pertenecen, lo que podría efectuarse por el mecanismo de la cancelación parcial al que se refiere el artículo 80.2 de la Ley Hipotecaria, constatando, de tal modo, la «reducción del derecho inscrito» a consecuencia de la creación y transmisión del «engalaberno», ello es demasiado artificioso y desconocería, como el supuesto anterior, la vinculación física del engalaberno con el edificio en el que se ubica, con el que comparte realmente una serie de elementos comunes que sirven al todo y del que no se puede sustraer. Como apunta la nota calificadora, tal acceso registral únicamente puede hacerse, con fundamento legal sólido, por la vía de la comunidad de bienes y al amparo de lo dispuesto en los artículos 8.3 de la Ley Hipotecaria y 54 de su Reglamento, forma a la que se aludía en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia dictada en el juicio declarativo previo. No obstante, hay que puntualizar, y por ello ha de insistirse en que la nota calificadora no contiene el pronunciamiento sobre la naturaleza del defecto, que la constitución de esa comunidad entre los condóminos es una consecuencia necesaria del pronunciamiento judicial, pues al declararse el dominio del actor sobre el «engalaberno» en procedimiento al que fueron llamados los titulares registrales de los inmuebles urbanos en los que se engloban, la sentencia es el título constitutivo de la comunidad *sui generis* incidental y forzosa creada, comunidad que atribuye, a modo de propiedad horizontal irregular (al carecer el engalaberno de salida directa a elementos comunes del inmueble en el que se ubica o a la vía pública), un dominio exclusivo sobre las partes susceptibles de aprovechamiento independiente (en el caso de engalaberno los 11,10 metros cuadrados en primera planta, de la casa número 4, de la calle Rosal de San Pedro, y los 29,60 metros cuadrados en la planta primera, de la casa número 4, de la placeta de Carvajales, en la parte anterior de dicha casa y comprensiva de la fachada), y un dominio compartido en la proporción correspondiente sobre los demás elementos comunes del edificio en que se engloba. Este defecto del título es subsanable, y cabe hacerlo sin necesidad de juicio declarativo propio, en el mismo pleito en que se declaró el dominio como un incidente de la ejecución, por ser cuestión accesoria a las cuestiones sustantivas discutidas y estar relacionadas inmediatamente con ellas, como exigen los artículos 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 4.º Se concluye pues: A) La nota calificadora debía contener referencia expresa a la naturaleza de los defectos observados que impedían la práctica de los asientos procedentes. B) No parece admisible, en el curso del expediente, añadir nuevos defectos a la nota calificadora, por posible indefensión del recurrente. C) Los defectos indicados por el señor Registrador de la Propiedad son todos ellos subsanables pudiéndose, por tanto, en su momento, practicarse los asientos correspondientes.

VII. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, don Augusto Méndez de Lugo y López de Ayala, desestimó el recurso en base a que no se cumple el requisito, que la propia resolución judicial previene, en orden a constituir un régimen de comunidad entre los condóminos y no cumplimentarse los datos que exigen los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, máxime al estar comprobado que uno de los engalabernos afecta

a una finca que aparece gravada con una hipoteca constituida en favor de la entidad «Citibank España, Sociedad Anónima», sin que conste que la misma, amparada por los asientos del Registro, haya sido demandada en el procedimiento judicial, ni comparecido en la escritura pública otorgada como consecuencia del mismo.

VIII. El recurrente apeló el auto presidencial reiterando las alegaciones hechas en el momento de interponer el recurso.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 348, 350, 396, 401 y 592 del Código Civil, la Ley de Propiedad Horizontal; los artículos 1, 2, 3, 8, 9, 18, 19, 21, 34, 38, 39, 40, 42.9, 65, 66, 198 y 220 de la Ley Hipotecaria; 46, 47, 49, 50, 51, 98, 100, 117, 118, 123, 127, 429 y 434 de su Reglamento, y las Resoluciones de 27 de mayo de 1983, 26 de junio y 29 de septiembre de 1987, 3 y 14 de abril de 1989, 18 de enero de 1994, 12 de abril de 1995, 12 de noviembre de 1997 y 24 de abril de 1998.

1. Se debate en el presente recurso la posibilidad de inscribir, en virtud de mandamiento judicial dictado en ejecución de sentencia, el dominio del actor sobre dos porciones de otras tantas casas colindantes con la del mismo (a las que se les denomina «engalabernos»).

El Registrador suspende, tal y como se deduce de la razón tercera alegada, la inscripción del mandamiento en consideración a cinco razones expuestas en su nota de calificación. Luego, en el informe en defensa de la misma, la amplía y manifiesta apreciar, además de los defectos ya expresados, otros nuevos. El principio constitucional de tutela judicial efectiva (cfr. art. 24 de la Constitución Española), la obligación que tiene el Registrador de incluir en la calificación todos los motivos por los cuales procede la suspensión o denegación (cfr. art. 127 del Reglamento Hipotecario), los límites del recurso gubernativo, en el que no pueden discutirse más cuestiones que las que se relacionan directa e inmediatamente con la calificación (cfr. art. 117 del Reglamento Hipotecario) exigen atenerse a los defectos apreciados en la nota, sin perjuicio de que, presentado nuevamente el título o acordada su inscripción en el recurso interpuesto, pueda el Registrador alegar otros defectos no comprendidos en la calificación recurrida (cfr. art. 127 del Reglamento Hipotecario).

2. La primera razón expresada por el Registrador es que no se especifica por la autoridad judicial cuáles son los asientos que deben practicarse, pues se limita a ordenar que se realicen los que sean necesarios para que el Registro refleje el derecho de propiedad del actor. Tal defecto no puede ser confirmado, pues corresponde al Registrador decidir qué asientos son procedentes a la vista del título.

3. La segunda razón alegada por el Registrador no puede ser objeto de consideración, pues se refiere al hecho de que la escritura que se ordena otorgar por uno de los pronunciamientos de la sentencia que se pretende inscribir ya tuvo acceso al Registro en su momento y, como tal defecto, en la medida en que pueda serlo, no ha sido recurrido.

4. La cuarta razón para no practicar operación alguna no puede ser tenida por defecto en cuanto se limita a exponer que se acompaña fotocopia de la inscripción practicada en su día en el folio abierto a la finca resto de Carvajales 13, convertida a consecuencia de ello, en Carvajales 3.

5. En cuanto a los defectos 3.º y 5.º que inciden en la misma cuestión y pueden ser analizados, por tanto, conjuntamente, es conveniente una previa

exposición de los elementos que integran el supuesto de hecho: *a)* Existen tres fincas registrales, que son tres casas contiguas, casa en calle Rosal, número 4; casa en plaza Carvajales, 3, y casa en plaza Carvajales, número 4; *b)* la casa en calle Rosal, número 4, según el Registro, consta de piso alto y bajo, en el que está el portal, elevándose todo sobre la planta de 16 metros cuadrados «superficiales de labrado», y linda, a la derecha, entrando, con la placeta Carvajales y con la casa número 3 de esta planta; *c)* la casa en placeta Carvajales, número 4, procede por segregación de la casa en la misma placeta, señalada con el número 3 (antes número 13), y según la inscripción primera de segregación, su descripción es la siguiente: Casa, que se compone de dos cuerpos de alzada y azotea, con 67,49 metros cuadrados —quedando indeterminado si esta superficie es la de toda la casa o la del solar sobre la que se levanta—; *d)* según la descripción registral, la originaria casa matriz, sita en plaza Carvajales, número 3 (antes 13), tenía, antes de la segregación referida, 75 metros cuadrados, y lindaba, a su izquierda, con la calle Rosal; su descripción registral actual, tras la segregación, es la de casa con dos cuerpos de entrada, con una superficie de 26,90 metros cuadrados en la planta baja, y otros tantos en la alta, manteniendo el mismo lindero por la izquierda, y siendo medianeros los muros y pilares que sustentan las tres casas referidas, teniendo además desagües de alcantarillado comunes con la casa en calle Rosal, número 4; *e)* en procedimiento declarativo entablado contra los titulares registrales de estas tres casas, por el comprador, en documento privado, del resto de la casa sita en plaza Carvajales, número 3, recae sentencia firme en la que se declara que el objeto de esa venta incluía no sólo dicha casa, tal como registralmente quedó tras la segregación de la casa en la plaza Carvajales, número 4, sino, además, 11,10 metros cuadrados en la planta primera, de la casa sita en calle Rosal, número 4, y otros 29,60 metros cuadrados en la planta primera, de la casa sita en plaza Carvajales, número 4, y consiguientemente, se declara el dominio del actor sobre esas superficies de 11,10 y 29,60 metros cuadrados, y se condena al vendedor a que eleve a escritura pública el referido contrato privado en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos; *f)* en la escritura pública de venta que se otorga en cumplimiento de esta sentencia se describe el objeto vendido como casa en plaza Carvajales, número 3, de 74,5 metros cuadrados, y dos cuerpos de alzada, correspondiendo a la planta baja 26,9 metros cuadrados, y 67,6 metros cuadrados a la alta, de los cuales 29,6 pertenecen a la altura de la primera planta, de la plaza Carvajales, número 4, que le colinda en la que se introduce con los citados metros cuadrados de habitación, y 11,1 metros cuadrados a la altura de la planta primera de la casa en calle Rosal, número 4, que igualmente le colinda y es la que se introduce de igual modo; *g)* el Registrador inscribió dicha venta en cuanto a la edificación que se levanta sobre el solar de 26,9 metros cuadrados, y suspendió el asiento respecto de las restantes superficies en planta primera; ante esta suspensión, el actor solicitó y obtuvo mandato judicial, que es objeto de la calificación ahora recurrida, en el que se le ordena la práctica de los asientos necesarios para reflejar el derecho de propiedad declarado en la sentencia.

6. Ciertamente, son importantes los datos que hacen sospechar que las tres casas en cuestión son en realidad partes de un único edificio originario, cuya división debería, en tal caso, haberse realizado con sujeción al régimen de propiedad horizontal (cfr. arts. 396 y 401 del Código Civil), de modo que se conjugase una comunidad sobre el suelo y los restantes elementos, pertain-

nencias y servicios comunes, con el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre las partes que se determinasen.

Ahora bien, puesto que registralmente aparecen configurados como fincas independientes, y dado que el Registrador está vinculado en su calificación por la presunción de exactitud y validez del contenido del Registro (cfr. arts. 1, 18 y 38 de la Ley Hipotecaria), habrá de partirse para la resolución de este recurso del presupuesto de la independencia de cada casa, independencia que, por otra parte, en modo alguno, aparece contradicha en la propia sentencia.

7. Ha de tenerse en cuenta, además, que cuando partes de dos edificios colindantes, independientes física y registralmente, son objeto de un negocio traslativo, la consideración de aquéllas en dicho negocio como un todo único, no puede llevar a ignorar, desde la perspectiva registral, esa diversidad objetiva (sin perjuicio de la posible aplicación del concepto de finca orgánica —cfr. Resolución de 27 de mayo de 1983—), y ello, que se advierte con meridiana claridad cuando aquellas partes aparecen configuradas como propiedades separadas dentro del régimen de propiedad horizontal constituido sobre cada uno de los edificios colindantes, es igualmente cierto cuando estos edificios no estuvieren divididos horizontalmente o sólo lo estuviere uno de ellos.

8. Sentado lo anterior, la declaración, en la sentencia cuestionada, del dominio del actor sobre esas partes de las dos casas colindantes, si bien, podría interpretarse, en función del principio consagrado en el artículo 350 del Código Civil, como el reconocimiento de un derecho real limitado —de contenido ciertamente complejo— sobre la propiedad individual de cada una de estas casas que correspondería a los respectivos demandados, consideraciones como esa calificación judicial del derecho del actor como verdadera propiedad, la unidad física de cada casa y la inevitable valoración de los elementos de hecho referenciados, apuntan más bien al establecimiento de una forma de comunidad *sui generis* sobre cada una de esas casas colindantes, en la que el actor y el demandado respectivo se reparten espacial y excluyentemente la facultad de goce, y pueden disponer separadamente de su posición jurídica individual, pero han hecho concurrir necesariamente al ejercicio de todas las demás facultades que afecten al todo (así a su configuración jurídica como a su propia disposición física). Se trataría de una situación jurídica próxima al régimen de propiedad horizontal, diferenciándose de éste en la indeterminación de las cuotas sobre los elementos comunes, en especial, sobre el suelo (si bien la comparación de las respectivas superficies de uso exclusivo proporciona ya un índice de la participación que a cada uno corresponde en el todo), y la inexistencia de salida independiente de cada parte de casa a la vía pública (ya directa, ya a través de un elemento común), particularidades éstas que, sin embargo, son esenciales para la viabilidad misma de esa forma de comunidad (por más que coyunturalmente su utilidad se vea ensombrecida en tanto la disposición física del inmueble no se altere y el titular de parte de la planta primera siga siendo propietario del edificio colindante por donde aquélla tiene acceso), y que por ello han de impedir su acceso al Registro, si la finca no estuviere inmatriculada o la estuviere en condominio ordinario (cfr. arts. 396 y 401 del Código Civil, y 8 de la Ley de Propiedad Horizontal). Ahora bien, estando ya cada una de las casas colindantes inmatriculadas e inscritas en pleno dominio a favor de uno solo de los cotitulares, el cierre registral al derecho de otro cotitular no tendría otro efecto que el de perpetuar una inexactitud de esos pronunciamientos registrales, lo que sobre no cohonestarse con el principio de concordancia del Registro y la realidad jurídica extrarregistral (cfr. arts. 39, 40, 198 y 220 de la

Ley Hipotecaria), podría repercutir negativamente sobre el derecho de ese otro cotitular, dado el juego protector del Registro de la Propiedad (cfr. arts. 34 y 38 de la Ley Hipotecaria), y todo ello adquiere mayor gravedad cuanto que esa inexactitud ha sido declarada ya en sentencia firme recaída en juicio declarativo establecido contra los titulares registrales, en la que se ordena se practiquen los asientos registrales pertinentes para su rectificación. Se impone, por tanto, en el caso debatido, una doble actuación: *a)* Por una parte, la consignación registral del específico y limitado alcance de los derechos que sobre esas dos casas colindantes tienen sus actuales titulares registrales, y sin que pueda oponerse a ello la alegación de la indeterminación de que adolecerían entonces tales derechos (al omitir la cuota inherente sobre el todo), pues, no se trata de decidir su acceso registral *ex novo*, sino de restringir a sus justos términos (según la sentencia recurrida) el alcance de un pronunciamiento registral que ha sido siempre inexacto por excesivo, y que, en la parte en que se mantenga, está amparado por la presunción de exactitud y validez del contenido del Registro, y *b)* Por otra —y siempre que se solicitare expresamente, conforme al artículo 19 de la Ley Hipotecaria— acceder al reflejo registral provisional por medio de una anotación (cfr. art. 42.9 de la Ley Hipotecaria), del derecho que sobre parte de dichas casas corresponde al actor, en tanto judicial o convencionalmente se completen —tal como en la propia sentencia se apunta— las determinaciones necesarias para que esa cotitularidad *sui generis* quede plenamente configurada y, por ende, quede perfectamente delimitado el derecho del actor, y pueda inscribirse definitivamente en el Registro de la Propiedad (cfr. arts. 9 y 21 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, revocar el auto apelado y confirmar la nota del Registrador sólo en cuanto a los defectos tercero y quinto de su nota de calificación en los términos que resultan de los fundamentos anteriores.

Madrid, 20 de julio de 1998.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

COMENTARIO

La medianería horizontal es una situación especial en que se encuentran dos fincas colindantes y que se suele presentar en edificaciones antiguas, a veces como resultado de particiones hereditarias, y que se caracteriza por el empotramiento de una de ellas sobre la lindera, entrando una o varias piezas de la planta alta sobre otras habitaciones de la planta baja del edificio colindante.

Hay, pues, un caso de medianería que no se da en el sentido vertical como es la figura normal, sino horizontalmente. La línea común es el techo de la planta baja de una casa que coincide con el suelo de la planta alta de la otra casa que se le ha introducido.

Esa medianería horizontal es la única relación existente entre ambos edificios, pero se plantea la duda sobre el régimen existente sobre los elementos, como el suelo y las cubiertas, que serían comunes si se tratase de una propiedad horizontal, pero que aquí no lo son. Desechada la propiedad horizontal,

¿existe alguna comunidad y de qué clase? ¿Se trata más bien de una servidumbre?

El Tribunal Supremo ha tratado de esta figura en dos de sus sentencias. En la de 24 de mayo de 1943 establece que se trata más bien de una situación de servidumbre entre los dos edificios que, tanto hipotecariamente como de hecho, son distintos, por tener únicamente las paredes de separación en régimen de medianería especial no confundible con el condominio. Los elementos de unidad de cosa y simultaneidad de dominio de los artículos 392 y 399 del Código Civil no son de apreciar cuando las propiedades no tienen más elementos comunes que las paredes medianeras, laterales y horizontal, figuran inscritas como fincas independientes y no consta que hayan tenido un origen común.

En la Sentencia de 28 de abril de 1972 el actor alegó que es propietario de una casa compuesta de planta baja y piso; que los demandados son propietarios de una casa colindante con la suya, compuesta de planta baja y tres pisos, de los cuales los dos últimos tienen una parte superpuesta sobre el último, propiedad del actor, de forma que existe un caso de propiedad horizontal, con el consiguiente derecho del actor sobre los elementos comunes; que los demandados, sin consentimiento del actor, han derribado los dos últimos pisos y construido otros de mayor altura que la que tenían antes y en lugar de tejado han construido una terraza con vistas a la propiedad del actor. Los demandados se opusieron alegando la inexistencia de la comunidad horizontal pretendida por el actor, pues la parte de edificio de los demandados sobre la casa del actor se debe a una servidumbre *oneris ferendi* y en las obras realizadas se han respetado las medianerías tanto vertical como horizontal y sin perjudicar en nada al edificio del actor.

El Tribunal Supremo, siguiendo la misma línea de la sentencia de 1943, antes vista, entiende que se trata efectivamente de una servidumbre *oneris ferendi*, al considerar que la existencia de una medianería horizontal impuesta por la contigüidad de los predios en los que claramente se advierte su particular sustantividad e independencia hasta el punto de que los demandados han podido derribar por completo el suyo para luego reedificarlo con nuevos elementos sin tocar para nada el del actor, lo que supone la ausencia de aquellos elementos tales como escaleras, paredes maestras, patios y puertas de salida, que, por ser de común utilización, caracterizan la unidad de fundos que se pretende, de modo que, no concurriendo, es evidente que tampoco puede darse la situación que determinan. Tratándose de fincas distintas e inscritas en el Registro de la Propiedad como independientes, y que no tienen en común más que la medianería horizontal, la situación es semejante a la que fue objeto de resolución por sentencia de 24 de mayo de 1943.

La Dirección General se ha ocupado de esta situación en tres ocasiones: En la Resolución de 4 de noviembre de 1925 se opuso a la segregación y enajenación como finca independiente de dos habitaciones de la planta baja de una casa, declarando que en nuestro sistema hipotecario, basado en superficies deslindeadas, el edificio independiente que responde a un concepto tradicional, está destinado a un uso perpetuo y se ajusta a un plan arquitectónico y viene a formar con su solar un todo único en el sentido económico y jurídico, compuesto de partes íntimamente relacionadas y materialmente enlazadas que se prestan poco a ser objeto de una propiedad aislada.

La Resolución de 6 de noviembre de 1985 nos da noticia de un supuesto práctico, aunque no entra en la naturaleza de figura. Esta Resolución fue anulada por otra de 7 de diciembre del mismo año, por haberse interpuesto la ape-

lación cuando ya había transcurrido el plazo de 15 días señalado en el artículo 121 del Reglamento Hipotecario; el texto de la Resolución anulada puede verse en la página 2346 del número 217 de la primera época del *Boletín de Información del Colegio de Registradores*, noviembre de 1985. Se trataba de un recurso contra la nota del Registro de la Propiedad de Fuengirola, en la cual se consideraba defectuosa una escritura de declaración de obra nueva en la que una habitación de la casa descrita en primer lugar de una división «se apoya» o «pisa» sobre otra casa colindante ocupando parte de su espacio aéreo. No se consideró defecto por el Centro Directivo, el cual declaró que se está ante uno de los supuestos que la doctrina conoce con el nombre de medianería horizontal y nuestro más Alto Tribunal ha tratado, frecuente en la construcción y edificaciones de bastantes zonas costeras y que implica una independencia total de los edificios limítrofes, a los que no se puede pretender someterlos obligatoriamente a un régimen tan abigarrado en sus relaciones jurídicas como el de la propiedad horizontal, cuando sólo existe la de una buena voluntad. La verdad es que no parece muy consistente esta calificación, que no entra en el fondo de la figura, y que tiene más bien poco de jurídica.

La tercera ocasión en que la Dirección General conoce de la medianería horizontal es precisamente la de esta Resolución que comentamos. Por cierto, que aparece por primera vez esta calificación de «engalaberno», que nos ha llamado la atención, y hemos acudido al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, y allí la encontramos como procedente del verbo «engalabernar» que se equipara a «embarbillar» o aclopar, y nos aclara que es muy usada en Colombia.

Lo que nos interesa, naturalmente, es la naturaleza jurídica que le atribuye y también el modo de que tal medianería horizontal entra en el Registro.

Respecto a lo primero, en la Resolución se parte de la calificación que se hace en la sentencia que da origen a la petición de inscripción, que es la de un derecho real limitado de contenido complejo, atribuyendo a los respectivos titulares una extraña especie de verdadera propiedad sobre la unidad física de cada casa, pero con una comunidad *sui generis* sobre la otra casa colindante.

Por ello, la Dirección General se aparta de la idea de la servidumbre y se acerca a la de comunidad especial. No admite la equiparación con la propiedad horizontal, pues hay indeterminación en las cuotas sobre los elementos comunes y no existe salida independiente para cada parte.

Pero, dada la realidad de que ambas casas están ya inscritas por separado en favor de su respectivo dueño, no se debe negar la entrada al Registro de una situación existente y entonces la cuestión estriba en cómo se ha de reflejar esta especial situación en los folios registrales.

La solución adoptada puede ser ingeniosa, pero es sólo provisional y quizá poco acorde con la sensación de seguridad que debe aportar el Registro. Se acude al artículo 19 de la LH y hasta aquí todo va bien: El Registrador debe advertir que hay una indeterminación de la clase de comunidad y debe especificarse por los interesados el régimen existente, señalando, sobre todo, las cuotas de la comunidad existente.

Pero la segunda parte es la que no ofrece demasiadas seguridades, pues se recurre a la anotación preventiva del artículo 42-9 de la LH que, si bien es perfectamente aplicable, tiene el inconveniente de publicar la situación de medianería horizontal sólo por los cortos plazos del artículo 96 de la LH. Si no se ha producido el acuerdo de los interesados o no ha recaído resolución judicial (que quizá ni se haya iniciado, pues ha de ser a instancia de parte),

caduca el asiento y se vuelve a producir la inseguridad y la falta de concordancia con la realidad.

Se trata de una situación estable y casi siempre perdurable, y hay que buscar una solución que no sea provisional o sólo perentoria. Por mucho que esta situación sea distinta de la de propiedad horizontal, quizá sería preferible adoptar la necesidad de que los interesados fijasen un coeficiente sobre las partes que, evidentemente, son comunes, como el suelo y la cubierta que delimitan las habitaciones confluyentes, y las normas precisas para delimitar las relaciones que puedan darse en similitud con las reglas de la propiedad horizontal.

Si esto pareciere demasiado forzado, se podría acudir a otra figura, que reconocemos es diferente, pero puede guardar una lejana analogía, y es el derecho de sobreelevación regulado en el artículo 16-2 del Reglamento Hipotecario. Hay nuevas plantas y pertenecen a propietarios distintos y se permite su inscripción con tal que se determinen las cuotas y se señalen las normas del régimen de comunidad.

En último término cabría aceptar la idea de la servidumbre *oneris ferendi*, también forzada, pero que consta con el apoyo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Cualquier solución sería aceptable con tal de producir una inscripción definitiva y no la provisionalidad de la anotación preventiva. Exíjanse los requisitos necesarios antes de inscribir, para que la especialidad quede en claro.

En resumen, consideramos que se trata de una situación que produce un auténtico derecho real y que no es meramente provisional, sino que tiene una duración indeterminada, que se prolonga como la misma edificación, y como tal debe inscribirse. El artículo 7.º del Reglamento Hipotecario tiene la amplitud suficiente como para que esta figura de la medianería horizontal tenga acceso pleno al Registro con los requisitos precisos, pero en un asiento de inscripción.

F. C. D.

S.A.: PACTOS SOBRE COMPETENCIA DE LA JUNTA GENERAL Y UNANIMIDAD EN EL CONSEJO.—LA PREVISION ESTATUTARIA QUE RESERVA A LA JUNTA GENERAL LA FACULTAD DE ENAJENAR LA TOTALIDAD DE LOS BIENES SOCIALES, NO ES IMPRESCINDIBLE EN CUANTO QUE DADA LA CONCRECION DEL OBJETO SOCIAL —LA EXPLOTACION DE UN MANANTIAL, BALNEARIO, HOSTAL, ETC.—, TAL ENAJENACION EXCEDE DE LAS FACULTADES DEL ORGANO GESTOR, PERO PUEDE RESULTAR CONVENIENTE, SU EFICACIA NO ES MERAMENTE INTERNA Y DEBE ACCEDER AL REGISTRO MERCANTIL. LA UNANIMIDAD QUE LOS ESTATUTOS EXIGEN PARA LA ADOPCION POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACION DE DETERMINADOS ACUERDOS, CHOCA CON EL PRINCIPIO LEGAL DE FORMACION DE LA VOLUNTAD POR MAYORIA, NO ES OTRA COSA QUE EL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO DE VETO Y NO ES INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO MERCANTIL. (RESOLUCIÓN DE 25 DE ABRIL DE 1997. BOE DE 30 DE MAYO.)

Hechos.—I. El día 6 de julio de 1990 se reunió la Junta general de la sociedad «Balneario y Aguas de Solán de Cabras, Sociedad Anónima», cuya

convocatoria fue publicada en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» número 90, de 18 de junio de 1990, y en el «Diario de Cuenca» de 21 de junio del mismo año, requiriéndose al Notario de dicha ciudad, don Luis María de la Higuera González, para que levante acta de la misma.

En dicha reunión se acordó adaptar los Estatutos sociales de la citada sociedad al texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, entre los que cabe destacar: Artículo 2: «La compañía tiene por objeto social: a) La explotación del manantial Solán de Cabras y su distribución de agua mineral, así como de cualquier otro manantial. b) Explotación del balneario, baños, hostel, apartamentos, casa de huéspedes y servicios centrales»; artículo 18: «Es competencia privativa de la Junta general: f) Aportar, vender, hipotecar y ceder la totalidad de los bienes, derechos y acciones de la sociedad»; artículo 19: «Los acuerdos de las Juntas generales se tomarán cuando voten a favor socios, presentes o representados, que representen las dos terceras partes del capital social. Excepcionalmente, se requerirá el voto de las cuatro quintas partes del capital social suscrito para acordar cualquier modificación de los Estatutos sociales y para los siguientes actos: 1.º Concesión de exclusivas o monopolios de los productos relacionados con el objeto social. 2.º Venta, arrendamiento, cesión y demás actos de disposición, en todo o en parte, de los bienes afectos al objeto social. 3.º Conceder tratos de favor a persona alguna por cualquier concepto. 4.º Cambio de domicilio social», y artículo 26: «Los Consejeros ausentes, impedidos de asistir personalmente a una reunión, podrán hacerse representar en ella y emitir su voto mediante delegación en otro de sus colegas por carta o telegrama, confirmando posteriormente por carta dirigida al Presidente. Los acuerdos del Consejo de Administración se adoptarán por mayoría absoluta de votos, entre los miembros concurrentes a la reunión, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 141 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Cuando el acuerdo se refiera a alguno de los actos incluidos en los apartados h) y j) del artículo 28, será preciso el acuerdo unánime de todos los miembros del Consejo de Administración. Igualmente, será precisa la unanimidad para el nombramiento del Consejero delegado, o Consejeros delegados, y para la designación de Gerente.»

II. Presentada el acta notarial en el Registro Mercantil de Cuenca fue, en lo que aquí interesa, objeto de la siguiente calificación: «Registro Mercantil de Cuenca. Presentado el precedente documento el 9 de junio del presente año, retirado por el presentante al día siguiente y reingresado el 20 del mismo mes, no se practica la inscripción del mismo por los siguientes defectos: ... 17) Artículo 18: a) La referencia al informe de los censores de cuentas sobra, ya que no existe actualmente (arts. 203 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas). b) El apartado f) sólo puede admitirse a efectos internos y así deberá decirse expresamente (art. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas y Resoluciones de la DGRN, de 11 de marzo de 1992, 7 de diciembre de 1993 y 12 de julio de 1993 antes citadas). 18) Artículo 19: a) No se salva lo dispuesto en el artículo 134.1, párrafo segundo, de la Ley de Sociedades Anónimas. b) La referencia que se hace en el inciso segundo del párrafo primero al capital social desembolsado debe ser suprimida debido a la coordinación con el inciso primero de este párrafo de una parte, y de otra, a la coordinación con el artículo 16 de los Estatutos, según la redacción que se ha dicho antes, debe tener en base a los preceptos legales que allí se citaron. c) Los apartados 1.º, 2.º y 3.º de este artículo sólo pueden admitirse a efectos internos, según se ha

señalado en el defecto indicado como apartado *b*) en el artículo anterior. *d*) El apartado 4.º es una redundancia al estar ya incluido en la modificación de Estatutos que se recoge en el párrafo primero de este artículo, salvo que se refiera a la mera modificación dentro del mismo término municipal (en cuyo caso no supondría modificación estatutaria: cfr. Resolución de la DGRN, de 9 de marzo de 1994)... 20) Artículo 26: *a*) La referencia al párrafo último del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas debe ser sustituida, hoy día, por la referencia al artículo 141.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (independientemente de que el propio artículo 26 de los Estatutos desvirtúa esto al exigir luego la unanimidad para el nombramiento de Consejero delegado). *b*) La unanimidad que exige este artículo de los Estatutos para determinados acuerdos del Consejo es contraria al principio de formación de la voluntad de los órganos colegiados por acuerdo mayoritario (arts. 93 y 140 de la Ley de Sociedades Anónimas), según reconoce expresamente la Resolución de la DGRN, de 10 de noviembre de 1993. Todos los defectos se consideran subsanables. Solicitada la inscripción parcial conforme al artículo 63 del Reglamento del Registro Mercantil, no es posible acceder a ella debido al defecto señalado bajo el apartado 1.º de esta nota. Contra la calificación del Registrador, podrá interponerse recurso gubernativo en el plazo de dos meses, a contar de la fecha de esta nota, de conformidad con los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Cuenca, 7 de julio de 1994.—El Registrador. Firmado, José María Campos Calvo Sotelo».

III. Don Antonio del Pozo Sanz y doña María Angeles Sanz Pérez, en representación de «Balneario y Aguas de Solán de Cabras, Sociedad Anónima», interpusieron recurso de reforma contra los defectos números 17, apartado *b*); 18, apartado *c*), y 20, apartado *b*), y alegaron: I. En cuanto al apartado *b*) del defecto 17 de la nota de calificación. Que la cuestión que se plantea es la de analizar si el apartado *f*) del artículo 18 de los Estatutos infringe o no lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas, a la luz de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 22 de julio de 1991, 11 de marzo de 1992 y 7 de diciembre de 1993, entre otras). Es evidente que la aportación, venta o cesión de la totalidad de los bienes, derechos y acciones de la sociedad, suponen actos que, por su finalidad y efectos, resultan contrarios al objeto social definido en el artículo 2 de los Estatutos; por eso al establecerse la competencia privativa de la Junta para acordar las operaciones fijadas en el apartado *f*) del artículo 18, no se están limitando las facultades representativas de los Administradores porque tales facultades no incluyen la posibilidad de realizar actos claramente contrarios al objeto social, pues implicaría la modificación del mismo que es competencia privativa de la Junta general. II. Respecto al apartado *c*) del defecto 18 de la nota de calificación. El objeto de debate es similar al expuesto en el apartado anterior. Que hay que señalar, en primer lugar, que lo que se fija en el artículo 19 no es una limitación, *a priori*, del poder de decisión de los Administradores, sino un mero reforzamiento de las mayorías para la adopción por Junta de determinados acuerdos. En cualquier caso, para decidir si con tales previsiones estatutarias se altera el régimen legal del poder de administración de los Administradores, ha de analizarse si la adopción de tales acuerdos supone o no la realización de actos contrarios al objeto de la sociedad. En primer lugar, en lo que respecta al número 2 del artículo 19, los Administradores no pueden realizar los actos que el mismo

comprende porque son contrarios al objeto social. Por lo que respecta a los otros dos apartados discutidos, se entiende que atendiendo a la particularidad del objeto social de la sociedad y a su origen y funcionamiento, deben ser aceptados los términos fijados estatutariamente. III. En lo referente al apartado *b)* del defecto 20 de la nota de calificación. Respecto al artículo 26 de los Estatutos sociales hay que hacer referencia: A) Antecedentes: 1.º En su redacción original fue calificado favorablemente. 2.º En dicha redacción original se establecía que será precisa la unanimidad en los acuerdos del Consejo de Administración, cuando se refieran a los actos incluidos en los apartados *h)* y *j)* del artículo 28 y para el nombramiento del Consejero delegado o Consejeros delegados y para la designación de Gerente. 3.º El día 26 de diciembre de 1990, el Registrador calificó el acta notarial de 6 de julio de 1990, de adaptación de los Estatutos originales a la Ley de Sociedades Anónimas. En su calificación, el Registrador mercantil de Cuenca decidió no admitir la modificación del artículo 26 de los Estatutos, entre otros, manifestando que no era posible la misma al amparo de la disposición transitoria quinta de la Ley de Sociedades Anónimas. 4.º Con posterioridad, habiéndose presentado para su inscripción en el Registro certificaciones de acuerdos adoptados por el Consejo de Administración de la sociedad, de fechas 11 de mayo y 21 de diciembre de 1991, fue denegada su inscripción, con fecha 25 de enero de 1991, en virtud de que no reunían el requisito de unanimidad exigido en el artículo 26 de los Estatutos sociales. 5.º Interpuesto recurso gubernativo contra la anterior nota denegatoria, se resolvió mediante acuerdo de 4 de abril de 1991, en el que se acordó no acceder a la reforma de la calificación recurrida, dado que, según el Registrador, el acuerdo cuya inscripción se pretendía era uno de los que, según el artículo 26 exigía unanimidad. 6.º En relación a determinadas acciones de impugnación contra acuerdos del Consejo de Administración de la sociedad y contra los acuerdos de modificación de los Estatutos de la sociedad, adoptados en la reunión de 6 de julio de 1990, se dictaron las correspondientes resoluciones judiciales fundadas en la exigencia de la unanimidad para la adopción de determinados acuerdos. B) Fundamentos de derecho: *a)* Que no es necesaria la adaptación del citado artículo de los Estatutos sociales al texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, puesto que no ha habido modificación alguna de los preceptos legales que regulan el funcionamiento y adopción de acuerdos por el Consejo de Administración, que se contenían en la anterior Ley de Sociedades Anónimas, y dado que los Estatutos de la sociedad ya fueron calificados y se observaron conformes a la anterior normativa; *b)* Que se alega la imposibilidad del Registrador de recalificar aquellos extremos de los Estatutos no modificados por las partes y ya inscritos, puesto que no cabe argumentar su falta de adaptación a la Ley de Sociedades Anónimas. Además, hay que poner en relación el artículo 7 del Reglamento del Registro Mercantil con los artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; *c)* Que el principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 de la Constitución, y la propia presunción de validez y exactitud del contenido de los asientos registrales, impiden al Registrador la posibilidad de entrar de nuevo a calificar la legalidad del artículo 26 de los Estatutos. No sólo resulta que este precepto fue calificado en su día, como conforme al artículo 78 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas, sino que, ya estando en vigor la presente Ley de Sociedades, fue objeto de calificación por el Registrador Mercantil de Cuenca, con fecha 26 de diciembre de 1990, resolviéndose que dicho precepto, en su redacción original, era confor-

me al texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, no siendo, por tanto, su modificación necesaria para la adaptación a la misma. En este punto hay que citar la Resolución de 21 de octubre de 1993. Dicho principio de seguridad impide que el artículo 26 de los Estatutos de la sociedad puede ser objeto de calificaciones contradictorias por el propio Registro. Que las referidas resoluciones judiciales son firmes y obligan a la sociedad; *d*) Que existen razones que justifican que el artículo 26 de los Estatutos no contraviene lo dispuesto en la Ley de Sociedades Anónimas. Tales razones son: 1. Unanimitad no es contrario a la mayoría, sino que es una forma de ella. Que una vez fijado por la Ley de Sociedades Anónimas el principio de mayoría, lo que dicha Ley no prohíbe es que determinados acuerdos de las sociedades se puedan o deban adoptar por una mayoría del 100 por 100, es decir, por unanimidad. 2. En el supuesto que se trata, no se está acordando la unanimidad como forma de funcionamiento del Consejo de Administración. Hay que tener en cuenta lo que dice la Resolución de 14 de diciembre de 1993. 3. Además, si existe inadecuación entre la exigencia de unanimidad, lo es sólo con los principios configuradores de los órganos colegiados, no con los de la sociedad anónima. Eso es lo que se entiende de las sentencias citadas y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado a que hace referencia el Registrador mercantil. 4. Que la doctrina contenida en la Resolución de 10 de noviembre de 1993, no puede ser aplicada a este supuesto, pues no parece que quiera sentar un criterio de rechazo general y, en todo caso, de la unanimidad en la adopción de acuerdos del Consejo; el artículo 26 de los Estatutos no está configurando una forma de órgano de administración no admitida por la Ley; no se desvirtúa en este supuesto la posibilidad consagrada legalmente, a través del derecho de elección proporcional, de que en las decisiones del Consejo se pueda traslucir la diversidad de intereses presentes en el accionariado (precisamente con tal sistema se está consiguiendo que la diversidad de intereses en el accionariado tengan su reflejo en el Consejo), y que, por último, existe en este caso una finalidad práctica y legítima perseguida por el precepto; *e*) Que la adaptación que exige la Ley de Sociedades Anónimas es a la misma Ley, de forma que sólo una evidente contradicción con tales normas jurídicas justificaría una necesidad de adaptación. Que es evidente que, en relación con el defecto que se impugna, ha de dársele más valor a los criterios expuestos en las resoluciones judiciales que a lo que resulta de la Resolución citada por el Registrador.

IV. El Registrador mercantil acordó no acceder a la reforma de la calificación recurrida, e informó: 1. Que el primer punto impugnado es el apartado *b*) del defecto 17 de la nota de calificación relativa al artículo 18, apartado *f*), de los Estatutos. Que la jurisprudencia interpreta ampliamente el ámbito del poder de representación de los administradores (que viene consagrado en el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas) y así se consideran incluidos dentro de ese ámbito, no sólo los actos de desarrollo y ejecución del objeto de forma directa o indirecta, así como los complementarios o auxiliares para ellos, sino también los actos neutros o polivalentes (Resoluciones de 2 de octubre de 1981 y 12 de mayo de 1989), e incluso los actos aparentemente no conectados con el objeto social (Sentencias de 14 de mayo de 1984 y 24 de noviembre de 1989, y Resoluciones de 1 de julio de 1976 y 31 de marzo de 1986), quedando excluidos, en principio, del ejercicio de poder de representación los claramente contrarios al objeto (Resolución de 11 de marzo de 1992). Que, según la doctrina, la determinación del acto cla-

ramente contrario sólo podrá hacerse *a posteriori*, y que al llegarse prácticamente a equiparar los actos ajenos al objeto social con los claramente contrarios al mismo, el poder de representación de los Administradores se extiende también, conforme a lo previsto en el artículo 129.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, a estos actos contrarios al objeto, salvo en el caso de que la sociedad pruebe que los terceros han obrado de mala fe y culpa grave. Que, sentado lo anterior, y aunque se admitiere la tesis del acto claramente contrario al objeto social en una interpretación restrictiva, es preciso analizar cada uno de los casos comprendidos en el artículo 18, apartado f) de los Estatutos para tratar de dilucidar si se da o no esa oposición: 1. Respecto a «hipotecar», esta facultad recae claramente en el ámbito de representación de los Administradores, ya que la sociedad puede tener necesidad por razones de tesorería y para cumplir el fin social de una financiación hipotecaria que comprenda todos sus bienes y ello no es acto opuesto al objeto social; 2. En cuanto a «vender», no parece que sea contrario al objeto social. La sociedad, aparte de su objeto específico, tiene otros objetos más genéricos, y en caso de venta de todo el activo, a cambio se recibiría un precio que podría ser reinvertido en bienes que fueran la base para el desarrollo del objeto social; 3. Respecto a «ceder», la cesión gratuita no es competencia de los Administradores, como reconoció la Resolución de 2 de febrero de 1966, ni incluso de la Junta, cuando es cesión de todos los bienes. En cuanto a la cesión onerosa es un concepto genérico e indeterminado que puede incluir en su ámbito numerosos supuestos, alguno de los cuales puede no ser contrario al objeto social como sería la cesión de bienes a cambio de otros; 4. En cuanto a «aportar», es un concepto indeterminado. Pero refiriéndose al sentido en que se emplea habitualmente en el Derecho Mercantil, tampoco tiene que ser contrario al objeto social, como sería el caso de aportación de todo el activo a una sociedad con objeto idéntico, ya que entonces estaríamos ante una realización indirecta del objeto social permitida por la ley (art. 117 del Reglamento del Registro Mercantil). Que como conclusión, cabe decir que, o bien se determinan expresamente los supuestos de competencia exclusiva y excluyente de la Junta, o si se mantiene la redacción actual es necesaria la precisión del carácter puramente interno de dicha competencia, dada la amplitud con que se interpreta el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas por la doctrina, la jurisprudencia y la Directiva de que emana. II. Que el segundo punto impugnado es el apartado c) del defecto 18 de la nota de calificación relativo al artículo 19, apartados 1.º, 2.º y 3.º de los Estatutos. El problema es similar al resuelto en el fundamento de derecho anterior, y es preciso distinguir: 1. Comenzando por el apartado 2.º, en cuanto dichos actos se refieran a todos los bienes afectos al objeto social. 2. En cuanto al apartado 1.º, la facultad de atribuir las exclusivas o monopolios es competencia de los Administradores, quienes serán los que por su función conozcan las condiciones del mercado, todo lo cual recae plenamente en el ámbito de desenvolvimiento normal de la sociedad. 3. En lo relativo al apartado 3.º, la expresión «tratos de favor» es indeterminada; pero, en principio, hay que atribuir al órgano de gestión esa facultad por formar parte del tráfico normal de la sociedad. III. Que el último defecto de la nota que se impugna es el 20, apartado b), relativo al artículo 26 de los Estatutos. El principio de exigencia de unanimidad para los acuerdos del Consejo de Administración debe ser rechazado totalmente por los siguientes argumentos: a) Es contrario al carácter y funcionamiento como órgano colegiado del Consejo, porque se transformaría en Colegio de

decisión conjunta, lo que es opuesto a su propia naturaleza, y sería contrario al artículo 136 de la Ley de Sociedades Anónimas y 124 del Reglamento del Registro Mercantil, que establece la estructura del órgano de administración, por delegación reglamentaria del artículo 9, apartado *h*) de la citada Ley; *b*) Que el admitir la unanimidad supone la posibilidad de reconocer un derecho de veto a cualquier Consejero, lo que puede dar lugar a situaciones como la resuelta por la Resolución de 10 de noviembre de 1993; *c*) Que es contrario a la agilidad y facilidad de funcionamiento que debe tener el Consejo como órgano gestor de la sociedad; *d*) Es, además, contrario a las normas legales. La ley actual ha suprimido la hipótesis de Consejeros mancomunados, conforme a lo establecido en el artículo 136. Como consecuencia, ha variado la interpretación de las normas legales, en concreto los artículos 140 y 141 de la Ley de Sociedades Anónimas, de tal modo que debe entenderse que la mayoría que exigen dichos artículos es imperativa, pero con prohibición absoluta de la unanimidad como concepto opuesto al de mayoría; *e*) La Dirección General de los Registros y del Notariado ha reconocido, plenamente, dicha prohibición en las Resoluciones de 10 de noviembre de 1993 y declarando aplicable a este órgano social la doctrina contenida en la Resolución de 15 de abril de 1991. Que de todo lo anterior resulta la imposibilidad total y absoluta que los Estatutos establezcan, para cualquier supuesto, el criterio de unanimidad en las decisiones del Consejo de Administración de la sociedad. Que a continuación se analizan los argumentos concretos que, en apoyo de su criterio, aporta el recurrente, y las razones por las que los mismos deben ser rechazados: 1. Que es una tesis viciada la alegación de que la unanimidad no es contraria a mayoría. El Diccionario de la Lengua da significado distinto a ambos conceptos. La afirmación de que la unanimidad es una mayoría reforzada la contradicen las dos Resoluciones citadas. 2. Que la aseveración de que es válido el pacto estatutario de exigir el 100 por 100, para determinados casos, no puede admitirse: *a*) Por la regla general proclamada en la Resolución de 1993; *b*) Que si se admitiera la unanimidad, se introduciría un sistema de administración dual de la sociedad, que contradice el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil; *c*) Que es imposible determinar qué criterio cualitativo o cuantitativo presidiría la admisión de excepciones a la regla de unanimidad; *d*) La amplitud de los apartados *h*) y *j*) del artículo 28 de los Estatutos, convertiría en la práctica la excepción en la regla general. 3. Que lo que se dice en cuanto que la unanimidad es sólo contraria a los principios configuradores de los órganos colegiados, pero no a los que inspiran la sociedad anónima, es una argumentación carente de base, ya que todo lo que se oponga a la naturaleza de aquéllos, se opone por definición a la propia configuración de ésta. 4. Que el último apartado del escrito del recurrente se refiere a la no aplicación de la doctrina contenida en la Resolución de 10 de noviembre de 1993 al caso planteado, pero hay que señalar que la generalidad del principio que consagra dicha Resolución permite comprender, dentro de ella, todos los supuestos de unanimidad o derecho de veto obstativo, dentro de los que se encuentra el supuesto ahora discutido. Que, realmente, el problema que se da es la posibilidad de que una minoría obstaculice la voluntad de la mayoría en el Consejo, lo que ataca el carácter democrático que tiene la sociedad anónima. Que la calificación de la adaptación de los Estatutos ha de hacerse exclusivamente en función de la nueva ley, y si se estima que es necesaria dicha adaptación, debe exigirse con independencia de la calificación que hiciera el Registrador que inscribió la constitución de la sociedad y con

independencia de lo que figure inscrito. Que las sentencias que alega el recurrente no expresaron lo que dice, sino que simplemente, según lo que consta inscrito, declaran la nulidad de una modificación estatutaria por no haberse ajustado la misma a los propios Estatutos. Que el argumento referente al principio de legitimación registral sería admisible si figurase inscrita la adaptación del artículo 26. Que la imposibilidad de calificaciones contradictorias sobre un mismo documento es opuesto al procedimiento registral, conforme lo establecido en los artículos 59.2 y 80 del Reglamento del Registro Mercantil. Que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado tienen una importancia extraordinaria en la interpretación y aplicación del derecho.

V. Los recurrentes interpusieron recurso de alzada contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadieron: I. En lo referente al apartado *b)* del defecto 17 de la nota de calificación: Que de una correcta interpretación del artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas y de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, no puede admitirse la inexistencia de límites al ámbito de representación de los Administradores, teniendo en cuenta lo que dice la Resolución de 16 de marzo de 1990. Que dado el objeto social de la sociedad, son contrarios al mismo aquellos actos que impidan, por su propia naturaleza y finalidad, la explotación del manantial de Solán de Cabras y la del balneario y resto de instalaciones. En este sentido, es evidente que la aportación, venta o cesión de la totalidad de los bienes, suponen actos que, por su finalidad y efectos, resultan claramente contrarios al objeto social definido en el artículo 2 de los Estatutos. Que, en este punto, no son aceptables las referencias que hace el señor Registrador a la posibilidad de continuación del desarrollo del objeto social en dichos supuestos. Que hay que tener en cuenta las Resoluciones de 22 de julio de 1991 y 10 de junio de 1994. Que la conclusión que hace el señor Registrador sobre este punto, supone que admite, implícitamente, dichos actos como competencia de la Junta, pues la exigencia de determinación de los supuestos de competencia exclusiva de la misma es un reconocimiento de la falta de competencia de los Administradores para la adopción de tales acuerdos, sin perjuicio de la aplicabilidad del artículo 129.2 de la Ley de Sociedades Anónimas respecto a terceros de buena fe y sin culpa grave. II. En cuanto al apartado *c)* del defecto 18 de la nota de calificación. Que contra lo que el señor Registrador manifiesta en este punto, hay que decir que la particularidad del objeto social y el origen y funcionamiento de la sociedad deben ser tenidas en cuenta a la hora de calificar. Se debe atender al caso concreto para determinar si existe o no extralimitación del objeto social en la actuación de los Administradores (Resolución de 22 de julio de 1991). III. En lo que concierne al apartado *b)* del defecto 20 de la nota de calificación. Que hay que señalar en cuanto a las manifestaciones del señor Registrador: 1. La unanimidad para determinados acuerdos no ha de ser necesariamente contraria al carácter y funcionamiento de los órganos colegiados, ni desvirtúa el carácter del Consejo como tal. 2. En esta sociedad, la estructura del órgano de administración es única. 3. Que la conclusión de que la unanimidad para la adopción de determinados acuerdos es contraria a las normas legales no es evidente. 4. Que es claro que la unanimidad no es algo opuesto a mayoría. 5. Que no es un argumento carente de base el que, si bien la unanimidad podría ser contraria a los principios configuradores de los órganos colegiados, pero no a los que inspiran la sociedad anónima. 6. Que no es improcedente la referencia con-

tenida en el escrito del recurso a la Resolución de 14 de noviembre de 1991. 7. Que tampoco es argumento que la unanimidad es contraria a la agilidad y facilidad de funcionamiento que debe tener el Consejo como órgano gestor de la sociedad. 8. Que ha de ser categóricamente rechazada la manifestación del señor Registrador de que las sentencias a las que hacemos referencia en nuestro escrito de recurso no dicen nada sobre la no necesidad de adaptación del artículo 26 de los Estatutos a la nueva Ley de Sociedades Anónimas. 9. Que, finalmente, la adaptación que exige la Ley de Sociedades Anónimas es a la misma Ley, de forma que sólo una evidente contradicción con tales normas jurídicas justificaría una necesidad de adaptación. Ese es el tenor de la Ley y la razón que fundamenta las resoluciones judiciales que se han dictado sobre el artículo 26 de los Estatutos, y este es el criterio mantenido por la Resolución de 14 de noviembre de 1991.

Fundamentos de derecho.—Vistos los artículos 9, h) e i), 10, 128, 129, 133, 136, 140, 141, 144, 147 y 260 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; los artículos 117.4 y 124 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de 31 de marzo de 1986, 11 de noviembre, 15 de abril, 22 y 26 de junio de 1992, 12 de julio y 10 de noviembre de 1993 y 3 de octubre de 1994, entre otras.

1. Se debate en el presente recurso, en primer lugar, sobre la inscripción en el Registro Mercantil de dos cláusulas estatutarias que el Registrador suspende, en tanto no se especifique debidamente su relevancia meramente interna; establecen aquéllas que: Artículo 18, letra f): «Es competencia privativa de la Junta general: Aportar, vender, hipotecar y ceder la totalidad de los bienes, derechos y acciones de la sociedad»; Artículo 19: «Los acuerdos de las Juntas generales se tomarán cuando voten a favor socios, presentes o representados, que representen las dos terceras partes del capital social. Excepcionalmente se requerirá el voto de las cuatro quintas partes del capital social suscrito para acordar cualquier modificación de los Estatutos sociales, y para los siguientes actos: 1.º Concesión de exclusivas o monopolios de los productos relacionados con el objeto social. 2.º Venta, arrendamiento, cesión y demás actos de disposición, en todo o en parte, de los bienes afectos al objeto social. 3.º Conceder tratos de favor a persona alguna por cualquier concepto».

2. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la delimitación del objeto social define el contenido mínimo, pero también el máximo, del ámbito de las facultades representativas del órgano gestor (art. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas), y que, aun cuando es cierta la dificultad de determinar *a priori* si un acto concreto trasciende o no a ese ámbito, en todo caso quedan excluidas aquellas actuaciones claramente contrarias al objeto social, esto es, las contradictorias o denegatorias del mismo. En el caso debatido, el objeto social de la entidad no se define mediante la especificación de un concreto sector de la actividad económico-social, sino que está constituido por la explotación, en forma societaria, de unos concretos y significados bienes aportados al haber social, de modo que su permanencia en el mismo aparece no sólo como condición *sine qua non*; para la viabilidad del propio objeto social, sino como elemento básico y determinante del contrato social y de la subsistencia misma del nuevo ente constituido (cfr. art. 260.3 de la Ley de Sociedades Anónimas). Es evidente, pues, que cualquier actuación que implique de presente —o pueda implicar en lo sucesivo— la salida de esos bienes del patrimonio social excede inequívocamente de las facultades repre-

sentativas del órgano gestor, entrando en la esfera competencial del órgano soberano de la sociedad, la Junta general (cfr. arts. 93, 94, etc., de la Ley de Sociedades Anónimas), y si bien no es imprescindible una previsión estatutaria específica que así lo establezca, cuando dicha previsión sea efectivamente incorporada a la norma rectora de la estructura y funcionamiento de la sociedad, no podrá pretenderse la concreción de su eficacia a la esfera meramente interna ni, menos aún, obstaculizar su inscripción en función de su carácter meramente aclaratorio; es más, puede resultar conveniente su adopción cuando —como ocurre en el caso debatido— dicha previsión se establece al objeto de imponer mayores quórum de constitución o unas mayorías de decisión reforzadas, en consonancia con la especial trascendencia de tales actuaciones para la propia estructura y subsistencia de la sociedad.

3. Las anteriores consideraciones determinan la procedencia del acceso al Registro, y sin necesidad de la concreción de su eficacia a la esfera interna, de algunas de las cláusulas estatutarias ahora debatidas, como son el apartado f) del artículo 18 y el número 2.º del artículo 19; esta última, por cuanto claramente se está concretando a actos de disposición no de todos o parte de los bienes integrantes del patrimonio social sino, precisamente, de todos o parte de esos bienes especialmente afectos al objeto social y que previamente se han especificado en la cláusula relativa al mismo; aquélla, en la medida que la disposición en bloque de todos los bienes, derechos y acciones de la sociedad [que así debe ser entendida la cláusula en función de las reglas generales de interpretación de los negocios (cfr. arts. 1.281 y siguientes del Código Civil)] englobará la de los bienes especialmente afectos al objeto social. No ocurre lo mismo, en cambio, con los apartados 1.º y 3.º del artículo 19, pues se trata de las propias actuaciones a través de las cuales se realiza el objeto social, que se enmarcan claramente en el ámbito de la gestión diaria, y cuya adopción depende de las circunstancias de mercado, de las conveniencias de la negociación comercial, de modo que su acceso al Registro Mercantil debe quedar supeditado a la concreción de su eficacia a la esfera previamente interna.

4. El siguiente y tercer defecto que debe examinarse se centra en si es inscribible la exigencia de que determinados acuerdos del Consejo de Administración sean adoptados por unanimidad. En este punto no cabe sino confirmar el criterio del Registrador; con arreglo a la doctrina de este Centro Directivo, aunque es muy amplio el margen de libertad que la ley confiere a la hora de regular la organización y forma de actuar del Consejo de Administración [cfr. arts. 9.i) y 141 de la Ley de Sociedades Anónimas], ello ha de entenderse no sólo dentro de los límites legales, sino también de los que impone la propia naturaleza de los órganos colegiados, a la que ha de entenderse consustancial el principio de formación de la voluntad por acuerdo mayoritario. Y aún cuando el principio de mayoría absoluta que la Ley establece (cfr. art. 140 de la Ley de Sociedades Anónimas) es susceptible de reforzarse en base a aquella libertad de autorregulación, soluciones como la unanimidad o el derecho de veto no son coherentes con aquella naturaleza, e incluso ha de entenderse que han sido implícitamente descartadas por el propio legislador al proscribir la antigua figura del Consejo de dos miembros, y admitir como único supuesto de actuación conjunta, el de dos Administradores mancomunados (cfr. Resolución de 10 de noviembre de 1993). De igual forma, cabe señalar que la exigencia de unanimidad choca con el principio de unicidad del órgano de administración (cfr. art. 124 del Reglamento del Re-

gistro Mercantil), pues de admitirse la unanimidad prácticamente se crearía para determinados acuerdos un sistema de administración mancomunada.

Estos razonamientos impiden admitir la atribución estatutaria de un derecho de veto a cualquiera de los miembros del Consejo —pues no otra cosa representa la exigencia de unanimidad para la adopción del acuerdo—, al constituir una contradicción del principio legal que impone la adopción de los acuerdos del Consejo de Administración por mayoría de sus miembros (art. 140 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Esta Dirección General acuerda estimar el recurso interpuesto en cuanto al primer defecto recurrido; estimarlo parcialmente en cuanto al segundo defecto en los términos de las anteriores consideraciones, anulando parcialmente en estos mismos términos el acuerdo y la nota del Registrador, y desestimarlo en cuanto al tercero, respecto del cual se confirma íntegramente la nota y el acuerdo.

Madrid, 25 de abril de 1997.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Sr. Registrador Mercantil de Cuenca.

COMENTARIO

Los defectos que se discuten en el recurso que motiva la Resolución objeto del presente comentario son tres, pero pueden estudiarse divididos en dos partes. Un primer grupo consiste en la negativa por parte del Registrador a inscribir dos cláusulas estatutarias, *«en tanto no se especifique debidamente su relevancia meramente interna»* y que son del tenor siguiente:

Artículo 18, letra f): «Es competencia privativa de la Junta general: Aportar, vender, hipotecar y ceder la totalidad de los bienes, derechos y acciones de la sociedad».

Artículo 19: viene a exigir un quórum reforzado para que la Junta pueda acordar determinados actos, tales como: «1.º Concesión de exclusivas o monopolios de los productos relacionados con el objeto social. 2.º Venta, arrendamiento, cesión y demás actos de disposición, en todo o en parte, de los bienes afectos al objeto social. 3.º Conceder tratos de favor a persona alguna por cualquier concepto.»

En cuanto al otro defecto, consiste en la exigencia de que determinados acuerdos del Consejo de Administración sean adoptados por unanimidad y que sólo muy brevemente comentaremos, puesto que se trata de una cuestión ya resuelta, en términos absolutamente categóricos, por otras Resoluciones anteriores.

1. LIMITACIONES ESTATUTARIAS DE LAS FACULTADES DISPOSITIVAS DE LOS ADMINISTRADORES

1. INTRODUCCION: Aunque la argumentación de la presente Resolución ha razonado separadamente cada uno de los dos defectos relativos a limitación de facultades, nos vamos a permitir formular un comentario común a ambos, puesto que su fundamento es idéntico.

Ante todo hemos de manifestar los reparos que nos suscita la doctrina contenida en este punto de la Resolución, que carece de precedentes en el actual Derecho español de sociedades, se halla en flagrante contradicción con las Directivas de la CEE en materia de representación y extensión de las facultades de los órganos sociales e incluso con otras muchas Resoluciones anteriores sobre la misma materia. Si esta doctrina se mantiene a partir de ahora va a suponer un serio lastre para la fluidez e incluso —luego volveremos sobre ello— para la propia seguridad del tráfico jurídico.

Los efectos perturbadores que conlleva el haber admitido la limitación estatutaria de las facultades de los administradores empiezan a dejarse sentir en los Registros Mercantiles, a los que están empezando a llegar, con alarmante frecuencia, escrituras de enajenación o disposición de bienes inmuebles para que se extienda nota, certificación o informe relativo a la suficiencia de facultades del administrador o administradores intervinientes, o también escrituras de concesión o ampliación de facultades especiales a favor de los mismos, para zanjar las dudas que ahora surgen a cada paso acerca de la extensión que ha de atribuirse a la representación de que están investidos.

Pensando en tranquilizar los ánimos, tanto de los particulares como de los compañeros que han de calificar las escrituras que reflejen actos de disposición sobre inmuebles pertenecientes a sociedades, conviene que advirtamos dos cosas: primera, que será extraordinariamente raro que hallemos inscrita en los Registros Mercantiles cualquier tipo de limitación de las facultades de los administradores que no precise claramente su alcance meramente interno y, por tanto, su carencia de efectos frente a terceros; en segundo lugar, aunque alguna hubiese escapado de la calificación del Registrador, sus efectos serían completamente inocuos, por el juego del artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas y, sobre todo, del artículo 9 de la Primera Directiva de la CEE en materia de Sociedades.

Existen otros argumentos reveladores de la actual carencia de efectos de este tipo de restricciones, a pesar de lo cual conviene, desde luego, evitar su acceso al Registro Mercantil para evitar los efectos perturbadores que pueda producir su apariencia de validez. Vamos a examinarlos simultáneamente:

A. El objeto social y el poder de disposición de los administradores: Se empieza por afirmar, retomando la antigua doctrina que ha venido sentando el Centro Directivo desde hace muchos años, que el objeto social marca el límite, tanto en lo mínimo como en lo máximo, de las facultades de los administradores, etc. No habrá nada que objetar a esta doctrina si —como exigía el Registrador— se hubiera precisado debidamente en los Estatutos el alcance meramente interno de ciertas limitaciones específicas que se han impuesto a las facultades representativas del administrador, al quedar reservadas exclusivamente a favor de la Junta. El hecho de que se publiquen en el Registro no les va a privar de ese carácter interno, por dos razones:

1.º Por la disposición del artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas, que a su vez es trasunto del artículo 9 de la Primera Directiva CEE en materia de sociedades, y cuyo contenido normativo es tajante. El artículo 129 no acierta a reflejar correctamente la Directiva, puesto que ésta concibe las facultades de los administradores con una amplitud que resulta puesta en entredicho por el párrafo segundo del citado artículo 129, que introduce esa figura del *«tercero que obra de buena fe y sin culpa grave»* como excepción o elemento perturbador en la finalidad de objetivación de la representación orgánica que

trata de implantar la Directiva. Vamos a comparar ambos preceptos para formarnos un criterio acerca de sus diferencias, teniendo en cuenta que, en todo caso, ha de prevalecer lo dispuesto en la Directiva:

Artículo 129 LSA... Ambito de la representación: 1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los Administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.

2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social.

El artículo 9 de la Directiva dice lo siguiente:

1. La sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si estos actos no corresponden al objeto social de esta sociedad, a menos que dichos actos excedan los poderes que la Ley atribuya o permita atribuir a estos órganos.

No obstante, los estados miembros podrán prever que la sociedad no quedará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social, si demuestra que el tercero sabía que el acto excedía este objeto o no podía ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los estatutos sea suficiente para constituir esta prueba.

2. Las limitaciones a los poderes de los órganos de la sociedad, resultantes de los órganos competentes, no se podrán oponer frente a terceros, incluso si se hubieran publicado.

Hay que advertir que estas diferencias de enfoque entre ambas normas no privan a la de origen comunitario de un ápice de su eficacia, puesto que todas las autoridades y funcionarios (jurisdiccionales o de cualquier otro orden) de los países miembros de la CEE están obligados a interpretar su derecho nacional de la forma más favorable que sea posible para el cumplimiento de los fines determinados en las Directivas Comunitarias. Así lo establece claramente una Jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de la que citamos la Sentencia de 13 de noviembre de 1990... *«al aplicar el derecho nacional, ya se trate de disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, la jurisdicción nacional llamada a interpretarlas está obligada a hacerlo, en la medida de lo posible, a la luz del texto y de la finalidad de la Directiva para alcanzar el resultado perseguido por ésta...»*.

2.º Por la propia estructura actual de la publicidad del Registro Mercantil en su aspecto material: El efecto negativo de la publicidad registral mercantil, en contra del tercero, se limita a lo publicado en el **BORME**. Al tercero de buena fe sólo le son oponibles (art. 21 del Código de Comercio) los actos sujetos a inscripción y solamente desde el momento de su publicación en el **BORME**. Estas anómalas limitaciones de facultades —aunque se inscriban— no pueden publicarse en dicho Boletín, no estando siquiera prevista la forma de hacerlo, de modo que el tercero sólo puede conocer dos cosas: quién es el administrador y un extracto (porque no siempre hay espacio para publicarlo entero) de las actividades que constituyen el objeto. Sólo estos hechos pueden surtir efectos en perjuicio del tercero y téngase siempre en cuenta que la Directiva citada prohíbe expresamente atribuir a la publicación del objeto

efectos en perjuicio de tercero, al menos en cuanto se refiere a la extensión de la representación de los órganos sociales.

B. La modificación indirecta del objeto social: La Resolución argumenta que, dado el carácter tan específico del objeto social, consistente en la explotación de unos inmuebles concretos y determinados, la realización de actos de disposición sobre los mismos acarrearía una modificación del objeto. Es cierto que a veces ciertos actos de disposición pueden suponer —de modo indirecto— una modificación estructural de la sociedad, pero no lo es que ello haya de estar necesariamente ligado al carácter más o menos específico del objeto. Es la naturaleza del acto de disposición la que puede provocar esa modificación estructural, y cuando ello ocurre, el Registrador va a desplegar sus facultades de control de la legalidad denegando la inscripción del acto sin necesidad de vulnerar la Directiva ni necesitar que en los estatutos se hayan impuesto determinadas limitaciones. Son cosas que funcionan en distinto plano.

En este aspecto son de citar sendas Resoluciones, de 10 de junio y 4 de octubre de 1994, sobre aportación de rama de actividad, efectuada por vía de aumento de capital y sin realizar una escisión. Aunque el Registrador no lo planteó en su nota, la Dirección General señala que estas operaciones, en tanto en cuanto supongan una modificación estructural de la sociedad, requieren el acuerdo de la Junta, no bastando la actuación de los administradores... «es discutible si, en función del volumen de la aportación en relación con el patrimonio de la sociedad aportante, sería preciso el acuerdo de la Junta general, al exceder el acto de la competencia de los administradores... en el presente supuesto, todo posible perjuicio se disipa desde el momento en que los acuerdos son adoptados en sendas Juntas universales con el voto unánime de todos los socios...».

Después de estas Resoluciones queda perfectamente claro que a la hora de inscribir un acto dispositivo de esta naturaleza, debido al juego del artículo 383 del Reglamento Hipotecario, será previa la calificación —en cuanto a la causa del negocio dispositivo— por parte del Registrador Mercantil, y que éste va a exigir siempre el acuerdo de la Junta, lo establezcan o no los Estatutos. Nótese que ello no dependerá del carácter más o menos amplio con que se haya definido el objeto social, ni de la importancia cuantitativa del acto de disposición, sino exclusivamente de la causa del negocio dispositivo; por este motivo decíamos anteriormente que la aplicación de la Directiva en materia de representación es perfectamente compatible con la función calificadora, puesto que deja incólume la extensión con que debe desplegarse ésta según cada Derecho nacional.

En cuanto a los actos de disposición o gravamen que afecten a algún inmueble en concreto, tanto en las Resoluciones que llevamos citadas como en otras muchas que omitimos por no ser más prolijos se establece claramente la doctrina favorable a su realización por el administrador; hasta pensar en la hipótesis de que para la conservación, reparación o mejora de alguno de los inmuebles de la sociedad a que se refiere el recurso fuera necesario constituir hipoteca sobre el edificio. Estos actos entran claramente dentro de las facultades ordinarias de todo administrador y nunca han precisado acuerdo de la Junta, sin que el hecho de figurar la explotación de un hotel, o de cualquier otro inmueble, como caracterizadora del objeto social, altere ni un ápice las facultades innatas del administrador (*vid.* nuevamente la propia Resolución de 3 de octubre de 1994, anteriormente citada).

C. Efectos perturbadores para la seguridad del tráfico jurídico: Aunque redundando con lo anterior, es preciso advertirlo: no tiene ningún sentido admitir restricciones a la libre disponibilidad de los inmuebles si las mismas han de publicarse en un registro distinto del inmobiliario. Aunque en el objeto social se aluda a la explotación de ciertos inmuebles, no se cumple ninguna de las exigencias del Principio de Especialidad, ni pueden cumplirse porque estamos en el Registro Mercantil, y éste es un registro de personas, no de bienes. Entre los muchos obstáculos que se nos ocurren para que la norma estatutaria discutida en este recurso tenga verdadera efectividad práctica nos interesa referirnos a uno: si existen bienes especialmente afectos al desempeño del objeto (1) y se admite que ello pueda condicionar el régimen de disponibilidad de los mismos, sería en el Registro de la Propiedad donde debiera hacerse constar esa afección y sus consecuencias. No vamos a plantearnos ahora ni la posibilidad de llevar esto a término, ni el cómo se puede poner en práctica tal propósito, ni el hecho evidente de que los inmuebles estarán inscritos en el Registro de la Propiedad, a favor de la sociedad, sin más especificaciones; basta considerar que en el texto de la Resolución comentada no se ha planteado siquiera la articulación de algún medio para ello.

Si se pretendiese dar verdadera efectividad a este tipo de restricciones sobre los bienes de las sociedades [sin que tengan reflejo (2) en el Registro de la Propiedad] se estará favoreciendo la creación de cargas o gravámenes ocultos, lo que siempre es indeseable, y provocando en los terceros que resulten perjudicados la necesidad de acudir a los Tribunales para discutir el efectivo alcance de lo que se publica en los Registros Jurídicos, cuando la finalidad de esa publicidad es, precisamente, crear situaciones claras y evitar los litigios.

A nosotros, personalmente, no nos cabe ninguna duda de que el tercero que contrate con la sociedad nunca puede verse afectado por estas restricciones de las facultades representativas del administrador, y si los tribunales españoles no amparan suficientemente a dicho tercero, que se viese eventualmente perjudicado por la apariencia derivada de la publicidad en el Registro Mercantil de estas restricciones de dudosa validez aunque estén inscritas, éste terminará acudiendo a las instituciones comunitarias, con el resultado que es previsible en vista de la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades de 13 de noviembre de 1990 y cuya doctrina no deja lugar a dudas.

Tampoco se comprende, por último, la utilidad de inscribir estas restricciones cuando la finalidad primordial de la publicidad registral mercantil es la protección de los terceros y no la de los socios, razón por la cual la inscripción en este Registro es obligatoria siempre y constitutiva casi siempre. En caso de que una cláusula estatutaria destinada a favorecer a los socios pueda

(1) Todos los bienes de las sociedades están afectos a esta finalidad y no se concibe que una sociedad tenga o posea bienes con otra finalidad distinta. No existe ni puede existir una categoría de bienes especialmente afectos al desempeño del objeto ni a ninguna otra finalidad. Todos forman por igual el acervo social, aunque contablemente existan parcelas de valor (no recayentes sobre ningún bien determinado, sino sobre ese acervo en su totalidad, considerado como universalidad) afectas a determinados fines; v.g.: la reserva legal, la cuenta de capital amortizado, etc. Pero su fundamento nunca reside en la afección de algún bien determinado o concreto.

(2) Ni probablemente exista medio técnicamente adecuado para reflejarlas en dicho Registro.

resultar incompatible con la seguridad del tráfico y la protección de los terceros, la interpretación debe orientarse siempre en el sentido de hacer que prevalezca el interés público sobre el de unos socios que además no responden personalmente con sus bienes de las deudas sociales.

2. VIGENCIA ACTUAL DE LA DOCTRINA DE LOS LLAMADOS «ACTOS NEUTROS». Con anterioridad a la reforma mercantil llevada a cabo por la Ley 19/1989, de 25 de julio, que supuso la recepción en España del Derecho comunitario en materia de sociedades y ha dado lugar a la profunda modificación de todas las leyes reguladoras de las sociedades de capital y del Reglamento del Registro Mercantil, así como de los preceptos del Código de Comercio relativos a dicho Registro, se había planteado frecuentemente, en diversas Resoluciones relativas al Registro de la Propiedad, el problema de la inscripción de ciertos actos relativos a bienes inmuebles realizados por los administradores de las sociedades mercantiles. En dichas decisiones se venía a establecer una doctrina favorable a la inscripción de ciertos actos considerando que solamente aquéllos que resultasen clara y terminantemente contrarios al objeto social escapaban de las facultades propias del administrador, mientras que los que no presentaban esta evidente contradicción (pero tampoco aparecían incluidos *a priori* en el objeto) se admitían, denominándolos «actos neutros».

Para comprender el sentido de esta doctrina debemos hacer un poco de historia: antes de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 prevalecía la caracterización de los administradores sociales como simples mandatarios, que dicha ley vino a superar, estableciendo en su artículo 76 que su representación se extendería a... «todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa». Se dotaba, pues, a los administradores de una representación amplísima y de tipo objetivo, pero no para todo tipo de actos, sino solamente para los propios de la empresa. La determinación de cuáles fueran estos actos no ofrecía ninguna duda cuando los administradores se movieran dentro de la esfera de actividades delimitada por el objeto social de la sociedad, pero como quiera que éste no podía identificarse de modo absoluto con el «giro o tráfico de la empresa», que no se agota con las actividades descritas en el objeto social, ya que surgen frecuentemente actos necesarios para la marcha de la empresa que no se habían previsto al describir el mismo, surge la doctrina de los llamados actos «neutros», entendidos como aquéllos que sin estar comprendidos dentro del objeto social no resultaban claramente opuestos o contrarios al mismo.

A este tipo de actos se ha referido frecuentemente la Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros. La Resolución de 2 de octubre de 1981 caracterizaba así la problemática inherente al mismo... «*actos neutros en donde normalmente no es factible establecer a priori si un determinado acto en su contenido concreto es o no instrumento idóneo para el cumplimiento de la actividad por la que se alcanza el objeto social*» (3).

(3) Esta Resolución de 2 de octubre de 1981 contiene un detenido estudio —con notas de Derecho comparado— del problema de los límites de las facultades representativas de los administradores. Pero antes de querer aplicar al momento actual la doctrina formulada en la misma, téngase en cuenta que el sistema imperante ahora es precisamente el alemán, con arreglo al cual la solución del caso, aquí contemplado, hubiera sido diametralmente opuesta:

«...Considerando que en el segundo defecto se ha de examinar si entre las facultades del consejero-delegado de una sociedad dedicada a la adquisición de terrenos o cons-

Por su parte, las Resoluciones de 12 y 16 de mayo de 1989 establecieron: *«...Resulta de todo ello que el consejero-delegado se halla expresamente facultado para constituir garantías reales (y, por tanto, hipotecas) en favor de terceros si tales actuaciones caen dentro del ámbito definido por el objeto social o son instrumento idóneo para su consecución, y a este respecto debe recordarse la reiterada doctrina de este Centro que para los actos denominados neutros dispo-*

trucción de edificios para explotarlos en forma de arriendo se encuentra la de poder constituir una hipoteca sobre una finca propiedad de la sociedad hipotecante, en garantía de una deuda no propia, sino de otra sociedad, cuestión que lleva primordialmente a la función que desempeña el objeto social como límite de las facultades de los administradores.

Considerando que la materia del objeto social presenta una notable complejidad, ya que entre otras cuestiones ha de tratar de coherente el principio de seguridad del tráfico y la consiguiente protección al tercero de buena fe —que no está en disposición de conocer si un acto está o no incluido dentro del objeto social— con el también principio de defensa del interés social y del interés del socio singular a no ver frustrado el contenido del objeto social, y cuando la salvaguardia plena de ambos principios no es posible se observa que el Derecho comparado muestra una tendencia a adoptar o aproximarse al sistema germánico que da primacía a la protección del tercero y a la seguridad en el tráfico.

Considerando que la escasez de normas que sobre esta materia se contienen en el Derecho español, y que se concreta fundamentalmente en los artículos 286 del Código de Comercio, 76 de la Ley de Sociedades Anónimas y 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ha originado una abundante jurisprudencia de este Centro Directivo que puede resumirse en la siguiente doctrina: *a)* el objeto social ha de estar determinado, pero esta determinación no limita la capacidad de la sociedad, sino las facultades representativas de los administradores; *b)* la ineficacia frente a terceros de cualquier limitación en dichas facultades siempre que se trate de asuntos o actos comprendidos dentro de dicho objeto social; *c)* que los supuestos que integran ese contenido mínimo de facultades pueden ser ampliados por las propias sociedades a otros actos al autorizar el órgano administrativo su realización, ya sea en los propios Estatutos, ya sea por acuerdo del órgano competente para un determinado acto concreto.

Considerando que si bien en el caso en que los actos realizados por los administradores están claramente incluidos dentro del giro y tráfico de la empresa, aparece facilitada la calificación registral, la cuestión ofrece serias dificultades cuando se trata de un acto más que extraño al objeto social de aquéllos que la doctrina conoce con denominación de actos neutros en donde normalmente no es factible establecer *a priori* si un determinado acto en su contenido concreto es o no instrumento idóneo para el cumplimiento de la actividad por la que se alcanza el objeto social.

Considerando que los criterios que se han pretendido observar para determinar de una manera objetiva si el acto se encuentra o no comprendido dentro del objeto social —como podría ser la concreción de dichos actos en los Estatutos sociales y entender que sólo los allí enumerados serían los únicos que pueden llevar a cabo los administradores o el criterio de la exorbitancia del acto en relación a su capital social— no pueden ser tenidos en cuenta de una manera absoluta por el Registrador, sino como un indicio o factor más a tener presente en la calificación, ya que por anticipado es imposible prevenir en unos Estatutos todos los actos que pueden ser necesarios para el logro del objeto social, y tampoco el criterio cuantitativo delimita en términos absolutos esta cuestión; por todo lo cual, y teniendo en cuenta además —art. 3.1.º del Código Civil— que las normas se han de interpretar con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo a su espíritu y finalidad y que esta realidad nos muestra una universal tendencia a proteger el tráfico mercantil, lo que unido a que, como ya se ha indicado, no es la clase de acto en sí mismo lo que ha de tenerse en cuenta para saber si está o no comprendido dentro del ámbito del giro o tráfico de la empresa, hay

ne su inscripción, salvo contradicción clara con el objeto social y sin perjuicio del derecho de los interesados para discutir ante los Tribunales acerca de la validez del acto por extralimitación de las facultades de los Administradores, en virtud de elementos o medios probatorios que trascienden a la calificación registral...»

Estas teorías, destinadas a facilitar el tráfico de la empresa mercantil y ampliar el poder de representación de los administradores presentaban el inconveniente de acarrear cierta inseguridad, ya que los actos realizados por el administrador podían ser revocados a instancia de la sociedad, pero la formulación del artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 no permitía ir más allá a la hora de objetivar la representación de los órganos sociales. Sin embargo, el texto actual de dicha Ley, y sobre todo la primera Directiva CEE, han dado al traste de modo definitivo con esta doctrina, que ha quedado totalmente superada.

En el sistema de la Ley de 1951 el objeto social marcaba el límite «mínimo y máximo» del poder de representación de los administradores, existiendo el sistema de los actos neutros, complementarios y colaterales a modo de válvula de escape a través de la cual se podía dar salida a los casos dudosos.

En el Régimen implantado por la Ley 19/1989, la representación del administrador no está condicionada por el objeto social, excepto a efectos puramente internos. De cara a los terceros, no cabe plantearse ningún problema en torno a la suficiencia de las facultades del administrador, cuya representación se extiende a todos los actos que realice en nombre de la sociedad, sin necesidad de tener en cuenta para nada la cláusula estatutaria relativa al objeto social.

que concluir que ponderados todos los factores, y salvo que el acto sea claramente contrario al objeto social, habrá en principio de procederse a su inscripción.

Considerando que todo lo expuesto anteriormente no significa que a la regulación estatutaria del objeto social se le atribuya un alcance meramente interno, como sucede en el Derecho alemán y en la mayoría de los Derechos europeos, en el sentido de que los administradores que hubieren desatendido o se hayan extralimitado en su función serían responsables por los daños ocasionados a la sociedad al ejercer una actitud extraña al objeto social, y sin que afectara para nada su actuación a la validez del acto, pues en la legislación española en vigor, aparte la acción de responsabilidad establecida en el artículo 80 de la Ley, cabe a las partes contender y discutir ante los Tribunales acerca de si el acto fue o no realizado *ultra vires* por los administradores al disponerse de una serie de medios de prueba y elementos de juicio de que se carece al realizar la función calificadora, y que en consecuencia quepa que sea declarada su nulidad.

Considerando que en el caso de este expediente puede el Consejo de Administración, con arreglo al artículo 20 de los Estatutos, prestar los afianzamientos o avales que puedan ser necesarios para el cumplimiento del objeto social, lo que no resuelve en concreto la cuestión, que queda sometida a toda la problemática y dificultades ya señaladas, y aun cuando esté autorizado a hipotecar, según el apartado g) del mismo artículo, tal facultad hay que relacionarla con el más singular precepto estatutario del artículo 2, en el que tras establecer que el objeto exclusivo de la sociedad es la adquisición o construcción de fincas urbanas, se indica que accidentalmente pueda la sociedad enajenar inmuebles sin modificar los Estatutos y por simple acuerdo de la Junta general, por lo que al envolver la hipoteca una posible enajenación forzosa del inmueble, hay que entenderla incluida dentro de los actos que necesitan este previo acuerdo social en tanto no se modifiquen los Estatutos para adecuarlos a la nueva realidad surgida tras la entrada en vigor del Decreto de 25 de febrero de 1977...»

Llama poderosamente la atención, por tanto, que todavía existan dudas a este respecto. Probablemente la más significativa de entre las Resoluciones actuales, relativas al Registro de la Propiedad, en las que se toca el tema de las facultades de los administradores en relación con el objeto social de las entidades mercantiles, sea la de 3 de octubre de 1994, pero también vale la pena examinar otras, como la de 11 de noviembre de 1991, y sobre todo, compararlas con las relativas al Registro Mercantil, también posteriores a 1990, año que podemos considerar como de la recepción del Derecho comunitario europeo.

Resolución de 11 de noviembre de 1991: «...El presente recurso se debate sobre la inscripción de la compraventa de un inmueble... efectuada bajo el imperio de la anterior Ley en favor de una Sociedad Limitada que actúa representada por su administrador único... En la escritura correspondiente no se expresa el objeto social de la Entidad compradora... si bien es cierto que el objeto social constituye el punto de referencia obligado para determinar el límite del poder de representación de los administradores; los medios que éstos pueden utilizar no tienen más límites que los derivados de la Ley, la moral y el orden público...

...procede acceder a la inscripción del acto... toda vez que, *a priori*, no cabe determinar si está no dentro de las facultades conferidas, no sin advertir al fedatario —y más tras la reforma realizada en esta materia con posterioridad al otorgamiento de la escritura discutida—, la utilidad y conveniencia de expresar el objeto social o la autorización de la Junta —que en este caso existía— en los documentos que sobre esta materia autorice por la trascendencia que el acto puede tener, si no en orden a su inscripción, al menos en cuanto a liberar de responsabilidad al administrador, si surgiese cuestión sobre ello...

Resolución de 3 de octubre de 1994: «1. En el presente recurso se debate exclusivamente sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, otorgada en representación de la sociedad prestataria e hipotecante por el administrador único con cargo vigente e inscrito en el Registro Mercantil, lo cual queda debidamente acreditado en el título calificado. El Registrador suspende la inscripción por no acreditarse las facultades del representante de la entidad prestataria para tomar dinero a préstamo.

2. Si se tiene en cuenta: *a)* que por determinación legal el ámbito de representación del administrador de una sociedad anónima se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social (*vid.* art. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas); *b)* que como ya declarara esta Dirección General (*vid.* Resolución de 11 de noviembre de 1991) es muy difícil apreciar *a priori* si un determinado acto queda incluido o no en ese ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad (toda vez que la conexión entre aquél y el objeto social tiene en algún aspecto matices subjetivos —sólo conocidos por el administrador—, participa en muchas ocasiones del factor riesgo implícito en los negocios mercantiles y suele precisar del conveniente sigilo para no hacer ineficaces, por públicas, determinadas decisiones empresariales que pretenden por medios indirectos resultados negociales propios del objeto social), hasta el punto que ni siquiera puede hacerse recaer en el tercero la carga de interpretar la conexión entre el acto que va a realizar y el objeto social redactado unilateralmente por la otra parte contratante; *c)* que es doctrina consagrada en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las Resoluciones de este Centro Directivo (*vid.* Sentencias de 14 de mayo de 1984, 24 de noviembre de 1989 y Resoluciones de 1 de julio de 1976, 2 de octubre de 1981, 31 de marzo de 1986 y 12 de mayo

de 1989) la de la inclusión en el ámbito del poder de representación de los administradores no sólo los actos de desarrollo o ejecución del objeto social, sea en forma directa o indirecta, y los complementarios o auxiliares para ello, sino también los neutros o polivalentes y los aparentemente no conectados con el objeto social, quedando excluidos únicamente no los actos ajenos al objeto mismo, sino los claramente contrarios a él, esto es, los contradictorios o denegatorios del mismo; d) que en el acto ahora cuestionado —tomar dinero a préstamo con garantía hipotecaria— no concurre ninguna circunstancia que permita apreciar su inequívoca contradicción con el objeto social, sino que, por el contrario, se trata de una de esas actuaciones que la doctrina ha dado en calificar de neutros o polivalentes; deberá concluirse en la procedencia de la inscripción cuestionada, todo ello sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador la responsabilidad procedente si su actuación estuviese desconectada del objeto social, o incluso la anulación si concurriesen los requisitos necesarios (art. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Por todo ello esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto revocando el Auto apelado.»

En todas estas Resoluciones se continúa insistiendo en la doctrina tradicional: el objeto social marca los límites, mínimo y máximo, del poder de representación de los administradores. Lo cierto es que se ha llegado siempre a la solución correcta: autorizar la inscripción del acto, razonando que normalmente se trata de actos neutros, o al menos, no contrarios al objeto social (o dicho de otro modo: que *a priori* no permiten al Registrador pronunciarse acerca de esa contradicción), pero con ello se está haciendo uso de una vía argumental que —después de la promulgación de la Ley 19/1989— se me antoja equivocada y, lo que es peor, que no deja muy bien parada a la función calificadora del Registrador por las siguientes razones:

1. La argumentación es discutible en el sentido de que juega con la vieja doctrina del acto neutro y no tiene en cuenta la normativa vigente al tiempo de resolver el caso discutido. Sin perjuicio de volver sobre este punto más adelante, hago hincapié ahora en que, sobre todo la citada Resolución de 3 de octubre de 1994, no aplica el tantas veces citado artículo 9 de la Primera Directiva del Consejo 68/151/CEE, de 9 de marzo de 1968; ni el propio artículo 129 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, y se pierde en una serie de disquisiciones acerca de la dificultad de hallar la conexión del acto dispositivo con el objeto social. A mi juicio, es en estas normas donde está la solución de todo lo que se discute, y con su aplicación sobran el resto de los argumentos.

2. No sale muy bien parada la calificación —y reflejamente la propia Institución Registral— porque según estas Resoluciones cuando se afronta el problema de los actos del administrador que «*no parecen estar comprendidos en el objeto*», al Registrador le resulta imposible apreciar estas circunstancias, dadas las limitaciones en que se mueve —en cuanto a la *cognitio* de los hechos— la calificación registral, y en vista de ello, lo que debe hacer es inscribir a expensas de la eventual invalidez del acto dispositivo. Esto es insostenible hoy en día y hay que decirlo claramente: con todo esto se está tergiversando la antigua doctrina del llamado «acto neutro», hurtando además la aplicación de normas de elevado contenido registral (el art. 9 de la Directiva y el 129 de la Ley de Sociedades Anónimas), creando con ello una falsa impresión de que el Registro de la Propiedad puede llenarse impunemente de actos dispositivos de dudosa

validez cuando lo que resulta de la Directiva y del artículo 129 es todo lo contrario: son actos perfectamente válidos mientras la sociedad no demuestre dos cosas (que son casi imposibles de probar en la práctica): que el tercero conocía la finalidad contraria al objeto social que tenía el acto realizado por el administrador y que había mala fe y culpa grave por su parte.

Mucho más se puede decir de todo esto, pero esta vez no quisiera ser prolijo con los precedentes jurisprudenciales, los cuales están, por otra parte, bastante desenfocados desde el punto de vista estrictamente registral a causa del cambio legislativo operado en 1990. Prefiero enunciar una tesis: las doctrinas acerca de los actos llamados «neutros» que formulaba la Dirección General antes de la citada reforma legal eran perfectamente válidas en su época, porque no había otro instrumento que permitiera conciliar una razonable fluidez del tráfico jurídico con la deseable seguridad de los derechos inscritos que no fuera ese juego de presunciones en que se basaba aquella doctrina del acto neutro. Hoy en día cuando hay preceptos que establecen de forma clara y tajante que todos los actos que realice el administrador obligan a la sociedad, aunque resulte del objeto social publicado por el Registro que dichos actos están claramente fuera del mismo no se puede seguir apelando a la doctrina del acto neutro en sede registral, porque sólo conduce a devaluar la Institución y la función calificadora.

A mayor abundamiento, esta doctrina hoy superada se está aplicando *a fortiori*; las Resoluciones que cito en este trabajo entran a veces en prolijas disquisiciones acerca de pretendidas deficiencias del sistema registral a la hora de controlar la seguridad del tráfico jurídico. Lo cierto es que obstinarse en mantener actualmente aquella doctrina (hoy muerta e innecesaria), supone extralimitar de tal modo los supuestos para los que tuvo sentido aplicarla que se le hace perder su carácter excepcional, convirtiendo en axioma lo que la prudencia de los redactores anteriores a 1990 formuló como solución para casos excepcionales en que existía una laguna legal que hoy, desde la Directiva citada, ha dejado de existir.

Es lamentable que hoy, después de que la reforma de 1990 lleva varios años en aplicación, vengamos arrastrando todavía en el Derecho registral mercantil el viejo problema de que nos falte soporte dogmático para injertarlo de una vez en los sistemas registrales de corte germánico. El peso de una Doctrina tradicionalmente contraria al carácter jurídico del Registro Mercantil se deja sentir todavía en los modos de interpretar las leyes. El artículo 9 de la Directiva ha sido criticado por algunos sectores de la doctrina como una imposición alemana, poniendo en tela de juicio su aplicación práctica en nuestro país sin tener en cuenta su carácter imperativo para todos los Estados miembros de la CEE y para quienes hemos de aplicar las leyes.

Hoy en día, sin embargo, también existen autores con otros puntos de vista; nuestro país se ha incorporado al sistema europeo y, guste a todos o no, hemos asistido al nacimiento de un Registro Mercantil verdaderamente técnico y que aspira a llegar a serlo tanto como lo es el de la Propiedad, considerado por muchos como uno de los más perfectos de Europa; por eso me atrevo a insistir en este comentario y a poner reparos a decisiones regresivas como la que ahora lo motiva.

3. ORIENTACION GERMANISTA DEL REGISTRO MERCANTIL ACTUAL: Un Registro de carácter técnico tiene que inspirarse en los principios germanistas, como en su día lo hizo el de la Propiedad; nada hay más técnico,

desde el punto de vista registral, que la objetivación de la representación mercantil, de marcado corte germánico. De estos sistemas es fiel reflejo el artículo 9 de la Directiva, a tenor del cual los administradores gozan de una representación ilimitada: al tercero le basta comprobar que contrata con el representante de la sociedad para sentirse seguro. No se trata de una presunción, sino de una norma imperativa: si el administrador se extralimita incurrirá en responsabilidad ante la sociedad y ante los socios, representados por el consejo de vigilancia, pero la validez del acto es indiscutible de cara al tercero que contrató con dicho administrador, y éste es exactamente el mismo sistema que rige en España y en el resto de la Europa comunitaria.

Es de suma importancia resaltar este extremo: La protección otorgada al tercero es indiscutible y se abstrae por completo del contenido de la cláusula estatutaria relativa al objeto social. Por tanto, hoy en día carece totalmente de sentido seguir planteándose aquella problemática del acto neutro: la única posibilidad de anulación es la prueba, por parte de la sociedad, de que hubo mala fe por parte de dicho tercero, y en connivencia con el administrador; con la importante limitación, además, de que el solo hecho de resultar contrario dicho acto al objeto social inscrito (*Rectius*: publicado en el *BORME*) no constituye por sí solo esa prueba.

Saliendo al paso de las críticas que pueda merecer este sistema, por los excesos o abusos en que pueden incurrir los administradores, hay que recordar que en el ámbito mercantil siempre ha sido tradicional la objetivación de la representación y siempre ha prevalecido la seguridad del tráfico sobre la del Derecho (cfr. arts. 85 y 324 del Código de Comercio). Por otra parte, la disyuntiva en este caso sería hacer recaer sobre los terceros las consecuencias de una actuación abusiva por parte del administrador y no encontramos argumentos que lo justifiquen, si queremos mantener un mínimo de fluidez en el tráfico. Los socios que no responden personalmente de las deudas sociales y son los únicos responsables de haber elegido al administrador, no merecen mayor protección que los terceros que contratan con él fiados en esa representación amplísima y no susceptible de limitaciones que le atribuyen las leyes en la Europa comunitaria.

En conclusión, para asegurarse (4) de la validez de los actos dispositivos recaentes sobre bienes inscritos a favor de una sociedad mercantil, basta acreditar que actúa representada por su administrador.

Finalmente, debemos aclarar que para el despliegue de esta protección no hay necesidad de hacer referencia al objeto social de la sociedad; la Resolución de 11 de noviembre de 1991 (relativa al Registro de la Propiedad), que en sentido puramente admonitivo indica al Notario la conveniencia de hacer constar el objeto social, no tiene más valor, en este aspecto, que el de formular una benévola advertencia al mismo: que se asegure de que el adquirente conoce el objeto social, previendo la eventualidad de que se interponga alguna demanda de nulidad, porque en caso contrario el Notario sí que podría haber incurrido (5) en responsabilidad. El Registrador de la Propiedad no puede ni debe

(4) En este concepto de representación y poder de disposición *a priori*.

(5) En efecto, como es sabido, en el sistema del Notariado Latino el fedatario no se limita a identificar las firmas de los otorgantes, sino que debe asegurarse de la capacidad, representación, etc., y debe también asesorar a éstos (función primordial que siempre reivindica nuestro Notariado). Pues bien, si la Directiva —y sobre todo el art. 129

entrar en indagaciones acerca de la buena fe de las partes y por eso no necesita siquiera conocer el objeto social (no lo va a publicar como parte del asiento que refleja el acto dispositivo), pero esto no es una limitación de sus facultades calificadoras ni una deficiencia de la institución registral; es consecuencia de la apariencia de validez de que dota al acto el hecho de la intervención notarial; lo mismo que el juicio de capacidad o la identificación de las partes o la autenticidad de la fecha.

En este sentido comprendo y hasta justifico ciertas dudas y vacilaciones que percibo en las Resoluciones del Registro de la Propiedad, porque esa objetivación absoluta de la representación parece invocar sistemas abstractos que se compaginan muy mal con la concepción causalista del negocio jurídico que nuestro sistema hipotecario ha sabido mantener. La interpretación de esta norma comunitaria debe ser manejada con suma cautela, porque no se debe excluir *a priori* que existen supuestos en que la contradicción con el objeto social pueda ser notoria, obligando al Registrador a formular una calificación negativa, y más adelante volveremos sobre ello; sólo quiero resaltar, por ahora, que la aplicación de la Directiva es perfectamente compatible con la calificación de la causa del negocio dispositivo, y que la objetivación de la representación no excluye ni limita en modo alguno las facultades del Registrador para juzgar de la licitud de aquél.

Había mencionado anteriormente mi opinión de que la norma de la Directiva tiene un elevado contenido registral porque evita la necesidad de hacer averiguaciones más o menos aventuradas acerca de la finalidad del acto dispositivo que realiza el administrador y de su conexión con el objeto social. En este sentido, la Resolución de 3 de octubre de 1994 enunciaba un razonamiento muy sensato: no puede hacerse recaer en el tercero la carga de interpretar la conexión entre el acto que va a realizar [el administrador] y el objeto social..., pero es que esto es justamente lo que dice la Directiva: las limitaciones de las facultades dispositivas del administrador que eventualmente resulten de las cláusulas estatutarias tienen siempre un alcance puramente interno.

Finalmente, quiero terminar este trabajo con dos observaciones que prueban cómo en otras ocasiones se aplica el régimen de objetivación de la representación sin reticencias ni temores de ninguna especie:

1. El vigente Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, ha prohibido terminantemente que se inscriban las enumeraciones de facultades del órgano de administración que sean consignadas en los estatutos. Se considera que las mismas son superfluas e inducen a confusión acerca de las verdaderas facultades de dicho órgano.

2. Con anterioridad a la que motiva este comentario se han dictado numerosas Resoluciones relativas al Registro Mercantil que han obligado a pre-

de la Ley de Sociedades Anónimas— admite la posibilidad de que el tercero pierda su protección en caso de probarse que conocía la contradicción entre el acto celebrado y el objeto social, «con culpa grave»... parece que, por lo menos el Notario, para poder cumplir su deber de asesoramiento debe asegurarse de que dicho tercero conoce efectivamente el objeto social. Lo lógico, por tanto, es que refleje en la escritura dicho objeto y la circunstancia de habérselo dado a conocer a dicho tercero, ya que, de lo contrario, podría incurrir en responsabilidad por no haber examinado y advertido de dicha contradicción. Por este motivo, la Resolución de 11 de noviembre de 1991 le advierte de la conveniencia de recogerlo en el título.

cisar el alcance meramente interno de las cláusulas estatutarias limitativas de las facultades de los administradores, considerando esta precisión como *condictio sine qua non* para permitir el acceso al Registro de dichos estatutos, o incluso llegando a rechazarlos de plano por inducir a confusión en ese sentido.

Nos limitamos a recoger las Resoluciones posteriores a la entrada en vigor de la Ley 19/1989, de 25 de julio:

Resolución de 11 de marzo de 1992: «...Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, que se inicia en la Resolución de 24 de febrero de 1923 y se refuerza en las restantes citadas en los Vistos hasta llegar a la de 11 de noviembre del pasado año, que el Consejo de Administración, y en este caso por delegación el Comité ejecutivo, es el único órgano externo de la sociedad que la dirige, gobierna y representa con extensas facultades, y por eso las limitaciones estatutarias sólo producen límites internos que se traducen en responsabilidad de los Administradores frente a la sociedad y no perjudican a tercero de buena fe cuando aquéllos sobrepasan tales límites; artículos 76 LSA de 1951 y 129.1 de la vigente...»

Resolución de 8 de junio de 1992, rectificada por la de 1 de septiembre de 1992: La primitiva resolución consideraba que la autorización a los administradores para «participar en otras sociedades constituidas o en período de constitución» supone un desarrollo indirecto del objeto que genera confusión e indeterminación y, por consiguiente, no es inscribible. La rectificación afirmó que no hay tal desarrollo indirecto del objeto y, por tanto, puede inscribirse la cláusula... «La suscripción o posterior adquisición por una sociedad anónima de acciones o participaciones sociales de una entidad que tenga un objeto social diferente no implica necesariamente para aquélla una actuación ajena a su objeto social...»

Resoluciones de 13, 14 y 15 de octubre de 1992: «...La previsión estatutaria de la necesidad de autorización de la Junta para el otorgamiento de poderes por el administrador no sólo carece de eficacia al objeto de excluir la plena validez de los que sin ella puedan otorgarse, sino que debe ser excluida del Registro en tanto no se precise debidamente el alcance meramente interno de la necesidad de tal autorización...»

Resolución de 12 de julio de 1993: Se estipula en los estatutos que para la enajenación y gravamen de inmuebles se precisa acuerdo de la Junta general. Se deniega su inscripción... «Si se tiene en cuenta que en las hipótesis de pluralidad de administradores solidarios el poder de representación corresponde, por ministerio de la ley, a cada uno de aquéllos individualmente, quedando excluida de la autonomía de la voluntad la alteración de este esquema legal..., deberá rechazarse el acceso registral de la cláusula debatida en tanto en ella no se precise debidamente el alcance meramente interno de esta necesidad de autorización de la Junta para los actos cuestionados...»

II. LOS ACUERDOS DE LOS ORGANOS COLEGIADOS Y EL REGIMEN DE UNANIMIDAD

La exigencia contenida en los estatutos sociales de que los acuerdos de los órganos colegiados de las sociedades, ya se trate de la Junta de socios, el Consejo de Administración o cualquier otro órgano social de carácter colegia-

do que pudiera existir, se adopten por unanimidad, es contraria a la naturaleza de dichos órganos; atribuye un inadmisibles derecho de veto a todos y cada uno de sus miembros, a los que basta con abstenerse, o incluso con no acudir a la reunión, para bloquear cualquier decisión del órgano, y, en definitiva, determina la absoluta inoperancia de tales órganos en contra de uno de los principios configuradores de las sociedades de capital: el principio mayoritario, orientado precisamente a evitar la paralización de los órganos, con la consiguiente necesidad de disolver la sociedad.

La Jurisprudencia de la Dirección General ha sido categórica al manifestar su rechazo contra la pretensión de imponer cualquier régimen de unanimidad para la adopción de los acuerdos de los órganos colegiados, considerándola como el límite a la facultad de elevar estatutariamente los quórumos o mayorías.

La más significativa de las Resoluciones dictadas en este sentido fue la de 15 de abril de 1991, cuya brevedad nos autoriza a transcribir íntegramente sus fundamentos: *«1. En el supuesto contemplado se debate en torno a la admisibilidad en una sociedad anónima de la cláusula estatutaria en cuya virtud la realización de determinadas actuaciones por el Consejo de Administración (prestación de avales, fianzas o garantías que afecten al patrimonio de la sociedad, o para comprar o vender inmuebles) queda sujeta al acuerdo unánime de la Junta general de accionistas. El Registrador deniega la inscripción por ser contrario a la naturaleza de los órganos colegiados la adopción de acuerdos por unanimidad.*

2. Debe confirmarse el criterio denegatorio del Registrador toda vez que la cláusula en cuestión, aun cuando no impone el voto favorable de todos los socios (sino exclusivamente el de los asistentes a la reunión) implica, en definitiva, la atribución, a cada uno de ellos, de un derecho de veto que contraría abiertamente un principio básico en la organización y funcionamiento de la sociedad anónima, cual es el de adopción de sus acuerdos por mayoría, principio fundado en la misma esencia y características de este tipo social, que viene confirmado en su regulación legal (vid. arts. 48 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, 93 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y Resolución de 11 de marzo de 1980) y que no queda desvirtuado por el reconocimiento legal de la posibilidad de reforzar, en los casos que la ley determina, las mayorías tipificadas (vid. art. 103.3 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), pues por propia definición tal reforzamiento presupone su subsistencia.»

También se formula una doctrina contraria a la unanimidad en la Resolución de 9 de mayo de 1991, señalando que no cabe exigirla para reducir el capital social a cero por consecuencia de pérdidas, razonando que el pretendido derecho del socio a permanecer en la sociedad mientras subsista no puede llevar a desconocer la imposibilidad legal de subsistencia si el capital no es reintegrado en la medida fijada por la Ley... *«Además, exigir la unanimidad supondría conceder a cada socio un derecho de veto a la continuación voluntaria de la sociedad acordada por el 80 por 100 del capital...»*

JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA
Registrador Mercantil de Barcelona

SUPRIMIDA EN EL ACTUAL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL LA NORMA DEL ARTICULO 68 DEL ANTERIOR QUE DECLARABA OBLIGATORIA TAL INSCRIPCION PREVIA, SON VALIDAS LAS ACTUACIONES JURIDICAS QUE EN NOMBRE DE LA S.A. REALICE EL ADMINISTRADOR DESDE LA ACEPTACION DEL CARGO VALIDAMENTE CONFERIDO (ART. 125 LEY S.A.), POR LO QUE EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE INSCRIBIR NO AFECTA A LA VALIDEZ Y EFICACIA DEL ACTO REALIZADO EN REPRESENTACION DE LA SOCIEDAD. (RESOLUCIÓN DE 17 DE DICIEMBRE DE 1997. BOE DE 17 DE FEBRERO DE 1998.)

RESOLUCION de 17 de diciembre de 1997, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Enrique Alameda Ureña, en representación de «Aro Corporación, Sociedad Anónima», contra la negativa de don Manuel López-Barajas García-Valdecasas, Registrador de la Propiedad número 1 de Marbella, a inscribir una escritura de dación en pago y otra de cancelación de hipoteca en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Enrique Alameda Ureña, en representación de «Aro Corporación, Sociedad Anónima», contra la negativa de don Manuel López-Barajas García-Valdecasas, Registrador de la Propiedad número 1 de Marbella, a inscribir una escritura de dación en pago y otra de cancelación de hipoteca en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. «Promotora Corona, Sociedad Anónima» llevó a cabo una emisión de 25 obligaciones hipotecarias al portador, de 1.750.000 pesetas cada una, según escritura de 30 de octubre de 1987, autorizada por el Notario de Madrid don Jesús Franch Valverde, que fue modificada ante el mismo Notario el 15 de febrero de 1998. Llegado su vencimiento y estando dichas obligaciones hipotecarias en poder de «Aro Corporación, Sociedad Anónima», se otorgó en 8 de junio de 1990 y ante el Notario de Benalmádena, don Francisco José Torres Agea, escritura de dación en pago (número 2622 de su protocolo), por la que la primera sociedad, representada por su Administrador único, don Victorio de Gennaro, designado en escritura autorizada el mismo día y ante el mismo Notario número 2621, transmitía una serie de fincas a la sociedad tenedora de las obligaciones, y en esa misma fecha —número 2623— se otorgaba también ante el mismo Notario escritura de cancelación de hipoteca en garantía de las obligaciones emitidas que gravaban las fincas transmitidas. La escritura de nombramiento de Administrador aparece presentada en el Registro Mercantil de Madrid el 21 de noviembre de 1990.

II. Presentadas las escrituras referidas de dación y pago y cancelación de hipoteca, fueron calificadas con sendas notas ambas del mismo tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por cuanto no se acredita la inscripción del nombramiento de Administrador único de la sociedad «Promotora Corona, Sociedad Anónima», conforme a lo establecido en el artículo 125 de la Ley de Sociedades Anónimas, y 4.º y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil; defecto subsanable. Sin tomarse anotación preventiva de suspensión por no haberse solicitado. Marbella a 9 de mayo de 1991. El Registrador, Manuel López Barajas».

III. El Procurador de los Tribunales don Enrique Alameda Urefia, en nombre de «Aro Corporación, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo y alegó: Que la nota del Registrador centrada en los artículos 125 de la Ley y 4.º del Reglamento del Registro Mercantil, da un enfoque parcial y excesivamente limitado de estos preceptos, calificación formalista que de ningún modo puede perjudicar intereses y derechos válidamente adquiridos por una tercera persona, máxime teniendo en cuenta el principio de protección al tercero de buena fe. El artículo 125 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que el nombramiento de Administrador surte efectos desde su aceptación, y esto es tanto frente a la sociedad como a terceros. En las escrituras recurridas figura su nombramiento y aceptación el 5 de junio de 1990, la elevación a público el 8 del mismo mes, y no hay ningún precepto en la Ley Mercantil que indique la nulidad de los actos realizados por el Administrador dentro de los diez días fijados en el artículo 125.

IV. El Registrador de la Propiedad número 1 de Marbella, en defensa de sus notas, informó: Que la obligatoriedad de la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de Administradores está consignada en los artículos 125 de la Ley y 4 y 94-4.º del Reglamento del Registro Mercantil y la necesidad de la previa inscripción expresada en la Resolución de 3 de marzo de 1986, y que con arreglo a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento es de obligado cumplimiento la formalidad de la inscripción de ese nombramiento en el Registro Mercantil para su plena efectividad frente a terceros.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en Auto de 17 de noviembre de 1991, y en base a los argumentos del Registrador, confirmó la nota recurrida.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 20 y 22 del Código de Comercio; 125 de la Ley de Sociedades Anónimas; 4, 7, 68 y 94.4 del Reglamento del Registro Mercantil, y 51.c) del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 3 de marzo de 1986 y 26 de febrero de 1991.

1. Dada la concreción del recurso gubernativo a las cuestiones directamente relacionadas con la nota impugnada (art. 68 del Reglamento del Registro Mercantil), el ahora entablado ha de concretarse exclusivamente a la de decidir si es precisa, para la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura otorgada por el Administrador único de sociedad mercantil anónima, la previa inscripción de su nombramiento en el Registro Mercantil correspondiente.

2. En el nuevo Reglamento del Registro Mercantil ha quedado suprimida la norma contenida en el artículo 95 del Reglamento de 14 de diciembre de 1956, por la cual se ordenaba la inadmisión en oficina pública de documentos comprensivos de actos sujetos a inscripción obligatoria en el Registro Mercantil, sin que se acreditara tal inscripción. Por otra parte, es incuestionable la validez de las actuaciones jurídicas que en nombre de la sociedad anónima realice el Administrador desde el mismo momento de la aceptación del cargo válidamente conferido (art. 125 de la Ley de Sociedades Anónimas). Ciertamente la inscripción de tal cargo es obligatoria (arts. 22 del Código de Comercio, 125 de la Ley de Sociedades Anónimas y 4 y 94.4.º del Reglamento del Registro Mercantil), pero como el incumplimiento de la obligación de inscribir no afecta a la validez y eficacia del acto realizado en representación de la sociedad, tal incumplimiento cae fuera del ámbito de calificación que corres-

ponde al Registrador de la Propiedad respecto del acto jurídico otorgado por aquel Administrador.

Ahora bien, si la interpretación conjunta de los preceptos legales citados no permite mantener el defecto impugnado, ello no debe llevar a desconocer las enormes dificultades prácticas que surgirán para inscribir en el Registro de la Propiedad el acto otorgado por el Administrador de una sociedad con cargo no inscrito en el Registro Mercantil, por cuanto en tal hipótesis habrá de acreditarse al Registrador de la Propiedad la realidad, validez y vigencia del nombramiento de Administrador en términos que destruyan la presencia de exactitud registral establecida en los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil, siendo así que tales extremos dependen de múltiples elementos y circunstancias.

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

Madrid, 17 de diciembre de 1997.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

COMENTARIO

Básicamente, la Resolución ha declarado inscribible en el Registro de la Propiedad una escritura de dación en pago de deuda en que la sociedad anónima cedente actuaba representada por administrador con cargo no inscrito en el Registro Mercantil.

La primera impresión que produce este fallo es de sorpresa e incredulidad, pues hasta ahora era doctrina consolidada, y que nadie cuestionaba, que los administradores debían tener su cargo inscrito en el Registro Mercantil para poder otorgar actos inscribibles en el de la Propiedad. Hay, sin embargo, dos circunstancias que pueden atenuar esta impresión inicial.

Una, que, como dice la Dirección, ha desaparecido el antiguo artículo 95 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, que ordenaba la inadmisión en oficinas públicas de documentos sujetos a inscripción y no inscritos.

Otra, que también era doctrina consolidada del Tribunal Supremo la de que la falta de inscripción de un poder no anula el negocio (Sentencia de 18-1-1896), que el tercero a que aludía el antiguo artículo 29 del Código de Comercio —más o menos equivalente al actual art. 21— no es cualquier persona que no ha intervenido en el negocio, sino sólo quien contrate con el mandatario (Sentencia de 18-12-1901), y que la falta de inscripción no produce más efecto que la de no poder utilizarse el poder en perjuicio de tercero, quien por contra podrá fundarse en él cuando le fuere favorable. Esta doctrina fue reiterada por la Sentencia de 20-11-1989, y recientemente por la de 27-1-1997, que declara que en el caso debatido no puede considerarse «tercero» a la Hacienda embargante (frente a la cual prospera la tercera de dominio interpuesta por quien compró a una sociedad representada por un apoderado no inscrito).

De todas formas, estas dos circunstancias (por cierto, ninguna de las citadas STS son citadas por la Dirección en los «Vistos», lo cual puede significar, bien que las desconoce, bien que no las considera relevantes para el caso

estudiado) no hubieran debido impedir que la Dirección mantuviera la doctrina consolidada a que antes aludía. Por varias razones:

a) Sin ir más lejos, eso fue lo que hizo en la Resolución de 1 de marzo de 1994, cuando señaló: «Ciertamente es preciso para la inscripción de este título en el Registro de la Propiedad (escritura de constitución de hipoteca mobiliaria otorgada por administrador de sociedad mercantil) que quede acreditado fehacientemente que, al tiempo de su otorgamiento, el compareciente ostentaba efectivamente el cargo invocado y que el mismo estaba inscrito en el Registro Mercantil», extendiéndose después acerca de si dicha inscripción en el Registro Mercantil resultaba o no acreditada con la documentación aportada. En 1994 ya había desaparecido el artículo 95 del RRM de 1956, y la Dirección ni se plantea el problema, dando por sentado que la solución ha de ser la de siempre.

b) La postura del Tribunal Supremo (referida, por cierto, sólo a los apoderados, que luego estudiaremos; y que en cualquier caso, como hemos visto, no ha sido tenida en cuenta por la Dirección) puede resultar apropiada en el ámbito puramente sustantivo-mercantil, y una vez examinada la cuestión de fondo a través de las pruebas cuya práctica puede ordenar el Tribunal. Pero el ámbito registral es distinto, y éste se mueve por presunciones (en nuestro caso, la relevante es la de exactitud del contenido del Registro, art. 7.1 RRM) que no pueden ser destruidas mediante unas pruebas que no puede practicar el Registrador. Basta recordar la clásica distinción que en sede de Registro de la Propiedad se hace entre prioridad formal y sustantiva, debiendo quedar aquélla reservada al Registrador, y ésta a los Tribunales. Esas presunciones son las que deben facilitar el tráfico mercantil para hacerlo más ágil pero al tiempo seguro, y en este campo la publicidad a través del Registro Mercantil es fundamental.

c) El artículo 94 RRM declara «obligatoriamente inscribibles» en el Registro Mercantil tanto el nombramiento de administradores (ap. 4.º) como el otorgamiento de poderes generales (ap. 5.º). Ciertamente, como pone de relieve la Dirección, que dado que no existe sanción para el eventual incumplimiento, éste no afectará a la validez y eficacia del acto realizado por el administrador no inscrito (art. 125 LSA: «El nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación...»). Pero lo que está claro es que la inscripción es legalmente obligatoria, y que algún sentido habrá que dar a esta exigencia; sentido que muy bien pudiera ser el de seguir estimando necesaria la inscripción en el Registro Mercantil como requisito previo para poder inscribir en el de la Propiedad, por mucho que haya desaparecido el artículo 95 RRM. No se trata ahora de meternos en honduras acerca de las teorías sobre normas obligatorias que carecen de sanción, pero ¿de qué sirve declarar obligatorio algo si luego no sancionamos de alguna manera su inobservancia? Amén de que el Registrador, como funcionario público que es (art. 274 de la Ley Hipotecaria), está especialmente obligado a velar por el cumplimiento de la legalidad vigente, con independencia de las facultades calificadorias que le atribuye el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

d) No parece de recibo que, con la reforma de 1989, se asumiera el ingente esfuerzo de convertir el Registro Mercantil en el eje alrededor del cual gira la vida jurídica de las sociedades mercantiles (incluso recientemente la propia Dirección ha obligado a llevar a él las sociedades civiles con objeto civil) y que ahora abramos un brecha en el edificio que se está construyendo, brecha que,

de consolidarse esta doctrina, devaluaría enormemente la institución registral, que dejaría de convertirse en referencia obligada en la contratación mercantil societaria. Si cuestionamos la trascendencia del Registro Mercantil en su función de dar seguridad al tráfico a través de la publicidad de la representación social, no tardará en llegar el día en que se cuestione el depósito de cuentas, la inscripción de los aumentos y reducciones de capital, etc. No se trata de pintar un futuro apocalíptico, pero de lo dicho a convertir el Registro Mercantil en un Registro administrativo hay menos distancia de la que nos imaginamos.

e) Se abriría el Registro de la Propiedad a actos que pueden resultar claudicantes, por falta de adecuada representación de la sociedad, contraviniendo con ello reiterada doctrina de la Dirección General; y se facilitaría enormemente la comisión de fraudes, al contar los defraudadores con que la calificación del Registrador de la Propiedad nunca será tan completa como la del Mercantil, según ahora veremos, y que por ahí pueden «colarse» negocios (léase venta de un activo social por administrador nombrado irregularmente por un grupo de socios en perjuicio de otro) que de otro modo no podrían registrarse.

f) Se obligaría al Registrador de la Propiedad a calificar una cuestión (la regularidad del nombramiento del administrador) propia del Registrador Mercantil, siendo así que no cuenta con los elementos de que éste dispone (fundamentalmente, la hoja de la sociedad y el Libro Diario), ni con sus conocimientos prácticos, lo que le llevará en ocasiones a errar en su apreciación.

Sin duda, por esta última consideración, la Dirección, después de advertir al principio del fallo que éste se ha circunscrito al defecto reflejado por el Registrador en su nota (con lo cual parece dar a entender que su decisión podría haber sido otra si otro hubiera sido el defecto alegado) advierte al final que no desconoce «las enormes dificultades prácticas que surgirán para inscribir en el Registro de la Propiedad el acto otorgado por el administrador de una sociedad con cargo no inscrito en el Registro Mercantil, por cuanto en tal hipótesis habrá de acreditarse al Registrador de la Propiedad la realidad, validez y vigencia del nombramiento del administrador en términos que destruyan la presunción de exactitud registral establecida en los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil, siendo así que tales extremos dependen de múltiples elementos y circunstancias».

¿Qué quiere ello decir?

Según el artículo 7.º 1 RRM, «El contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad». Es decir, que cuando el Registrador de la Propiedad se encuentre con la intervención de un administrador no inscrito, resultará, si aplica la nueva doctrina de la Dirección, que: por un lado, el Registro Mercantil le estará diciendo que el administrador en principio legitimado para actuar es persona distinta (o, incluso, puede ser la misma persona, que haya sido reelegida, pero su legitimación registral derivará de un nombramiento anterior, lo que a estos efectos viene a ser lo mismo); y por otro, va a tener que examinar si el nombramiento del nuevo representante es legal. Va a tener que asumir por tanto una función propia de un Registrador Mercantil, sin contar, como ya he dicho, con sus conocimientos prácticos ni, sobre todo, con

los libros registrales, por lo que poco menos que deberá exigir un traslado de éstos. Estos son los «múltiples elementos y circunstancias» de que habla la Dirección. Así tenemos que:

— Deberá examinar que la Junta que nombró al administrador estuvo válidamente constituida, y a tal efecto deberá apreciar la observancia de los requisitos exigidos tanto por los Estatutos como por la Ley (anuncio de la convocatoria, quóruns de asistencia y votación, designación de presidente, etc.). Ello, si la Junta no fue universal, pues si tuvo este carácter habrá de mediar la manifestación del antiguo administrador acerca de que los socios comparecientes eran todos los de la sociedad.

— Dado, repito, que, por definición, el nuevo administrador no figurará inscrito y en el Registro aparecerá otro distinto, deberá el Registrador reclamar que se acompañe la notificación fehaciente que a este último ha de hacerse en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil.

— Deberá examinar que en el Registro Mercantil no hay ningún asiento que impida ese nombramiento, como pueda ser el hecho de que exista anotación preventiva de solicitud de intervención de Notario en la Junta (art. 104 RRM) y tal exigencia no se hubiera observado; de que exista anotación preventiva de impugnación de los acuerdos tomados en la Junta (art. 155 RRM), etc. En fin, un sinnúmero de eventuales circunstancias que obligará a solicitar una certificación literal de la hoja de la sociedad.

Sin duda, estas dificultades harán que el interesado acabe antes inscribiendo el nombramiento en el Registro Mercantil. Pero ello no quita para que pueda insistir en que la escritura en que interviene el administrador no inscrito se inscriba en el Registro de la Propiedad, y ello puede deberse a un intento de fraude a los que antes aludía, por lo que habrá que extremar el cuidado en estos casos.

De todas formas, y dado que una decisión aislada no crea jurisprudencia ni obliga para los casos futuros, yo recomiendo seguir exigiendo la inscripción previa en el Registro Mercantil (creo que hay razones fundadas para mantener esta postura, según he tratado de demostrar); y, si hace falta, ir al recurso para ver si la Dirección se pronuncia nuevamente en el mismo sentido, en cuyo caso sí que podría decirse que existe jurisprudencia registral al respecto.

Dejando a un lado a los administradores, paso a ocuparme de los APODERADOS GENERALES.

Ya hemos visto antes lo que opina el Tribunal Supremo acerca de los apoderados no inscritos, lo cual, unido a que, según hemos visto, su inscripción en el Registro Mercantil tiene en el Reglamento el mismo tratamiento que los administradores, nos lleva a que la actuación del Registrador de la Propiedad, siguiendo la nueva doctrina de la Dirección General, habrá de ser la misma: admitir su intervención, aun no estando inscritos (la inexistencia en sede de apoderados de una norma idéntica al art. 125 LSA puede suplirse acudiendo al art. 1.280 del Código Civil).

Si nos oponemos (como yo me opongo) a este criterio, no podemos plantear las dificultades en la calificación que antes apuntaba para los administradores, pues al Registrador de la Propiedad le bastará con que se le acredite que el administrador que concede el poder figure inscrito, y esta última circunstancia puede acreditarse fácilmente, bien transcribiendo el Notario los

datos de la escritura de nombramiento, inscrita en el Registro Mercantil, bien aportando ésta directamente. Es decir, no cabe poner las trabas a que antes aludía al hablar de los administradores, y que pueden desanimar al interesado hasta el punto de resultarle más cómodo y rápido inscribir el apoderamiento en el Registro Mercantil.

A pesar de ello, creo que también en este caso hay razones para oponerse a la nueva doctrina del Centro Directivo, permisiva con la actuación de los apoderados no inscritos:

a) La obligatoriedad de la inscripción de los poderes generales en el Registro Mercantil (art. 94.5.º RRM), extremo éste respecto del cual vale lo antes dicho para de los administradores.

b) El administrador, aun sin el cargo inscrito, está sujeto a un régimen legal de responsabilidad (arts. 133-135 LSA y 69 LSL) que, al margen de su genérica responsabilidad por falsedad en documento público, imagino le hará pensárselo mucho a la hora de falsear su situación. A pesar de lo cual, y como antes he dicho, existe un claro riesgo de que la nueva postura de la Dirección induzca a alguno a cometer fraudes. Por contra, el apoderado no está sujeto a ese régimen especial, sino al mucho más leve del Código de Comercio, y, en su caso, del Código Civil, lo que puede inducirle a cometer ilegalidades, más difícilmente perseguibles que en el caso de los administradores.

c) En caso de revocación del poder, el Registro Mercantil constituye una garantía de que el ex-apoderado no causará perjuicio a la sociedad. Si admitiéramos que la actuación de los apoderados quedara al margen de él, los riesgos de que se produjera tal perjuicio serían enormes. La doctrina y la jurisprudencia llevan toda la vida lamentando la falta, en el campo civil, de un Registro de poderes que ampare al poderdante que revoca pero no consigue que el apoderado le devuelva la escritura de poder. Trasladar este problema al ámbito mercantil (mucho más proclive, por su movilidad, al fraude), donde en la actualidad está resuelto, me parece una regresión injustificada y casi diría que suicida.

Por ello, propongo para el caso de los apoderados la misma solución que para los administradores: mantener la doctrina tradicional de exigir la inscripción previa en el Registro Mercantil, y esperar, llegado el caso, a que la Dirección General se pronuncie otra vez.

CONSTANCIO VILLAPLANA GARCÍA
Registrador de San Javier n.º 1

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE,
ISABEL MORATILLA GALÁN y M.^a DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

**COMPRAVENTA. RESOLUCION: NO HA DE DAR OPORTUNIDAD ALGUNA
PARA EL PAGO DEL PRECIO.** (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la Sentencia.—Es requisito para el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1.504 la existencia de un requerimiento notarial o judicial en que se manifieste esa voluntad resolutoria del vendedor, requerimiento que, dice la Sentencia de 26 de febrero de 1985, constituye una notificación al deudor obstativa al pago y declarativa de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato, más no un requerimiento o intimación para el pago del precio, es decir, un acto cuyo fin esencial y último es el ejercicio del derecho de resolución contractual, constituido por una declaración unilateral a la que el pacto o la ley anuda el efecto jurídico de la resolución con sus efectos consiguientes, de la que sólo podrá escapar si paga o cumple antes de recibir esa comunicación, no después, y que por ello tiene lógicamente naturaleza recepticia, o sea, necesidad de ser conocida por el comprador.

El requerimiento no ha de dar oportunidad alguna para el pago del precio, sino que absteniéndose de reclamar el pago del precio, sobre todo ha de conminar al comprador a que se allane a resolver la obligación.

**EL ARTICULO 1.281 DEL CODIGO CIVIL ES LA NORMA ESENCIAL DE LA
HERMENEUSIS CONTRACTUAL.** (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.281 del Código Civil es el precepto emblemático de la hermenéutica contractual en nuestro Derecho civil obligatorio, y parte de la base de estimar que en toda plasmación contractual hay que tener en cuenta más lo que se quiere que lo que se dice, y con base a ello, el intérprete ha de indagar la real voluntad de las partes contratantes, sin que

lo cual signifique que so pretexto de una interpretación, sea tergiversada una declaración de voluntad nítida y contundente.

Y en este sentido la doctrina jurisprudencial de esta Sala; establece que el mencionado artículo 1.281 del Código Civil es un precepto que no excluye la interpretación, sino que la presupone.

ACCION RESCISORIA EN FRAUDE DE ACREEDORES: NO ES NECESARIO QUE EL ACREEDOR EJERCITE PREVIAMENTE ACCIONES QUE ESTAN CONDENADAS A SU FRACASO PRACTICO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la Sentencia.—El motivo interpreta erróneamente el artículo 643 del Código Civil, al creer los recurrentes que basta la mera existencia de bienes para que no pueda establecerse la presunción de fraude, siendo así que, sin necesidad de complejas interpretaciones, sin salirse de su literalidad, es necesario que sean bastantes para pagar a los acreedores. El motivo segundo aduce infracción del artículo 1.111 del Código Civil, en tanto que el actor no ha perseguido los bienes que mantengan en su posesión los deudores antes de ejercitar la acción rescisoria. El motivo se desestima. Interpreta la persecución de los bienes que exige el artículo 1.111 en un sentido exagerado, es decir, que el acreedor ha de seguir los procedimientos contra esos bienes hasta su final procesal, aún sabiendo que nada útil conseguirá. Esta interpretación formalista debe descartarse pues no es éste el significado del precepto, sino de que el deudor se haya quedado insolvente para el pago de las deudas. Tal insolvencia se puede probar con la demostración de que el mismo no tiene ya bienes libres con los que pagar o que los que están en su poder se encuentran gravados o afectos a cargas que disminuyen su valor en relación con lo debido, pero en modo alguno se puede requerir del acreedor el ejercicio previo a la acción rescisoria de otras abocadas a la esterilidad práctica.

EL CORREDOR DE SEGUROS NO ES PARTE EN EL CONTRATO DE SEGURO FIRMADO POR SU INTERVENCION. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Son corredores de seguros las personas físicas o jurídicas que realizan la actividad mercantil de mediación de seguros privados sin mantener vínculos que supongan afección con entidades aseguradoras. El corredor debe ser tan independiente que nunca se le podrá estimar como parte en un contrato de seguro privado, en la que sólo, en principio, pueden figurar como partes el tomador del seguro, el asegurado en su caso, y la parte aseguradora, sin perjuicio de otras partes; beneficiarios; sustitutos..., pero nunca el corredor que una vez terminada su acción derivada de un contrato de mediación, que nada tiene que ver con el contrato de seguro, queda al margen de éste. En la sentencia recurrida se ha infringido la doctrina legal subyacente, al estimar como parte contractual a la entidad corredora, cuando, como se ha dicho, nunca podrá, sin romper la naturaleza intrínseca profesional, constituirse en parte de un contrato de seguro, que ha surgido con vida independiente de un primario contrato de mediación.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE UN ABOGADO POR INCUMPLIMIENTO DE SU OBLIGACION. (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La calificación jurídica de la relación contractual entre abogado y cliente es de contrato de prestación de servicios que define el artículo 1.544 del Código Civil. La prestación de servicios, como relación *intuitu personae*, incluye el deber de cumplirlos y un deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del artículo 1.258 del Código Civil y que impone al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto; de ello se desprende que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional.

Hay una clara imputación objetiva en el sentido de que el abogado causó un daño a los actores. A ello hay que sumar la imputación subjetiva a título de culpa: cuando se produce un incumplimiento de la obligación, se presume que lo ha sido por culpa del deudor; la conducta humana se supone voluntaria y es el deudor que incumple el que debe probar que ha sido sin culpa, sino por caso fortuito o fuerza mayor.

El mencionado abogado presentó la petición mucho más tarde que el plazo adecuado, y como consecuencia directa, con nexo causal, le fue desestimada por prescripción (imputación objetiva), lo hizo por un retraso o un desconocimiento normativo culpables (imputación subjetiva).

RECLAMACION DE CANTIDAD POR EL SUBCONTRATISTA AL COMITENTE, AL AMPARO DEL ARTICULO 1.597 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—El tema es si al hacerse la reclamación por el subcontratista al comitente de lo que le adeuda al contratista, dicho comitente es deudor de este último, pese a que le haya aceptado una letra de cambio con anterioridad, que paga después de la reclamación. La contestación debe ser la de que la mera aceptación de la cambial no libera de su obligación al comitente, hasta su pago, siendo deudor del precio de la obra. Es claro en este sentido el artículo 1.170, párrafo 2.º, del Código Civil, al disponer que la entrega de letras de cambio, entre otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o se hubiesen perjudicado por culpa del acreedor. Este precepto posee naturaleza dispositiva, porque nada se opone a que las partes puedan dar a la entrega misma los efectos jurídicos del pago.

EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD TIENE UN CONTENIDO JURIDICO Y NO GARANTIZA LA REALIDAD FISICA. (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Tiene declarado esta Sala en Sentencia de 12 de abril de 1980 que el Registro por sí solo no lleva consigo ni produce una verdadera y auténtica identificación real sobre el terreno, teniendo en cuenta que el Registro de la Propiedad tiene un simple contenido jurídico, no garantizando en consecuencia la realidad física y concreta situación sobre el terre-

no de la finca inmatriculada, puesto que tal situación puede o no coincidir con la realidad existente.

Los efectos de las inscripciones no abarcan los datos físicos de las fincas y operan tan sólo en cuanto atañen a los derechos que en ellas se consignan, asegurando la existencia y contenido de los derechos reales inscritos, pero sin garantizar la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la descripción de las fincas.

GASTOS NECESARIOS: LO SON LA CONTRIBUCION A LOS GASTOS GENERALES QUE IMPONE EL ARTICULO 9.5 DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL. (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Por gasto necesario se entiende aquél que se hace para conservación y mantenimiento de la cosa, y la Sentencia de 3 de diciembre de 1991 dice que son los que resultan imprescindibles de forma tal que de no haberlos llevado a cabo, la cosa habría dejado de existir o desmerecido. En este concepto deben incluirse la contribución, con arreglo a la cuota de participación, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización, que impone como obligación de los copropietarios, el artículo 9, número 5 de la Ley de Propiedad Horizontal. La consideración de tal gasto como necesario la abona en primer lugar una razón de carácter material: el impago provoca el perjuicio a todo el inmueble, en que la falta de pago de los copropietarios impide su adecuado mantenimiento; y en segundo lugar una razón de carácter jurídico: la obligación del artículo 9,5 la desarrolla el artículo 20 como *obligatio propter rem* sobre los pisos y local y corresponde al que tenga la titularidad de los mismos; asimismo, el impago provoca la posibilidad de reclamación judicial frente al titular. Por el contrario, no ocurre lo mismo con los gastos de electricidad, agua y teléfono que corresponden o son consecuencia del uso real que de tales suministros hace la persona que los disfruta, por lo que no son gastos necesarios.

RECONOCIMIENTO DE DEUDA. EXPRESADA LA CAUSA DEL RECONOCIMIENTO, TIENE CARACTER CONSTITUTIVO. PRINCIPIO DE CONFIANZA EN EL TRAFICO NEGOCIAL. (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La figura del reconocimiento de deuda ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Sala y por la doctrina científica como válida y lícita, permitida por el principio de autonomía privada o de la libertad contractual sancionado por el artículo 1.255 del Código Civil y vinculante para quien lo hace, con efecto probatorio si se hace de manera abstracta y también constitutivo si se expresa su causa justificativa. La Sentencia de 8 de marzo de 1956 lo califica de contrato al decir que el reconocimiento es un contrato por el cual se considera existente una deuda contra el que la reconoce, pudiendo tener por objeto exclusivo dar a la otra parte un medio de prueba, o prometer no exigir prueba alguna de la deuda contra el que la reconoce.

La posible negligencia de los recurrentes al dar su conformidad a condiciones contractuales que después impugnaron, cuando ya habían empezado a cumplirlas, no puede perjudicar los legítimos intereses de la contraparte sin

quebrantar el principio de confianza en el tráfico negocial, basado a su vez en la buena fe y en la libertad de contratación que se reconoce en los artículos 1.258 y 1.255 del Código Civil.

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. CONCEPTO. (SENTENCIA DE 23 de febrero de 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Es reiterada doctrina jurisprudencial la de que la excepción de litisconsorcio se da cuando en virtud de un vínculo que une a una persona con la relación jurídico material objeto del pleito, se produce la consecuencia de que la sentencia necesariamente le ha de afectar, lo que impone la presencia en el proceso de todos los que debieron ser parte en el mismo como interesados en la relación jurídica controvertida, y ello es así al exigir una comunidad de relación jurídica que albergue ambas acciones (la de los comparecidos en el pleito y las de los no llamados), es decir, una situación de hecho comunitaria, una misma relación jurídica o que tengan un interés legítimo que pueda ser perjudicado por una resolución recaída en el proceso en que no han sido oídos.

NO PUEDE IMPUGNAR LA SENTENCIA EL LITIGANTE QUE HA VISTO RECOGIDO EN EL FALLO LO QUE SOLICITABA. (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—El recurrente carece de un interés jurídico legítimo en impugnar el contenido del fallo de la sentencia. Si el contenido de ese fallo coincide literalmente con el suplico de la contestación a la demanda, no tiene esta parte legitimidad jurídica alguna para impugnar un resultado que exactamente se aviene a lo que él pidió. No se puede olvidar que uno de los principios fundamentales de nuestro proceso civil es el dispositivo, tanto sobre el derecho material (ejercicio de la acción), como sobre la pretensión (disponiendo del proceso a través de una serie de actos), resultando vinculados los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de las partes a través del principio de congruencia. La parte pudo pedir todo aquello que a su derecho conviniera, pero si sólo limita su pretensión a un supuesto concreto y absolutamente determinado, y esa pretensión le es literalmente concedida, carece de legitimidad para pretender después que se amplíe su petición, so pretexto de una economía procesal que debió en su caso ser tenida en cuenta desde un principio.

EN LAS OBLIGACIONES RECIPROCAS, LA REGLA DEL CUMPLIMIENTO SIMULTANEO QUIEBRA CUANDO SE PACTA UN PLAZO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION POR UNA DE LAS PARTES. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Los motivos se desestiman porque parten de la base errónea de calificar como obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, que son las que autorizan para oponer la excepción de contrato no cumplido a quien reclama el cumplimiento sin haber cumplido o estar real-

mente dispuesto a hacerlo. No hay ningún obstáculo para que la simultaneidad en el cumplimiento se quiebre voluntariamente, señalándose un plazo para cumplir alguna obligación.

SOCIEDADES MERCANTILES IRREGULARES. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Desde el momento que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de una sociedad de naturaleza mercantil, dada la naturaleza de las operaciones o actividades que la tal sociedad había de desarrollar, con lo que viene a aplicar el criterio objetivo que la doctrina científica mayoritariamente contempla para llegar a establecer la naturaleza civil o mercantil de la sociedad, criterio compartido por esta Sala en la Sentencia de 3 de abril de 1991, determinando tal condición de irregular, a efectos plenamente mercantiles, la ausencia de escritura pública constitucional y la inscripción en el Registro Mercantil, pero sin que ello desnaturalice tal carácter mercantil en las relaciones medianes entre los socios; así lo estima la doctrina jurisprudencial, interpretando el artículo 1.117 del Código de Comercio, que da validez al contrato, cualquiera que sea la forma de su celebración entre los que lo celebren, siempre que reúna los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil, admitiendo la posibilidad de su concierto en documento privado y aun en forma verbal, siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades a las de las colectivas, con aplicación de la normativa específica del Código de Comercio.

LA FACULTAD MODERADORA DE RESPONSABILIDAD QUE TIENEN LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA SOLO ES REVISABLE EN CASACION SI AQUELLOS NO LA APLICAN CON UN CRITERIO RACIONAL. (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La determinación de la cuantía de la indemnización es función atribuida a la Sala de instancia, y no revisable en casación, salvo que se hayan modificado las bases fácticas contempladas en la cuantificación, es un elemento de conocimiento, convicción y decisión dejado a la libre apreciación del tribunal de instancia, no revisable en pura técnica casacional, salvo que en el modelo determinativo de su cuantía se incurra en flagrantes contradicciones o resultados aritméticos que pugnen con los datos de constatación del evento dañoso que se trata de restaurar. El uso de la posible moderación de la responsabilidad que establece el artículo 1.103 del Código Civil es facultad propia de los juzgadores de instancia, no susceptible de casación, en el supuesto de que los mismos hagan uso de esta facultad con criterio ponderado, racional y lógico, pero no cuando extravasen irracional o desmesuradamente dichos parámetros, ni tampoco aquellos supuestos en que ni siquiera se planteen la posibilidad de hacer uso de dicha facultad moderadora, cuando la misma viene forzada y lógicamente impuesta por las especiales circunstancias del caso concreto que se enjuicia.

EL COMPRADOR QUE PAGA EL ARBITRIO DE PLUSVALIA TIENE DERECHO A REPERCUTIRLO SOBRE EL TRANSMITENTE, Y SI ESTE ESTA EXENTO DEL PAGO ES QUIEN HA DE RECLAMAR DEL AYUNTAMIENTO QUE NO LE COMUNICO LA LIQUIDACION. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El derecho a repercutir lo pagado ha de acogerse, pues la obligación nacida de la cláusula cuarta del contrato de compraventa tiene fuerza de ley entre las partes (art. 1.091) y ha de cumplirse en la forma que determina el artículo 354.2 del RD 781/86, que autoriza tal repercusión de lo pagado sobre aquél en el que recae el arbitrio, es decir, en el enajenante, sin que por lo expuesto pueda mantenerse que se pagó indebidamente, por el comprador, que se ve apremiado al efecto, pero que no debe en ningún caso convertirse en el contribuyente, como si sobre él recayese el tan aludido arbitrio, y si existe exención a favor del vendedor (Mutua), es ella quien tiene que oponerla frente al Ayuntamiento y acreditarla, reclamando del mismo si es que hubo cobro de lo indebido y si es que dicho organismo no le comunicó la liquidación y las sanciones cual afirma, ya que el comprador cumplió su obligación al declarar la transmisión del dominio e indicar que estaba exenta, y si el Ayuntamiento no le comunicó la liquidación del impuesto de plusvalía no puede pretender que las consecuencias perjudiciales de ello recaigan sobre el comprador, en realidad simple sustituto del pago y por ello, con derecho a repercutirlo sobre el enajenante, que es quien ha de reclamar, en su caso, del Ayuntamiento, porque su pasividad no justifica lo contrario.

EN EL PACTO DE ARRAS DEBE HACERSE CONSTAR LA FUNCION PENITENCIAL DE LOS ANTICIPOS ENTREGADOS. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Es doctrina jurisprudencial actualizada y suficientemente consolidada, que el empleo de la palabra señal no cabe entender que exprese necesariamente la facultad de separarse de un contrato, pudiendo ser estimada sin error como anticipo del precio. Lo que resulta procedente en relación al texto del artículo 1454 CC e interpretación jurisprudencial del mismo, para definir el alcance del pacto de arras. A tales efectos la interpretación de dicho precepto sustantivo viene a sentar que no se trata de derecho necesario; para que tenga aplicación y resulte vinculante a las partes, se impone con rigor que la voluntad de las mismas resulte clara, precisa y esté rotundamente expresada en el contrato, es decir, debe hacerse constar la función penitencial de los anticipos entregados, pues, en otro caso cualquier entrega dineraria llevada a cabo por el comprador ha de reputarse como integrante del precio y pago anticipado del mismo, que sirve para confirmar el negocio celebrado.

LA TACHA DE LOS TESTIGOS DEBE SER APRECIADA DISCRECIONALMENTE POR EL JUEZ, QUIEN DEBE VALORAR LA IMPORTANCIA DE SUS DECLARACIONES. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1999.)

La tacha de testigos, que siempre hay que advertir no es lo mismo que su inhabilidad para declarar —inhabilidad natural (art. 1.246 CC) e inhabilidad

legal (art. 1247 CC)—, no es medio de prueba, sino más bien opera como precaución o advertencia que la Ley autoriza en cuanto a la valoración de las declaraciones testificales de aquellas personas que puedan estar afectadas de parcialidad y por no ello no ser veraces.

Las tachas no tienen otro trámite que el de la prueba de las causas que se alegan, si se solicita la misma, y tanto se practique, como no en la sentencia donde el Juez debe valorar la tacha alegada y la importancia del testimonio del testigo tachado, con lo que no se impide estimar en todo o en parte el valor probatorio de estas declaraciones, al autorizar el artículo 1.248 CC y el 659 de la LEC su apreciación discrecional, para lo que se puede tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada testigo y entre estas aquellas por las que fueron tachados. La tacha actúa como circunstancial y ha de apreciarse en concurrencia con otras coyunturas que se den.

LA CONSIGNACION JUDICIAL DE CANTIDAD PRODUCE LOS EFECTOS DEL PAGO CUANDO EL ACREEDOR SIN RAZON SE NIEGA A ADMITIRLO.
(SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1999.)

El artículo 1.176 CC contiene una modalidad particular del pago de deuda mediante la consignación de su importe total, es decir debe de tratarse de pago completo, para lo cual el deudor lleva a cabo una manifestación explícita de su voluntad decidida de querer pagar, con entrega efectiva, que no es suficiente, y con ello no se produce el pago, pues necesita de la recepción y cobro por el acreedor y sólo cuando sin razón o justificación dotada de racionalidad suficiente, éste se niega a admitirlo, es cuando se opera la liberalización del deudor, para lo cual el Juez debe ponderar si la consignación practicada se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago, a fin de declararla bien hecha y cancelar la obligación, con lo cual se alcanza condición de definitiva e irrevocable (arts. 1.177 y 1.180 CC).

LA FUNCION CALIFICADORA DE LOS CONTRATOS ES COMPETENCIA DE LA SALA DE INSTANCIA CUYO CRITERIO DEBE PREVALECER (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1999.)

El recurrente entiende que la relación contractual litigiosa tiene naturaleza de típica compraventa mercantil. No obstante, la Audiencia en su día razonó, excluyendo la calificación, que los pactos que vinculan a las partes integran «una figura contractual atípica y compleja que participa de la diferente naturaleza jurídica que configura ya la compraventa, ya al suministro» ya al contrato de ejecución de obra y que los litigantes engloban bajo la genérica denominación de «contratos industriales». Ergo como la función calificadora del contrato es competencia de la Sala de Instancia, cuyo criterio debe prevalecer, salvo que sea ilógico, excepción que no se produce en el caso de autos, no prospera este motivo.

LA ACEPTACION POR EL ACREEDOR DE LA OBLIGACION DEL FIADOR PUEDE SER TACITA. (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1999.)

El Tribunal Supremo entiende la que sentencia de la Audiencia recurrida reconoce el carácter subsidiario de la fianza prestada al declarar en su fallo que el recurrente «solamente debe ser condenado si no pudiera hacer pago el deudor principal». Además, el artículo 1.834 CC permite demandar conjuntamente al deudor y fiador, si bien ha de quedar a salvo el beneficio de exclusión de éste, y no puede hacerse efectiva inmediatamente su condena. Por último, es incomprensible que se diga que el recurrente no ha sido requerido de pago cuando ha sido demandado junto con el deudor por el acreedor a ese fin, contestando a la demanda y apelando la sentencia de primera instancia.

EL CONTRATISTA DE UNA OBRA QUE NO HA SIDO PENALIZADO POR EL DUEÑO, POR RETRASO EN LA TERMINACION DE LA MISMA, NO PUEDE PENALIZAR AL SUBCONTRATISTA POR DICHO RETRASO. (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1999.)

La Sala del Tribunal Supremo señala que si bien la interpretación de los contratos es, en principio, función propia de los juzgadores de la instancia, el resultado hermenéutico por éstos obtenido puede, sin embargo ser sometido a esta revisión casacional, cuando con el mismo se llegue a conclusiones absurdas o ilógicas, siendo éste el supuesto aquí contemplado. En sede de doctrina general, en todo contrato de arrendamiento de obra, la ya típica cláusula penal de uso tan frecuente, que consiste en la fijación del pago, por el contratista de una sanción pecuniaria por cada día de retraso en el plazo pactado de terminación de la obra, está concebida obviamente, a favor del dueño de la obra para compensarle de los perjuicios que le ocasione el retraso en la entrega de la misma ya totalmente terminada. La cláusula penal objeto del proceso no puede tener la aplicación automática que corresponde a la típica cláusula penal al principio indicada en sede de doctrina general, y ello no sólo porque en la carta de la contratista a la subcontratista se dice expresamente que «la penalización será proporcional a la que tiene la contratista», sino también porque aunque no existiera tal documento la entidad contratista no puede sufrir, por el retraso en la terminación, el perjuicio que afecta al dueño de la obra (ya que no lo es), sino que única y exclusivamente puede considerarse perjudicada en la medida en que se vea penalizada por un retraso en la terminación de la obra, que no le sea imputable a ella (como contratista), sino a un subcontratista de la misma. Como en el presente supuesto litigioso aparece plenamente probado que la entidad contratista no ha sido penalizada por el dueño de la obra, por retraso en la terminación de la misma, ni por ningún otro concepto, es evidente que no puede ella pretender la aplicación a la subcontratista de la cláusula penal litigiosa por un supuesto perjuicio que no ha tenido, aparte de que si se accediera a la aplicación de la cláusula penal litigiosa a favor de la contratista se estaría viabilizando un evidente y totalmente recusable enriquecimiento injusto a favor de la referida contratista.

LOS ARTICULOS 1.124 Y 1.504 DEL CODIGO CIVIL SE COMPLEMENTAN.
(SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1999.)

Las sentencias dictadas por esta Sala han creado una doctrina jurisprudencial, que especifica que los artículos 1.124 y 1.504 CC no se excluyen sino que se complementan, en el sentido de que la regla general que se establece en el primero para toda clase de obligaciones recíprocas no obsta al desarrollo específico y concreto del segundo para el supuesto de compraventa de inmuebles, y para el caso concreto de falta de pago del precio por parte del comprador. Ahora bien, para una correcta aplicación del artículo 1.504 CC, deben concurrir los siguientes requisitos: precio aplazado, impago del precio, voluntad rebelde al cumplimiento del pago del precio, requerimiento judicial o notarial y que el vendedor cumpla sus obligaciones de entrega del bien inmueble. Existe una doctrina jurisprudencial pacífica y constante, que ha superado una anterior contrapuesta, la que especifica que nada impide calificar al requerimiento del artículo 1.504 CC como un acto jurídico complejo integrado, en su fin principal, por una declaración unilateral de voluntad —a la que la Ley anuda un efecto resolutorio contractual— condicionada, es decir que la finalidad última, que es el ejercicio de la resolución, se debe supeditar, en el sentido técnico-jurídico, o se debe subordinar al cumplimiento de un acto concreto: el pago por el deudor comprador.

ES CAUSA DE EXTINCION DE LA OBLIGACION LA IMPOSIBILIDAD NO IMPUTABLE AL DEUDOR. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1999.)

Se considera infringido el artículo 1.184 CC que establece la imposibilidad objetiva de cumplir la obligación como causa de extinción; es causa de extinción de la obligación por no ser posible realizar la prestación por el deudor, sin que le sea imputable a éste, si le es imputable no es causa de extinción de la obligación sino que da lugar a la resolución, a la ejecución forzosa en forma específica o a la indemnización. No hay infracción del artículo 1.184 del Código Civil cuya aplicación no procede en el presente caso.

NO SE PUEDE CITAR COMO INFRINGIDO EL ARTICULO 1.591 CC PARA CUESTIONES DE NATURALEZA PROBATORIA. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1999.)

Los pretendidos vicios de la obra, la sentencia recurrida los imputa a la actora, sin que se haya citado ninguna norma infringida en aquella valoración probatoria, por lo que ha de quedar incólume en este recurso. El artículo 1.591 CC es norma de carácter sustantivo y nada atañe a la cuestión de prueba. Además frente al juicio de la Audiencia la actora enfrenta el dictamen técnico que acompañó a la demanda, pero por sí mismo nada hace que tenga el carácter de veracidad, por haberse hecho a petición de parte interesada y no durante el período probatorio de este procedimiento.

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. ACUMULACION DE ACCIONES. SIMULACION CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Marbella en Sentencia de 12 de diciembre de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª) en Sentencia de 30 de diciembre de 1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—El presupuesto procesal del litisconsorcio pasivo necesario obliga a avocar a juicio a todos los interesados en la relación jurídica material que es objeto de debate judicial y que de alguna manera han de quedar afectados por la resolución que se dicte; sin embargo, no tiene ese alcance absoluto que propugna el recurrente la presente litis, porque resulta de toda evidencia la innecesariedad de traer al pleito a aquellas personas que, aun estando implicadas en la relación jurídica material, han demostrado su aquiescencia a determinados reconocimientos que de ellos se pretendía. Por eso tal doctrina aplicada a nuestro caso determina el rechazo de la excepción de litisconsorcio pasivo alegada, pues figurando el esposo como demandante ha de negársele legitimación para ejercitar la acción de anulabilidad del acto dispositivo por falta de consentimiento de la esposa, la presencia de la misma en el proceso es muestra de su aquietamiento a la pretensión de anulabilidad ejercitada por ella por lo que era necesaria su llamada al pleito en concepto de demandado sin que la sentencia, en caso de declaración de nulidad, haya de contener pronunciamiento condenatorio para el esposo que entonces vendría obligado a soportar la nulidad en razón al consentimiento manifestado a la acción ejercitada por la esposa.

Aparte de desestimar el litisconsorcio pasivo necesario también se rechaza la defectuosa acumulación de acciones, y para ello tiene en cuenta que las acciones acumuladas nacen de un mismo contrato cuya nulidad se postula. Si bien por diferentes causas no incompatibles entre sí, se dirigen contra las mismas personas en concepto de demandados.

La simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder esta a otra finalidad jurídica distinta sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que el contrato haya sido documentado ante el fedatario público que, como tiene declarado la Sala la eficacia de los contratos otorgados ante Notario no alcanza la veracidad intrínseca de las declaraciones de los contratantes, ni la intención o propósito que oculten o disimulen, porque esto escapa a la apreciación notarial, dado que, evidentemente, el documento público da fe del hecho y de la fecha, pero no de su verdad intrínseca; por otra parte, es necesario acudir a la prueba de las presunciones determinada en el artículo 1.253 del Código Civil para apreciar la realidad de la simulación, y ello por ser grandes las dificultades de la prueba plena de la simulación de los contratos por el empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad. Según reiterada jurisprudencia se puede distinguir una dualidad o simulación absoluta, cuando el propósito negocial inexistente por completo y la relativa que es cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado, ostenta una finalidad cuasi pública con los institutos que en su juego operativo se prevalecen de la significativa tutela de la intemporalidad o

imprescriptibilidad de aquellas acciones que persiguen la destrucción de lo así simulado y el prevalimiento de la realidad con el desenmascaramiento del negocio de ficción efectuado.

PRESCRIPCION. NOTIFICACION. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Granollers en Sentencia de 29 de abril de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14.ª) en Sentencia de 7 de junio de 1993 estima los recursos deducidos.

El recurso de casación no triunfa.

Hechos.—Acaece un incendio a causa del cual queda destruido un almacén y las viviendas superiores del edificio. Dicho almacén estaba arrendado, y su techo no se encontraba recubierto de mortero de c.p.a. de tres centímetros de grosor como exige el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas y en estado deficiente. En el citado local no sólo se guardaban en el momento del incendio materiales no combustibles destinados a la construcción, sino también otros fácilmente inflamables, como plásticos, colas y dos vehículos de la empresa.

Doctrina de la Sentencia.—La acción se ejercitó transcurrido el plazo legal de prescripción. De un lado, la sentencia recurrida entiende que la prescripción como limitación que es al ejercicio extemporáneo y tardío de las acciones en beneficio de la seguridad jurídica, excluye una aplicación rigorista, al ser una institución que, por no hallarse fundada en la justicia intrínseca, ha de merecer un tratamiento restrictivo, criterio especialmente aplicable en las prescripciones cortas, de plazo anual o similar. Y es que la conducta del perjudicado solicitando la indemnización aparece opuesta a la inactividad que sustenta la institución en la presunción de abandono de su titular, eliminándose el fundamento subjetivo sobre el que se mantiene, sin olvidar el objetivo de protección del deudor determinante, pero compatible en tanto no se vulneran las exigencias de seguridad y certeza, conforme a lo reiterado y declarado por la jurisprudencia.

En nuestro supuesto, incoado un proceso penal, el plazo anual queda interrumpido por la tramitación de la vía penal preferente, debiendo de computarse desde el momento en que se concluyó la causa criminal, como mínimo y salvo supuestos específicos no aplicables a la litis y la interrupción de la prescripción de conformidad con el artículo 1.974 del Código Civil, en las obligaciones solidarias, aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores, lo cual significa que cualquier acción intentada contra alguno de ellos es oponible frente a los demás. En consecuencia, incoadas diligencias penales por los hechos enjuiciados en los presentes autos no comenzó a computarse dicho plazo sino desde que concluyeron las diligencias. La Sala consideró que no cabe presumir el transcurso del plazo de prescripción. Más, recientemente, la jurisprudencia evoluciona, conforme a doctrina del Tribunal Constitucional, en el sentido de que debe constar conocimiento del archivo definitivo o sobreseimiento de las actuaciones penales, por medio de la notificación correspondiente, a los interesados que no fueron «parte» en el proceso penal para que a partir de esa fecha se compute el plazo. Y es que en un

supuesto semejante, recogiendo la doctrina de que «subsistiendo la llamada acción civil derivada de delito por no haberse renunciado a la misma el perjudicado, y no habiéndose éste personado en el proceso penal, los órganos judiciales procederán a la notificación de la providencia de archivo de las actuaciones penales», pues en otro caso, la ausencia de esta notificación es susceptible de efectuar negativamente, como aquí sucede, el derecho constitucional de la perjudicada en el orden civil y hacer valer sus pretensiones para la reparación del daño sufrido. Al no haberse notificado a los perjudicados el auto de archivo con las actuaciones penales, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la ejercitada acción civil de responsabilidad por culpa extracontractual (artículo 1.968.2.º) es aquel en que, según se pruebe en el proceso, los perjudicados tuvieron por otro medio, real y efectivo, conocimiento de la existencia.

Además de lo hasta ahora expuesto, hemos de añadir que es reiterada la doctrina que mantiene que la interpretación que haya de darse a las normas que regulan los plazos de prescripción en el ejercicio de los derechos y acciones o establecen el cómputo de dichos plazos, sin embargo, dentro de la función de garante de los derechos fundamentales que le está encomendada corresponde a este Tribunal determinar si las resoluciones judiciales impugnadas por prescindir enteramente de la falta de notificación de la providencia de archivo de las actuaciones penales a la perjudicada, es contraria al derecho de acceso al proceso en el orden civil, que el artículo 24.1 de la Constitución española reconoce, para lo que se ha de tener en cuenta que el perjudicado en el proceso penal no puede reiniciar el ejercicio de la acción civil para la reparación del daño causado hasta que terminen las actuaciones penales, y ello porque el conocimiento de la fecha en que han finalizado dichas actuaciones constituye un presupuesto necesario para el ulterior ejercicio de la acción civil ante otro orden jurisdiccional. Y también porque el conocimiento de este hecho ha de valorarse en atención a las consecuencias negativas que puede sufrir el perjudicado cuando no ha renunciado al ejercicio de la acción civil.

FALTA DE JURISDICCION O COMPETENCIA OBJETIVA O FUNCIONAL. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Zaragoza en Sentencia de 16 de febrero de 1993 estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª) en Sentencia de 29 de febrero de 1993 estima en parte el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Objeto de la litis.—La declaración de suspensión de pagos no produce limitación alguna en la capacidad jurídica del suspenso. Sus facultades no tienen otra limitación que la que lleva a cabo el órgano de control que conforman los interventores o los que decreta la suspensión de pagos, tratándose de situación distinta a la quiebra, como dispone y prevé el artículo 6 de la Ley de Suspensión de Pagos de 22 de julio de 1922, y esto lleva a la posibilidad de que durante el estado de suspensión puedan plantearse juicios ordinarios contra el comerciante deudor suspenso al margen del propio procedimiento concursal, para, entre otros supuestos, ejercitar acciones resolutorias de las

relaciones obligacionales concertadas, aunque la sentencia que recaiga no podrá entrar en vía ejecutoria, al quedar vinculado el actor que la hubiera obtenido favorable al convenio que se alcance en el procedimiento de suspensión y siempre que no se trate de créditos privilegiados.

Doctrina de la Sentencia.—Lo que efectivamente se cuestiona es si se da situación de litisconsorcio pasivo necesario. Los preceptos que se dicen infringidos no declaran ni justifican la vocación al proceso de los interventores en supuestos como el presente, lo que sí sucede para los casos previstos en el artículo 22 de la Ley de Suspensión de Pagos. Los interventores no tienen que completar la capacidad jurídico-procesal del suspenso, ya que la ley no la limita —aunque en cierto sentido la controla— y sobre todo en lo que concierne a su posición pasiva en el litigio entablado contra el mismo. En realidad, la función de los interventores resultan expresamente delimitadas en la Ley especial, y no inciden en la actitud del comerciante suspenso para soportar las demandas que se entablan contra el mismo. Y es que la relación contractual que medió entre los litigantes «fue una compraventa mercantil ordinaria» y no la especial de venta de bienes muebles a plazos.

EL SEGURO OBLIGATORIO DEL AUTOMOVIL COMO BASE DEL SEGURO OBLIGATORIO DE CAZA. RELACION ENTRE AMBOS. (SENTENCIA DEL 12 DE MARZO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Zafra (Badajoz) en Sentencia de 14 de junio de 1993 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2.ª) en Sentencia de 2 de noviembre de 1993 estima parcialmente los recursos interpuestos.

Prospera en parte el recurso de casación.

Objeto de la litis.—El artículo 52.3 del Reglamento de Caza de 25 de marzo de 1971 remite la cuantía máxima de las prestaciones a cargo del seguro obligatorio de caza a lo establecido en la normativa que regula el seguro obligatorio de automóviles.

Doctrina de la Sentencia.—La actual regulación del seguro obligatorio del automóvil en cuanto al ámbito y límites del seguro se encuentra en el Real Decreto de 30 de diciembre de 1986, que aprueba el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil derivado del uso y circulación de vehículos de motor, obligatorio, cuyos límites cuantitativos se encontraban en el artículo 13. Dicho precepto fue modificado por el Real Decreto de 30 de octubre de 1992, que eleva los límites de indemnización del de responsabilidad civil, surgente por la adaptación de España al Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas, elevándose el límite de los daños corporales.

DERECHO DE OPCION DE COMPRA. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 14 de los de Madrid en Sentencia de 30 de noviembre de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de

Madrid (Sección 13.ª) en Sentencia de 6 de junio de 1994 desestima el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Objeto de la litis.—La controversia procesal se centra en si la resolución operada, extinguida la opción por caducidad al no haberse ejercitado en el plazo acordado, resulta de procedencia, y con ello la recurrente tiene derecho a que se le reintegren las cantidades que anticipo.

Doctrina de la Sentencia.—Se trata aquí del ejercicio tardío de la resolución por la parte actora y por tanto, inoperante, y asimismo configura un acto voluntario, pues ni se alegó y menos se demostró la concurrencia de alguna causa determinante que hubiera impedido su ejercitación en el tiempo que correspondía y resultaba apto para su eficacia. La doctrina contenida en varias sentencias DECIDIO QUE la resolución del contrato opcional debió de llevarse a cabo durante la vigencia del mismo. Y, sin embargo, la sentencia recurrida no aplicó tal doctrina e interpretó mal el clausulado que reglamentaba el contrato de opción, al decretar que podía resolverse extinguida aquella, lo que no resulta posible, infringiéndose los artículos 1.254 y 1.255 en relación al 1.262 del Código Civil, pues la OPCION DE COMPRA, al carecer de disciplina normativa salvo la referencia que efectúa el artículo 14 del Reglamento Hipotecario tiene su fuente de regulación en la voluntad de las partes, no autorizándose, por tratarse de relación obligacional, que su validez y cumplimiento pueda quedar al arbitrio de uno de los contratantes, que es lo que sucedería si se aceptase la tesis del Tribunal de Instancia, ya que de esta manera la facultad resolutoria se prorrogaría *sine die*. Y es que la resolución de los contratos exige que éstos tengan existencia, que tengan vida jurídica. No se puede resolver aquello que dejó de tener constancia efectiva, como sucede en nuestra litis, pues al no ejercitarse la opción en el plazo de su vigencia, pereció automáticamente por imperio de la caducidad a la que estaba sometida, perdiendo toda existencia jurídica que el concedente mantuvo y respetó en todo el tiempo de vigencia el derecho que había otorgado.

INTERPRETACION DEL CONTRATO SOBRE OBLIGACION DE SU PAGO. EXISTENCIA, EFECTOS Y OBLIGATORIEDAD DE LOS CONTRATOS. (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 13 de los de Madrid en Sentencia de 6 de julio de 1992 estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª) en Sentencia de 20 de diciembre de 1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Objeto del litigio.—El problema del presente caso reside en que se celebra compraventa pública en virtud de escritura de 11 de febrero de 1986, por medio de la cual la recurrente adquiere de la mercantil demandada un edificio con pago aplazado, consistiendo dicho aplazamiento en que la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid retiene en garantía del pago de la liquidación definitiva y firme del Arbitrio de Plusvalía y otros que proceden, una cantidad, importe que será reducido del último pago del precio aplazado, sin

perjuicio, eso sí, de posibles mutuos abonos, pactando en la concreta cláusula séptima lo siguiente: «Todos los gastos, contribuciones e impuestos que se deriven de esta compraventa serán satisfechos por las partes con arreglo a la ley».

Doctrina de la Sentencia.—Resultó improcedente el reintegro de la totalidad del impuesto, pues si cabe admitir una autorización en principio, ya que el pago lo efectuó la compradora por la parte vendedora, y es ésta la primera obligada, cuando sucede, como en nuestro caso, que el tributo no tiene condición de firme y definitivo y pender de su determinación por no haberse resuelto los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la vendedora contra la liquidación efectuada por el Ayuntamiento de Madrid y no desconocidos por la Cámara Oficial, las partes contratantes han de respetar y acatar las reglamentaciones obligacionales que acordaron, no siendo posible, por prohibirlo el artículo 1.256 del Código Civil, el cumplimiento arbitrario unilateral.

EL CONTRATO DE SEGURO. LAS FACULTADES DE LOS AGENTES AFECTOS REPRESENTANTES. (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 12 de los de Valencia en Sentencia de 12 de noviembre de 1991 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.ª) en Sentencia de 30 de octubre de 1993 estima en parte el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La comunidad de propietarios «Torres del Turia» demanda a la entidad «Lepanto S.A., Compañía de Seguros y Reaseguros», interesando quedar obligado por el seguro contratado que incluya daños por siniestros producidos en las jardineras existentes en las azoteas del edificio, y la condena a la reparación de los daños causados a la comunidad y demás asegurados o beneficiarios en cuantía a determinar en fase de ejecución de sentencia. Y, subsidiariamente, la decisión hecha de la no inclusión en el contrato de los siniestros provenientes de las mencionadas jardineras.

Doctrina de la Sentencia.—Ante este sentir y en base a lo dispuesto en y por el artículo 17.2 de la Ley de Producción de Seguros Privados, las entidades aseguradoras serán responsables frente a terceros de los actos realizados por sus agentes en todo lo que haga referencia a su actuación, de acuerdo con el contrato de agencia, entendiéndose que están facultados «para el cobro de primas contra entrega de recibos firmados por apoderado... y para llevar a cabo los actos de comunicación entre ésta y el asegurado». Y el artículo 42.2 de su Reglamento, para el que «la amplitud de las facultades del agente estará determinada en el contrato de agencia» y «en ningún caso el asegurado que haya actuado de buena fe podrá verse perjudicado por las facultades conferidas al agente y no reconocidas en las normas reguladoras del seguro...» y 45.3 del mismo Reglamento, donde se precisa que «las entidades aseguradoras serán responsables frente a terceros de los actos realizados por sus agentes en todo lo que haga referencia a su actuación, de acuerdo con el contrato de agencia, sin perjuicio del derecho de repeti-

ción contra el agente». La figura del factor mercantil requiere, en punto a su actuación correcta en el medio negocial, de la previa existencia de un apoderamiento escriturado, así como acomodar su actividad a las facultades conferidas en el poder o directrices marcadas por su mandante, no lo es menos que en su comportamiento frente a terceros tiene vital importancia la apariencia jurídica que rodea su actuación, de manera que cuando el quehacer que realiza, por su propio contenido transcendente y representativo, transmite al tercero la creencia racional de estar contratando con un verdadero apoderado, la consecuencia que origina es la vinculación entre la empresa y dicho tercero, pues de lo contrario quebraría el principio de seguridad jurídica.

RECONVENCION. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRAS. (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia de Puertollano en Sentencia de 10 de julio de 1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 2.ª) en Sentencia de 31 de diciembre de 1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Se alega la concurrencia de falta de legitimación pasiva en base a que el presupuesto que actúa como relación contractual entre los litigantes de fecha 25 de septiembre de 1990 fue suscrito por la contratista —parte actora, «Instalaciones Aguirre, S.L.»—, y don José Cabanas Fernández, y no por la recurrente, sociedad «Cabanas e Hijos, S.A.», siendo el objeto del contrato de arrendamiento de obras, las actividades de acondicionamiento e instalación de frío en el hotel denominado «Cabanas», propiedad de la mercantil citada, con aportación de materiales.

Doctrina de la Sentencia.—La excepción fue aportada al proceso de manera tardía y sin justificación, al resultar incompatible con la pretensión deducida en reconvención de resolución del contrato. Paralelamente a esto decir que, don José Cabanas Fernández no actuó para sí y por cuenta propia, sino como representante autorizado y legal de la entidad que recurre, pues en la escritura constitucional se le nombró Administrador Unico y no se probó que hubiera sido cesado en dicho cargo. Al mismo tiempo la documentación emitida por la actora y aceptada para dar cumplimiento al contrato suscrito figuraba expedida a nombre de «Cabanas e Hijos, S.L.», y lo mismo sucede con las letras libradas por el pago del precio que la mercantil aceptó. También se contradice el *factum* declarado probado de que las obras realizadas están dotadas de perfección en su ejecución y si no se finalizaron fue debido a que el dueño incurrió en incumplimiento de pago acreditado y hubieron de suspenderse los trabajos de la instalación concertada, al introducir unilateralmente la que recurre otra empresa, y la cantidad reclamada en la demanda se correspondía con el resto del precio adeudado por la obra parcial efectuada. Y aunque en el presupuesto figuraba un precio global, la dinámica del contrato operó en la forma inusual de satisfacer parcialmente el precio contra certificaciones de obra realizada, y ello aunque el artículo 1.599 del Código Civil impone que el precio se satisfará

al hacerse la entrega, por vía del pacto bilateral pueden acordarse pagos fraccionados y éstos resultan posibles y vinculan, aunque la obra se hubiera concertado por precio alzado y no hay concurrencia de convenio previo, por no mediar el tácito de aceptar el giro anticipado, que se satisface aunque no sea en su totalidad.

RESOLUCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA. INCUMPLIMIENTO DE LA CONFIGURACION DE LA FACULTAD DE POSEER POR EL COMPRADOR. (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Benidorm en Sentencia de 19 de noviembre de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5.ª) en Sentencia de 6 de noviembre de 1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Base fáctica de la presente litis.—Don Dennis Sugar Frank celebra contrato de compraventa en escritura pública, en fecha 8 de noviembre de 1988, como vendedor, con don Joseph Antoine Cebokli, como comprador, cuyo objeto es una vivienda unifamiliar, con sus muebles y enseres y una parcela de terreno, por un precio cierto, cuyo pago en parte se hace en el acto y en parte es aplazado con condición resolutoria en caso de impago. El vendedor (don Dennis Sugar Frank) se reserva con carácter vitalicio el derecho de habitación en la planta alta de la vivienda y el garaje de la planta baja y se añade la siguiente cláusula: «El comprador tendrá derecho a la utilización sin restricción de la planta baja y jardín de la total finca desde la firma de la escritura. Este derecho es personal para el comprador y su madre». El 20 de marzo de 1990 don Joseph Antoine Cebokli vende el objeto de la compraventa anterior a doña Pilar Pérez Cuenca, en la escritura se hace constar el derecho de habitación y la cláusula citados.

Doctrina de la Sentencia.—La base jurídica de nuestra litis es el rechazo a la teoría del móvil causalizado como aplicable al caso. A la vista del artículo 1.274 del Código Civil se mantiene que la causa como elemento esencial del negocio jurídico y del contrato es un concepto objetivo. El móvil subjetivo es, en principio, una realidad extranegocial, a no ser que las partes lo incorporen al negocio como una cláusula o como una condición, sin embargo, se puede dar el caso de que el móvil se incorpore a la causa, es el móvil causalizado, y tenga trascendencia como tal elemento del negocio jurídico, y como elemento afecta a la existencia, no al desarrollo o al cumplimiento del contrato. En nuestro caso no se puede entender que un determinado móvil —que una persona, el comprador, y su madre, convivan en la casa— haya llegado a integrar la causa, lo que no se deduce del contrato en el que se ha previsto una condición resolutoria por impago, pero no por falta de convivencia, ni se ha declarado probado por la sentencia de instancia que simplemente construye la teoría del móvil causalizado sin apoyarse en hechos declarados probados. La resolución del contrato es la ineficacia de éste, con efecto retroactivo, en virtud de causa que no sea invalidez inicial, desapareciendo la relación contractual y volviendo las partes a la situación jurídica anterior. En el contrato de compraventa de 8 de noviem-

bre de 1988 ya citado, se previó el uso de la planta baja, pues la planta alta la utilizaba el vendedor en virtud del derecho de habitación que se constituyó a su favor era un derecho personal para el comprador y su madre. Al venderse a un tercero, con la subsiguiente facultad de ocupar y poseer la finca, se incumplió frontalmente esta previsión. No se trata, mantiene la Sala, de una prohibición de disponer, inaplicable en un contrato a título oneroso, ni de una obligación, sino de la configuración de una facultad, más que de un derecho, derivada de la compraventa y de la adquisición de la propiedad de posesión como facultad personal. Al transmitirse la propiedad a un tercero, se incumple la cláusula contractual, válida según el artículo 1.255 del Código Civil que forma parte de la *lex contractus* aplicable, según el artículo 1.091 del mismo cuerpo legal, a nuestra *itis*. No se puede pensar que es una obligación secundaria que no puede dar lugar a la resolución, ya que ni es secundaria ni es obligación. Es, más bien, una configuración de la facultad de poseer, que aparece como esencial y cuyo incumplimiento da lugar a la resolución. La resolución afecta al contrato de 8 de noviembre de 1988, siendo su efecto RETROACTIVO, con lo que pierden validez aquellos actos de disposición que realiza el comprador adquirente, es decir, pierde validez el contrato celebrado el 20 de marzo de 1990 por don Joseph Antoine Cebokli y Doña Pilar Pérez Cuenca.

CONTRATO DE COMPRAVENTA. RECLAMACION DE PARTE DEL PRECIO APLAZADO. (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Burgos en Sentencia de 30 de marzo de 1993 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2.ª) en Sentencia de 1 de diciembre de 1993 estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Don Isidro Sanz Barahona y doña M.ª Angeles Garay Ideal reclaman una cantidad como parte del precio de una nave que fue de su propiedad y que fue vendida a los demandados. La citada venta tuvo lugar mediante escritura pública otorgada el 24 de octubre de 1989, previa la autorización del Juzgado y con la asistencia de los interventores, dada la situación de Suspensión de Pagos en que aquélla se hallaba, pactándose que los compradores harían efectiva en el momento de la transmisión determinada cantidad, quedando otra retenida como garantía de los materiales de los bienes adquiridos, que se debería llevar a cabo por los transmitentes en el plazo máximo de tres meses a contar desde esa fecha.

Doctrina de la Sentencia.—De los términos del contrato se desprende claridad y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, estamos única y exclusivamente en presencia de un aplazamiento de parte del precio, no de una cláusula penal que autoriza a la pérdida de éste o a su reducción cuando la entrega no se produjera en el tiempo establecido. Las llaves fueron entregadas por conducto notarial unos días después del señalado en el contrato, por lo tanto, se cumple la condición que obligaba a los compradores a pagar el resto del precio o cantidad retenida.

TITULO-VALOR. ARTICULO 359 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.
(SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 41 de los de Madrid en Sentencia de 10 de septiembre de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.^a) en Sentencia de 12 de noviembre de 1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación no triunfa.

Objeto del litis.—En el presente caso el núcleo de la contienda judicial esta constituido por la emisión de obligaciones al portador que efectúa la parte recurrida, o sea por la creación de un número determinado de títulos valores.

Doctrina de la Sentencia.—Los títulos-valores, doctrinalmente hablando, son aquellos documentos que respetando derechos de contenido patrimonial, por encontrarse sometidos a un régimen especial sustantivo y por carecer de una regulación específica, se da en ellos una gran importancia a la voluntad de los emisores y también de los tenedores. En otro orden de cosas y en base a lo determinado en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que las sentencias sean congruentes es requisito que las mismas respondan a las pretensiones de las partes. La congruencia requiere conformidad entre la parte dispositiva de la resolución judicial y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, tanto en lo que afecta a los elementos subjetivos y objetivos de la relación jurídico-procesal como en lo que atañe a la acción ejercitada, sin que le sea lícito al juzgador alterar ni modificar la causa de pedir.

CAUSA DEL CONTRATISTA. (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 38 de los de Madrid en Sentencia de 28 de abril de 1992 desestima la excepción planteada. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.^a) en Sentencia de 1 de febrero de 1994 desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—La sociedad «Consulting y Servicios a la Construcción, S.L.», concierta en documento privado de fecha 10 de mayo de 1991 con la sociedad «Mancaper, S.L.», la compra de una finca. Se fija un precio de venta, entregando una determinada cantidad en concepto de arras penitenciales y el resto de la cantidad fijada sería abonada por la compradora en un plazo máximo que se extendería hasta el 5 de septiembre de 1991, contra entrega de escritura pública. En una de las cláusulas de venta se pacta por la vendedora el otorgar escritura pública a la persona física o jurídica que designase la compradora, «la vendedora, pues, otorgará a petición de la compradora un poder notarial a elección del comprador para poder gestionar la venta de la finca objeto del contrato, así como su permuta o dación en pago y con vigencia hasta el 20 de diciembre de 1991».

Doctrina de la Sentencia.—La *ratio decidendi* de la sentencia recurrida no es otra que la falta de cumplimiento de la obligación de pago del resto apla-

zado, y en la que es contraria a la buena fe la conducta de la compradora al ofrecer el pago uno o dos días antes del vencimiento del plazo. Además de esto tampoco se podía alcanzar el fin del contrato, la nueva edificación sobre el solar adquirido, ya que por las ordenanzas aplicables, no tenía la superficie necesaria. Y es que no se ofreció el pago del precio que quedó aplazado simultáneamente al otorgamiento de la escritura pública de venta por la sociedad vendedora, lo probado es que la sociedad recurrente envió un telegrama en el que se le pedía que le otorgase poder notarial para formalizar la compraventa y solucionar defectos técnicos sobre su demolición y nueva construcción, que fue respondido con otro al día siguiente por la vendedora, requiriendo a la compradora para que señalase día, hora y Notario, y que no tenía óbice en otorgar poder alguno siempre que pagase lo convenido en el contrato. La sentencia niega que el primer telegrama sea un ofrecimiento de pago. Además el fin del contrato es posible de alcanzar porque la finalidad para la que se adquiría la casa y sus condicionamientos a estos efectos nada habían probado en contrario, excepto la entrega por la vendedora a la compradora de un documento destinado al estudio del solar. De tal forma que si la compradora creyó de manera subjetiva que la casa se podía demoler y edificar sobre el solar resultante un edificio de determinadas características y no se puede hacer es un error que no riesgo asumido por la vendedora y fácilmente subsanable.

CONTRATO VERBAL DE CESION DE LA POSESION DE UNOS INMUEBLES EN RUINA. LA ACCION REIVINDICATORIA. NO POSESION DE MALA FE POR PARTE DEL CESIONARIO: EJERCICIO DEL DERECHO DE RETENCION HASTA EL ABONO DEL IMPORTE DE LOS GASTOS DE CONSTRUCCION DEL LOCAL. GASTOS NECESARIOS NO GASTOS UTILES.
(SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Vigo en Sentencia de 11 de marzo de 1993 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 4.ª) en Sentencia de 15 de octubre de 1993 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Fue declarado hecho probado que la relación obligacional existente entre las partes, estipulada solamente en forma verbal, consistió en la cesión por parte del demandado del uso de dos inmuebles contiguos y plenamente edificados, sitos en la isla Norte de las islas Cíes (Galicia), con el fin de que pudiera el demandado explotar un negocio de bar-restaurante, realizando el demandado obras de adaptación necesarias sobre alguna de las cuales le dio instrucciones la actora, y a cambio la parte demandante obtenía como beneficio atraer visitantes a las Islas y como consecuencia de ello pasajeros a sus barcos.

Doctrina de la Sentencia.—Con base en dichos hechos probados, la sentencia recurrida llega a la conclusión de que la relación contractual entre las partes no estipulada por escrito sino sólo verbalmente que un contrato atípico y ese mismo carácter unido al hecho de que sea una relación obligacional para la que no se convino una duración determinada, remite a aquellos supuestos

que permiten que las partes puedan liberarse de la relación obligatoria. Paralelamente a lo antedicho, se esboza que la acción reivindicatoria ejercitada por los actores fue un medio procesal y sustantivo adecuado para recuperar la posesión de los bienes litigiosos. También debemos tener en cuenta que la posesión se mantiene en ejercicio de un derecho de retención que ampara al poseedor, que es el que, implícitamente, protesta al poseedor cuando contesta al requerimiento notarial al advertir de los gastos invertidos, entonces no puede hablarse de posesión de mala fe, pues ningún ofrecimiento se le había hecho de compensar gasto alguno pudo contraponer su derecho de retención y ejercerlo. La condena al pago de los gastos de construcción realizados en la finca litigiosa, sin haber reconocido la opción de poder abonar el aumento de valor que por tales gastos adquiere la cosa (artículo 453, párrafo 2.º, del Código Civil) es rechazada, pues la opción que concede tal precepto está referida única y exclusivamente a los gastos útiles, cuya condición no concurre en los gastos de construcción realizados en la finca litigiosa, sino que tienen el carácter de gastos necesarios, pues por exigencias de lo verbalmente estipulado por las partes hubieron de ser realizados para transformar un inmueble que se hallaba prácticamente en ruina en un bar-restaurant en pleno funcionamiento.

COMPETENCIA DESLEAL: LEY 3/1991, DE 10 DE ENERO. ESTUDIO CONCRETO DE LOS ARTICULOS 2 Y 5 DE DICHO CUERPO LEGAL. (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Oviedo en Sentencia de 13 de septiembre de 1993 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 6.ª) en 1 de febrero de 1994 estima el recurso de apelación.

Hechos.—Don Jovino Alberto Félix Vázquez es propietario de un negocio denominado «El Trampolín», dedicado a la venta de prensa y revistas y luego ampliado a golosinas, frutos secos, caramelos y similares, colindante al mismo se encuentra un establecimiento dedicado a cine. Por acuerdo de fecha 8 de enero de 1993 se adopta la decisión de instalar en el interior un servicio de cafetería en el que se venden bebidas, aperitivos, chocolatinas, etc., teniendo licencia para el ejercicio de tal actividad. A la puerta de entrada al cine se coloca un cartel en el que se dice que no se permite la entrada al mismo con bebidas y productos comestibles.

Doctrina de la Sentencia.—La presente litis dedica su estudio a la posible infracción de los artículos 2 y 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Por lo que se refiere al número 2, en tal precepto se analiza el ámbito objetivo de su aplicación, y se mantiene en el propio Preámbulo de la Ley lo siguiente: «para que exista acto de competencia desleal basta con que se cumplan las dos condiciones que prevé el párrafo primero del artículo 2», mencionado reiteradamente, y que dispone que el acto se «realice en el mercado», es decir, que se trate de un acto de trascendencia externa, y que se lleve a cabo con «fines concurrenciales», es decir, que el acto tenga por finalidad «promover o asegurar la difusión de las prestaciones propias o de un tercero», y caracterizada así la finalidad concurrencial del acto de competencia desleal de «promover o asegurar la difusión de sus prestaciones propias o de un

tercero», accediendo con ello a un mayor número de consumidores o usuarios de los que integran un determinado mercado, tal finalidad concurrencial no se da en la encargada de instalar un local destinado a la exhibición de películas (cine) un bar o cafetería; su cuota de mercado aumentará o disminuirá en razón de que las películas que exhiba tenga o no el favor del público que va a verlas, no de la prestación dentro de su local y únicamente a quienes a él hayan accedido mediante el pago de su correspondiente entrada con el fin de ver una película, de un servicio accesorio como es el bar, que habitualmente existe en locales de esta clase; carece pues su actuación en base a la explicación hecha de trascendencia externa, pues no le va a aportar en forma alguna un aumento de espectadores en perjuicio de la clientela de otro competidor. Por lo tanto, llegamos a la conclusión de que no se dan los requisitos exigidos por el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia para que un acto pueda ser calificado de desleal, al no quedar la conducta atribuida a la encargada de instalar el local destinado a cine incluida en el ámbito objetivo de aplicación de este texto legal. Por lo que se refiere al número 5 de la misma Ley de Defensa de la Competencia, en el mismo se establece la llamada «cláusula general», según la cual «se reputa desleal todo comportamiento que resulta objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe», buena fe referida a la buena fe objetiva, prescindiendo de la intencionalidad (dolo o culpa) del sujeto y que el artículo 7.1 del Código Civil acoge como límite en el ejercicio de los derechos subjetivos. Tal norma obliga a la exigencia en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética que se refiere a valores tales, entre otros, como la honradez, la lealtad y la responsabilidad. Tal clausulado trata de prohibir todas aquellas actuaciones de competencia desleal que no encajen en las que posteriormente se recogen en los artículos 6 al 17. Y es que la sociedad que instaló el local destinado a la exhibición de películas no permitiese la entrada en el mismo con bebidas y comestibles no constituye acto vinculante para ella ni frente a los espectadores que acudían ni frente a los vendedores de tales productos, no es una conducta contraria a la buena fe, entendida esta como comportamiento justo y adecuado, el que establecimientos dedicados a distinta actividad tengan servicios de cafetería, prohíban mediante anuncios o similares el consumo en sus instalaciones de productos llevados desde el exterior por los que a ellos acceden, aunque con ello se produzca una merma en las ventas de los establecimientos cercanos.

I. M. G.

UN CONTRATO SE ENTIENDE CELEBRADO CON LA PERSONA A CUYO NOMBRE APARECEN TODAS LAS PRUEBAS DE LAS RELACIONES QUE DIERON ORIGEN A LA DEUDA, SI NO SE DEMUESTRA QUE ACTUA EN NOMBRE O REPRESENTACION DE OTRA PERSONA JURIDICA. (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Una SA demanda a un cliente el pago del resto del precio por la compra de unas mercaderías más los intereses moratorios; el demandado contesta y plantea excepción dilatoria de falta de legitimación pasiva, alegando que actuó en la compra como representante de otra SA de la que es socio fundador

y administrador. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, y la Audiencia Provincial la confirma en segunda instancia. El demandado recurre en casación.

El TS desestima el recurso al apreciar que, en efecto, el recurrente es la parte compradora, y no la entidad a la que dice representar, porque la sentencia de primera instancia, cuyos fundamentos de derecho han sido aceptados por la de segunda instancia —objeto del recurso— declara probado que las relaciones comerciales que dieron origen a la deuda que se reclama en este pleito fueron concertadas por el demandado-recurrente, a cuyo nombre se expiden facturas y albaranes, es él quien paga una cantidad a cuenta del montante total de la compraventa antes de la constitución de la SA de las que es administrador, y no se hace constar en facturas, albaranes y recibos que compre o pague por poder o en representación de otra sociedad o que actúe como administrador de la misma. Se rechazan también los motivos basados en infracción de las normas sobre la prueba, pues se consideran los hechos suficientemente probados, y la casación no es una tercera instancia.

LA ABSOLUCION DE LA RESPONSABILIDAD DEL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL HACE INCOHERENTE LA CONDENA POR «GENÉRICO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL», QUE SE REFIERE A LOS MISMOS VICIOS RUINOGENOS. (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

La compradora de un chalet demanda, por vicios y defectos en la construcción del mismo, a la sociedad promotora, a la sociedad contratista, al aparejador y al arquitecto al amparo del artículo 1.591 del Código Civil y del 1.101 del Código Civil por incumplimiento contractual, pretendiendo la condena solidaria de los demandados al pago de determinadas cantidades. En primera instancia, se estima parcialmente la demanda, condenando a todos a pagar, pero rebajando las cantidades. La sentencia es revocada por la Audiencia Provincial, que absuelve de la acción fundada en el 1.591 a todos los demandados, salvo al arquitecto, considerándole responsable único del daño sufrido por la actora, pero declarando que la promotora actuó con la suficiente diligencia; no obstante, la condena por «genérico incumplimiento contractual», por no entregar la edificación en suficientes condiciones de habitabilidad, e imputa los daños al arquitecto y a la promotora solidariamente; la constructora y el aparejador son absueltos. La promotora recurre en casación.

El TS estima en parte el recurso al estimar que las acciones de los artículos 1.591 y 1.101 del Código Civil son compatibles y acumulables en su ejercicio, pero la primera inutiliza necesariamente a la segunda, pues no hay mayor cumplimiento defectuoso que la entrega del inmueble con vicios ruinosos; si la promotora ha sido absuelta de la responsabilidad del artículo 1.591, no se la puede condenar por «genérico incumplimiento contractual», pues éste sólo puede consistir en los vicios de la construcción.

LAS RELACIONES QUE SURJAN DE UN CONTRATO DE TRANSACCION SE REGISTRAN EXCLUSIVAMENTE POR LO DISPUESTO EN ESTE, NO POR LAS RELACIONES QUE DIERON LUGAR A DICHO CONTRATO. LA INTERVENCION DE UN TERCERO QUE DE EL VISTO BUENO A LA TERMINACION DE LA OBRA CONTRATADA NO CONTRAVIENE EL ARTICULO 1.256 DEL CODIGO CIVIL, POR ESTAR EXPRESAMENTE PREVISTA EN EL ARTICULO 1.598.1. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

Para evitar un pleito por deficiencias constructivas, la Comunidad de Propietarios de una urbanización y una SA celebran un contrato transaccional por el cual la SA se compromete a realizar las obras de reparación, estipulándose que el Arquitecto Técnico o el Presidente de la Comunidad darán el visto bueno a la terminación de las obras. Posteriormente, la Comunidad demanda a la SA por incumplimiento del contrato, reclamando la ejecución de las obras o, en su defecto, la indemnización por daños y perjuicios. Se estima la demanda en primera instancia y la Audiencia Provincial confirma la sentencia. La SA recurre en casación.

El TS desestima el recurso basándose en que la cosa juzgada que el artículo 1816 CC atribuye a la transacción entre partes sólo se refiere a las relaciones futuras que surjan de dicho contrato, no a las surgidas de las relaciones cuya colisión o incertidumbre generó la transacción, y los efectos de la cosa juzgada se manifestarán en el absoluto respeto a la nueva situación, siendo este contrato objeto de una interpretación estricta y sin traspasar los límites del objeto controvertido, en el cual se entienden incluidos todas las deficiencias señaladas en las estipulaciones (art. 1.815 CC). Esta interpretación corresponde sólo a los Tribunales de instancia, y no es materia de casación.

Por otra parte, la intervención de un tercero determinado para dar el visto bueno a la terminación de la obra no supone que el contrato quede al arbitrio de uno de los contratantes, sino que se prevé expresamente en el artículo 1.598.1 CC, y es, por tanto, válido.

CUANDO EL CONTRATO ES DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO CON OPCION DE COMPRA (LEASING), Y NO DE COMPRAVENTA, PROSPERA LA TERCERIA DE DOMINIO PARA RECLAMAR EL LEVANTAMIENTO DEL EMBARGO SOBRE LOS BIENES OBJETO DEL CONTRATO, ASI COMO LA DEVOLUCION DE LOS MISMOS. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

Una SA y otra SA de *leasing* celebran un contrato sobre una serie de bienes, por un precio de arrendamiento a pagar en determinados plazos, y con una opción de compra por un precio residual. Debido a los reiterados incumplimientos de la SA arrendataria, la SA arrendadora decide resolver el contrato, promoviendo para ello un juicio de menor cuantía; por otra parte, la Tesorería General de la Seguridad Social sigue contra la Sociedad arrendataria un expediente administrativo de apremio por deudas, trabando embargo sobre sus bienes, incluyendo el material objeto del *leasing*. La Sociedad arrendadora formula reclamación previa en tercera de dominio, y, al ser ésta desestimada, demanda ante la jurisdicción ordinaria a la Tesorería, reclamando

que se dejen libres y a su disposición los referidos bienes. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, y la Audiencia Provincial revoca la sentencia. La Tesorería General recurre en casación.

El TS desestima el recurso al declarar que la sentencia de segunda instancia considera probado que el contrato es de arrendamiento financiero con opción de compra (*leasing*), no una compraventa a plazos, como sostienen la Tesorería General y la sentencia en primera instancia, pues ello se deduce claramente de los términos del contrato. Por otra parte, la función de calificar los contratos corresponde a los Tribunales de instancia, y no es materia de casación. Por tanto, procede que los bienes objeto del contrato queden libres del embargo y sean devueltos a la Sociedad arrendadora.

NO HAY FRAUDE DE LEY CUANDO SE EJERCITA UN DERECHO BASADO EN UN PRECEPTO LEGAL, MEDIA UN INTERÉS LICITO Y SE BUSCA UNA PRETENSION DENTRO DEL ORDEN JURIDICO. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Una SA concede un préstamo a un matrimonio, que éste garantiza con una hipoteca sobre una finca de su propiedad. En la escritura de constitución se estipula la facultad de los deudores de extinguir anticipadamente la deuda y cancelar la hipoteca, facultad que los deudores ejercen, después de haber satisfecho las nueve primeras mensualidades, y requieren a la prestamista para que presente la correspondiente liquidación. La prestamista da una cantidad determinada para satisfacer la cancelación anticipada, y los prestatarios, no estando conformes, promueven acto de conciliación contra la SA, haciendo el ofrecimiento de pago de dicha cantidad, sin que esto suponga aceptación de la liquidación, sino sólo un medio de evitar que produzca intereses, y bajo la condición de que la conciliada constituya aval bancario que asegure las results del pleito. Ante la falta de acuerdo, los prestatarios por un lado, y por otro, sólo el marido, formularon demandas para que el contrato se declarase usurario y la nulidad del crédito.

Por su parte, la SA prestamista promueve el juicio del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, sin aludir a la pendencia de los dos juicios anteriores. Los prestatarios solicitan la suspensión del procedimiento, que no es aceptada. Se adjudica a la prestamista la finca hipotecada, inscribiéndose a su favor. En los juicios promovidos por los prestatarios se declara la nulidad de la reclamación, estableciéndose una nueva cuantía, de la cual hacen los prestatarios ofrecimiento de pago, y declarando nula la adjudicación de la finca, por lo que se canceló la misma en virtud de mandamiento. Recurrido el auto en apelación, éste es revocado, y se libra el correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad: Después, la Sociedad vende la finca a terceros, inscribiéndose la venta. Los prestatarios demandan la nulidad del juicio y la de la compraventa. La demanda se desestima en primera instancia, pero la Audiencia Provincial revoca la sentencia. La Sociedad recurre en casación.

El TS estima el recurso, al considerar que el Tribunal *a quo* aplicó indebidamente el artículo 6.4 CC, pues para que haya *fraude de ley* es preciso que se realice un acto que persiga un resultado contrario al ordenamiento jurídico al amparo de una norma de cobertura que no vaya dirigida, expresa o direc-

tamente, a proteger dicho acto, y que se pruebe la obtención de tal resultado. Por tanto, no hay fraude de ley si se ejercita un derecho previsto y protegido expresamente por la ley, media un interés lícito y se persigue un resultado protegido por el ordenamiento jurídico. En este caso, en el transcurso del procedimiento de ejecución hipotecaria no se ha hecho efectiva cantidad alguna a cuenta de lo adeudado, por lo que no hay tal fraude, pues la recurrente se ha limitado a ejercitar el derecho que le concede el artículo 131 LH, mediando el interés lícito del cobro de su crédito, pues los prestatarios han incumplido sus obligaciones vencidas, no siendo suficiente el ofrecimiento de pago, aunque la liquidación estuviese equivocada, pues para esa situación pudo haber acudido al remedio legal de la consignación.

CUANDO EL PRECIO DE LA COMPRAVENTA DE UNA FINCA IDENTIFICADA POR SU UBICACION, NO SEÑALADA POR SUS LINDEROS, SE HA FIJADO ALZADAMENTE, NO SE PUEDE EXIGIR DISMINUCION EN EL PRECIO PROPORCIONAL A LO QUE FALTE DE CABIDA. (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Una SA constructora demanda a una cooperativa a la que vendió un solar —inscrito como dos fincas en el Registro de la Propiedad— reclamando la elevación a escritura pública del contrato, y el abono de la parte de precio pendiente según la reducción de cabida de los inmuebles vendidos —cuya estimación se hace o, en su defecto, la restitución de las arras y la indemnización por daños y perjuicios. La Cooperativa contesta a la demanda y formula la demanda reconventional, pidiendo la resolución del contrato. En primera instancia se estima la demanda y se desestima la reconvencción, y en segunda instancia se revoca el fallo y se absuelve a la Cooperativa, estimando parcialmente su reconvencción, declarando resuelto el contrato de compraventa. La SA constructora recurre en casación.

El TS desestima el recurso alegando que no hay inaplicación del artículo 1.471.2 CC, pues este caso se refiere al párrafo 1º de dicho precepto solamente. Se trata, en efecto, de la venta de un inmueble por precio alzado y no a razón de un tanto por unidad de número y medida, como dice expresamente el contrato y declara probada la sentencia recurrida. En cuanto a una posible inaplicación del párrafo 2º, en este caso no se han vendido una o dos fincas, sino un solo solar, aunque en el Registro aparezca inscrito como dos fincas y ésta no ha sido señalada por sus linderos, sino identificada por su ubicación, y es conocida por la compradora, como se reconoce en la sentencia de instancia. Por tanto, el señalamiento de la cabida es accidental, y lo que realmente se vende es una finca identificada, por un precio alzado, no señalada por sus linderos ni designada su cabida, por lo que no procede una posible rebaja en el precio.

NO PUEDE PEDIR LA RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO QUIEN, A SU VEZ, HA INCUMPLIDO SUS PROPIAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES. (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

Una SA vende una vivienda sita en una urbanización a un matrimonio. Más adelante, dicha SA demanda a los cónyuges, pidiendo la resolución del contrato por incumplimiento culposo, ya que no abonaron la parte del precio de venta representado por tres letras de cambio, así como la indemnización por daños y perjuicios. Los demandados contestan y formulan reconvencción, pidiendo la declaración del cumplimiento de la totalidad de los plazos convenidos, que la actora les entregue la vivienda en las condiciones pactadas y les otorgue escritura pública, el pago de la cuantía que se determine en ejecución de sentencia por las diferencias que tengan la parcela y vivienda objeto del contrato y la subrogación en el préstamo hipotecario que la actora hubiera concertado. En primera instancia se desestima la demanda y la reconvencción, condenando a los demandados a satisfacer el precio rebajado y la demandante a la entrega de la vivienda. En segunda instancia, se desestima totalmente la demanda principal y estima la reconvencción, condenando a la actora a la entrega, el otorgamiento de la escritura pública, el pago de la cuantía señalada y la subrogación en el préstamo hipotecario. La SA recurre en casación.

El TS desestima el recurso basándose en que—aparte de los motivos puramente procesales—la sentencia recurrida declaró probado que la falta del pago de parte del precio por los compradores no se debió a voluntad obstativa, sino a una serie de incumplimientos contractuales por la parte vendedora, tales como defectos de calidad y superficie en la vivienda, y un patente retraso en la terminación y entrega de la misma. La jurisprudencia del TS ha declarado reiteradamente que la facultad resolutoria contractual que establecen los artículos 1.124 y 1.504 CC exige, como requisito previo, que el que insta la resolución haya cumplido sus propias obligaciones, pues no tiene derecho a pedir la resolución el contratante incumplidor.

UN NEGOCIO JURIDICO ATIPICO DE CARACTER ASOCIATIVO SOLO SE EXTIENDE A LAS GANANCIAS QUE RESULTEN DE LO EXPRESAMENTE PACTADO EN EL MISMO, NO A OTROS CASOS, AUNQUE SEAN SIMILARES. (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Tres amigas acuerdan jugar, conjuntamente y de forma continua y habitual, a la Lotería Primitiva, para lo cual realizan una aportación semanal cada una, con el compromiso que, de obtener un premio, se partiría su importe entre las tres por partes iguales. En 1992, una de las tres visó un boleto adquirido en común, el cual no resultó premiado en el sorteo, pero en el concurso televisivo Primi-Juego II, existente por esas fechas, después de transmitirse el sorteo, se telefonó por azar al domicilio de dicha señora, la cual ganó un premio de 25.000.000 de pesetas. Las otras dos amigas formulan demanda, reclamando la partición del premio entre las tres, pues la demandada ganó el premio gracias a la posesión del boleto propiedad de las tres. En

primera instancia se desestimó la demanda, y la Audiencia Provincial revocó la sentencia. La demandada recurre en casación.

El TS estima el recurso calificando, en primer lugar, el acuerdo entre las tres amigas como un negocio jurídico atípico de carácter asociativo, con caracteres similares a los de la Sociedad civil definida por el artículo 1.665 CC, para repartir única y exclusivamente el premio correspondiente en caso de que acertaran a la Lotería Primitiva, no a cualquier otro juego, por lo que no podía extenderse al Primi-Juego, por que no se había pactado, ya que ni siquiera existía en el momento de hacerse el acuerdo (esto ocurrió en 1988), y, aun cuando hubiera surgido para promocionar a la Primitiva, es un juego distinto de ella. Al no ser premiado el boleto, deja de tener valor y la copropiedad del mismo desaparece, puesto que surge un nuevo boleto jugado a la semana siguiente, por lo que el premio obtenido en el Primi-Juego no puede ser interpretado como fruto de dicho acuerdo.

EL OBJETO DEL PRECONTRATO ES LA CELEBRACION DEL CONTRATO DEFINITIVO, NO EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A QUE PUEDA DAR LUGAR ESTE ULTIMO. UN CONTRATO HECHO POR MANDATARIO VERBAL ES NULO A MENOS QUE LO RATIFIQUE EL MANDANTE. (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. José Menéndez Hernández.

En 1986, una SA (a través de un mandatario verbal) y una persona física celebraron un contrato por el cual se comprometían a permutar un local perteneciente a la SA por otro local de iguales características. Más tarde, la SA cede sus derechos a otra, la cual demanda al otro contratante para que lleve a cabo la permuta y otorgue la correspondiente escritura pública, o venta, en su caso, bajo apercibimiento de verificarlo el Juzgado en su nombre y representación y a sus expensas si no lo hiciere. La demanda se estimó en primera instancia, y la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia en cuanto a la obligación de llevar a cabo la permuta, manteniendo en el resto el fallo de dicha sentencia. El demandado recurre en casación.

El TS desestima el recurso al calificar el negocio de precontrato de permuta, y no de contrato propiamente dicho, como sostienen ambas partes, pues en él se dice claramente que se comprometen a permutar, no que permutan, y no se puede exigir, por tanto, el cumplimiento de una obligación que ha de contraerse en el futuro, sino que por este negocio se obligan a realizar el contrato que será fuente de dicha obligación. Por otra parte, la alegación del recurrente de que la Sociedad cedente actuó en la cesión de sus derechos a través de mandatario verbal no puede prosperar, pues un contrato hecho bajo mandato verbal es nulo si el mandante no lo ratifica, y dicha promesa se ratificó expresamente por la Sociedad cedente el 1 de septiembre de 1992, con lo que se convalidó retroactivamente hasta la fecha de la conclusión del negocio.

EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE EJECUCION HIPOTECARIA SE SEGUIRA EN EL LUGAR DONDE RADIQUE LA FINCA HIPOTECADA. EL MANDATO PARA PROCEDER A LA VENTA DE LA FINCA SUBSISTE, PESE A LA MUERTE DEL MANDANTE, DEBIDO A QUE TAMBIEN INTERESA SU CUMPLIMIENTO AL MANDATARIO Y A TERCEROS. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

En 1976, se celebra la venta de un piso situado en Barcelona, sobre el cual se constituye una hipoteca en garantía de un préstamo; en la escritura, entre otras estipulaciones, se pacta la sumisión expresa a los Tribunales de Tarragona—de donde son vecinos los prestamistas—y la constitución del mandato a favor de los ejecutantes para la adjudicación de la finca en caso de ejecución extrajudicial. El comprador fallece en 1983, y su hija y heredera firma, con otras tres personas, un documento privado en el cual reconoce que estaba en deber los intereses de la hipoteca en el que se prorroga el préstamo; en 1984 arrienda la finca, con un anexo en el que vende la finca a la arrendataria, pero este pacto no llega a realizarse. Los prestamistas ejercen la acción hipotecaria extrajudicialmente, la finca se subasta y es adquirida. La prestataria demanda a los prestamistas, a la arrendataria y a los adjudicatarios reclamando la nulidad de la escritura de venta a favor de los adjudicatarios, declarar la cancelación de la inscripción registral de dicha escritura y la indemnización por daños y perjuicios. Se desestima la demanda en primera instancia, y la Audiencia Provincial confirma la sentencia. La demandante recurre en casación.

El TS desestima el recurso alegando, en primer lugar, que la sumisión expresa a los Juzgados y Tribunales de Tarragona no puede oponerse a lo dispuesto en el actual artículo 236 del Reglamento Hipotecario, que exige que el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria sólo sea seguido ante Notario hábil para actuar en el lugar en el que radique alguna de las fincas, hallándose en este caso en Barcelona; además, esta sumisión expresa se señala en el contrato sólo para el procedimiento judicial. En cuanto a la posibilidad de haberse extinguido el mandato a favor de los ejecutantes por fallecimiento del hipotecante (padre de la recurrente), según el 1.732.3º CC no es admisible, porque un mandato puede ser irrevocable cuando su fin sea proteger, no sólo los intereses del mandante, sino también los del mandatario o de terceros (*procurator in rem suam*), y para evitar que se frustre el fin perseguido por voluntad de uno sólo de los interesados, lo que es precisamente el caso del mandato a favor de los ejecutantes para la venta de la finca en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria.

ES VALIDO EL REQUERIMIENTO DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL EN EL QUE SE CONDICIONA LA RESOLUCION CONTRACTUAL AL PAGO DE LAS CANTIDADES ADEUDADAS EN UN PLAZO QUE DISCRETIONALMENTE CONCEDE EL VENDEDOR AL COMPRADOR, Y TAMBIEN ES VALIDA SU ENTREGA EN EL DOMICILIO DE ÉSTE, AUNQUE SE HAGA A OTRA PERSONA. (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Un matrimonio celebra un contrato de compraventa con otro en 1984, y en 1993, los compradores demandan a la esposa y al marido, que falleció en 1987, por lo que le sustituyen sus herederos, reclamando la resolución del contrato, previo requerimiento que se les hizo por medio de Notario y acto de conciliación, en el cual se daba un plazo de ocho días para pagar, apercibiéndoles de que, si así no se hace, se llevará a cabo la resolución. La carta se entrega a una tía del marido en el domicilio de los compradores. La demanda fue estimada en primera instancia y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia. La demandada recurre en casación.

El TS desestima el recurso al rechazar el argumento según el cual no es válido un requerimiento que da un plazo para pagar, resolviéndose el contrato en caso contrario, porque el requerimiento del artículo 1.504 CC no es para que el comprador pague, sino para que se allane a la resolución; pero la jurisprudencia del TS dice que uno de los presupuestos para que el artículo 1504 se aplique es, aparte del requerimiento, la voluntad rebelde al incumplimiento, y si no se paga en un plazo, está clara la voluntad del comprador de no cumplir y allanarse a la resolución. El hecho de que la carta-requerimiento se haya entregado a la tía del marido, advirtiéndole su obligación de entregarla a éste sin especificar nada sobre la esposa, no invalida el requerimiento, pues la carta iba dirigida a los dos y se hizo en el domicilio de ambos.

ES CONDICION «NO INVALIDANTE» AQUELLA EN QUE LA VOLUNTAD DEL DEUDOR DEPENDE DE UNOS MOTIVOS QUE INFLUYEN EN ELLA, AUN CUANDO ESTÉN CONFIADOS A LA SOLA VALORACION DEL INTERESADO. (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figuerola.

En 1987, una SA celebró un contrato privado de opción de compra de un solar con un matrimonio —más exactamente, con el marido, que afirmó actuar con el consentimiento de su esposa—, fijándose un plazo de cuatro meses a partir de la obtención de la licencia de obras para el ejercicio de tal derecho. La SA comenzó a realizar las oportunas operaciones para obtener la licencia, y en 1988, recibió, por conducto notarial, carta de la esposa, en la que negaba su conocimiento del contrato y su consentimiento a la venta del solar, por lo que la SA interpuso querella contra los cónyuges por presunto delito de estafa, cuyas diligencias previas fueron sobreseídas. La SA demandó a los cónyuges reclamando el cumplimiento del contrato, el otorgamiento de escritura pública de compraventa, la resolución en caso de no hacerse aquello y la indemnización por daños y perjuicios. La demanda se desestima en primera y segunda instancias, y la SA recurre en casación.

El TS desestima el recurso al apreciar que la estipulación que señala un plazo desde la obtención de la licencia para ejercitar la opción entra en la categoría de condición puramente potestativa, en cuanto que su dicción da a entender que la eficacia de lo convenido queda supeditada a la exclusiva voluntad del optante, por lo que, en relación con los artículos 1.115 y 1.256 del Código Civil, la jurisprudencia establece una interpretación restrictiva de los mismos, distinguiendo entre condiciones puramente potestativas y simplemente potestativas, basadas, respectivamente, en la pura arbitrariedad y en la valoración de otros intereses, por lo que proclama como condición no inva-

lidante aquella en que la voluntad del deudor depende de un conjunto de motivaciones e intereses que, actuando sobre ella, influyen en su determinación, aun cuando estén confiadas a la sola valoración del interesado.

EL HECHO DEL PAGO INCUMBE PROBARLO A QUIEN LO ALEGA. EL NEGOCIO NO PIERDE VALIDEZ POR INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES DE LAS QUE NO DEPENDE LA VIDA DEL MISMO. (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo.

En 1988 se celebró un contrato de opción de compra de finca rústica, concedida durante un plazo de seis meses, luego prorrogado indefinidamente mientras se pagara el precio de la opción en unas cantidades a pagar semestralmente. Se subordinaba también la eficacia de la opción a que la optante obtuviera la concesión y licencias de explotación y construcción de una gasolinera. Después la optante demandó a la concedente para que otorgara escritura pública, y ésta se negó porque la optante había dejado de pagar el precio correspondiente a dos semestres. Las sentencias de primera y segunda instancias declararon probado tal impago y desestimaron la demanda. La demandante recurre en casación.

El TS desestima el recurso al apreciar que quien ejerce un derecho de opción concedida mediante precio debe demostrar el pago del mismo, lo que en este caso no está probado en autos, y esto incumbe a quien lo alega, no a quien lo niega, por su dificultad y porque a veces determina inversión de la carga de la prueba. No cabe analizar si se concedieron o no las autorizaciones, porque, según el contrato, se subordinó a éstas su eficacia, no su validez, por lo que ésta es una cuestión irrelevante.

LA TRANSMISION DEL DOMINIO POR COMPRA VENTA SOLO TIENE LUGAR SI HAY TRADICION, AUNQUE NO HAYA DUDAS SOBRE LA PERFECCION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figuroa.

En 1991, dos Sociedades celebran un contrato privado de compraventa sobre determinados bienes. En 1993, se ejecutaron los bienes de la Sociedad vendedora, y la Sociedad compradora ejercitó la tercera de dominio alegando dicho contrato, acreditando la realidad de la transmisión con la aportación del documento privado y tres letras de cambio y un cheque. La demanda se desestimó en primera instancia y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia. La Sociedad compradora recurre en casación.

El TS desestima el recurso al establecer que la transmisión de dominio en virtud de compraventa sólo puede hacerse, no sólo probando el perfeccionamiento del contrato (título), sino también la tradición (modo), y en este caso, no es necesario que para aplicar el artículo 1.462 CC haya escritura pública (tradición simbólica), pues también puede serlo la privada, según declara el artículo 1.227 CC. Las sentencias de instancia declararon probado la perfección del contrato, y, por tanto, la existencia de título, pero

no tuvieron por acreditada la entrega de la cosa (modo), porque no consta que el documento cumpla ninguno de los requisitos del 1.227, y la valoración de los hechos probados en las sentencias de instancia no es admisible en casación.

LA FALTA DE OTORGAMIENTO POR UNO DE LOS CONTRATANTES DE LAS GARANTIAS CONVENIDAS DA LUGAR A LA PERDIDA DEL BENEFICIO DEL PLAZO. EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS EN LA VIDA DEL CONTRATO PUEDE ALTERAR LOS EFECTOS JURIDICOS DE LA CONVENIDA POR LAS PARTES. (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

En 1984, dos Sociedades suscribieron con otra un acuerdo sobre reconocimiento de deuda, en cuya cláusula 3.^a se especifican las modalidades de pago, con los correspondientes plazos estipulados al respecto. Después, las acreedoras demandaron a la deudora la suma debida, y la demandada contestó y formuló reconvencción reclamando la improcedencia de la resolución del contrato de concesión operada unilateralmente por las acreedoras, así como su incumplimiento contractual estableciendo la plena vigencia de dicho contrato. En primera instancia se estimó la demanda y se desestimó la reconvencción, condenando a la demandada a pagar la mencionada suma. En segunda instancia, se confirma parcialmente la sentencia, condenando a la demandada al pago de la suma y declarando improcedente la resolución del contrato de concesión, condenando también a la demandante a indemnizar a la demandada por daños y perjuicios una cantidad equivalente al lucro cesante por los catorce meses que no disfrutó la concesión. La demandada recurre en casación.

El TS desestima el recurso al considerar que las garantías dadas para el pago de las cantidades, siendo éstas consistentes en el otorgamiento de escritura pública y entrega de las letras pagaderas en cuatro años, son suficientes para causar la pérdida del beneficio del plazo, pues la deudora ha rehusado otorgar tales garantías, y se estima vencida la deuda ya en el momento de interponerse la demanda, que es el momento que sirve de referencia al estado temporal de la controversia. La posible violación del artículo 1.091 C.C.—posible atribución a un contrato de efectos jurídicos distintos a los convenidos por las partes sin norma alguna habilitante— no se da, debido a la contemplación por la sentencia recurrida de las vicisitudes y circunstancias acaecidas a dicho pacto, para concretar que, efectivamente, se debe la suma señalada. No se incluye la totalidad del lucro cesante en la indemnización, porque la cuantía se supedita al resultado del último ejercicio como modelo de cuantificación de dichos perjuicios.

LA OCULTACION POR EL ASEGURADO DE LAS CARACTERISTICAS DE LA COSA ASEGURADA QUE PUEDEN SER INFLUYENTES Y DETERMINANTES DE LA CONCLUSION DEL CONTRATO ES CONSTITUTIVA DE DOLO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

Una SA constructora reclama a su aseguradora el pago de la indemnización por el siniestro ocurrido en el terreno asegurado. Se estima la demanda en primera instancia y se revoca la sentencia en la segunda. La constructora recurre en casación.

El TS desestima el recurso al declarar que la interpretación que la sentencia recurrida da al artículo 10.3 de la Ley del Contrato de Seguro es correcta, pues el asegurador está exonerado del pago en caso de culpa grave o dolo que supone reticencia en la expresión de las circunstancias conocidas por el tomador del seguro que puedan influir en la valoración del riesgo y que de haberlos conocido el asegurador hubieran influido decisivamente en la voluntad de celebrar el contrato, lo que coincide con la regla general del artículo 1.269 CC. En este caso, la sentencia recurrida declaró probado que la constructora conocía las características del terreno, que obligaron a cambiar el sistema de cimentación, a través de un informe emitido meses antes de la celebración del contrato, ocultando todo ello a la aseguradora.

LOS GASTOS NECESARIOS DEL ARTICULO 453 DEL CODIGO CIVIL SOLO SON EXIGIBLES SI SE REALIZAN PARA LA CONSERVACION DE LA COSA Y REDUNDAN EN BENEFICIO DEL PROPIETARIO NO POSEEDOR. (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

En procedimiento seguido ante la antigua Magistratura de Trabajo —en 1988— se adjudicó a una SA la rotativa propiedad de otra SA. Esta última Sociedad celebró un contrato de arrendamiento sobre unos locales, como arrendataria, con el fin de editar un periódico. En 1989, el Juzgado de lo Social intentó la entrega de la máquina a la adjudicataria, sin que dicha entrega fuese posible por dificultades técnicas. Poco después, la SA poseedora de la máquina formula interdicto de recobrar la posesión, que es desestimado, para hacerse entrega efectiva de la posesión de la máquina, con su extracción de los locales en que estaba instalada, ocupando una de las tres crujías del local, y los locales estuvieron cerrados durante once meses, sin que el citado periódico se publicase. La maquinaria no fue entregada hasta marzo de 1990 a la adjudicataria. Entonces, la poseedora demanda a la adjudicataria reclamando una determinada cantidad más los intereses legales, en concepto de gastos necesarios de conservación de la cosa. En primera instancia se desestima la demanda, y la Audiencia Provincial confirma la sentencia. La poseedora recurre en casación.

El TS desestima el recurso al reconocer los hechos que la sentencia de instancia declara probados, de los que se concluye que los gastos hechos por la poseedora no repercutieron de forma beneficiosa en el adjudicatario que pagó el importe del remate y que no pudo disponer de la rotativa hasta marzo de 1990, hechos que han de mantenerse incólumes en vía casacional. Por tanto, los gastos del artículo 453 CC, que sólo se abonan cuando hayan redundado en beneficio del propietario no poseedor o en la conservación de la cosa, no pueden aplicarse a un supuesto en que la poseedora retrasa a propósito la entrega de la posesión en detrimento económico de la propietaria no poseedora, pues ello sería un enriquecimiento injusto.

EL RECONOCIMIENTO DE DEUDA EN CUANTO NEGOCIO ABSTRACTO TIENE EFICACIA VINCULANTE. LOS ARTICULOS 1.094 Y 1.101 CODIGO CIVIL SOLO SON APLICABLES EN CASO DE DOLO, CULPA O NEGLIGENCIA, Y LA RESPONSABILIDAD A LA QUE ALUDEN ES SUBJETIVA. (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Una SA pesquera prestó una serie de servicios a un Banco, consistentes en atender los gastos de estancia en el puerto de dos buques propiedad del mismo, entre los cuales se incluía la retribución del vigilante de dichos buques; encontrándose éstos amarrados, ocurrió un incendio en el primero, por causas desconocidas, si bien las cerraduras del puente de gobierno estaban forzadas. La SA demandó al Banco reclamándole una cantidad más los intereses legales, y el Banco formuló reconvencción por los daños y perjuicios causados por el incendio. La demanda fue estimada —y desestimada la reconvencción— en primera instancia, y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia. El Banco recurrió en casación.

El TS desestimó el recurso, calificando, en principio, el contrato —por el cual la SA se obligaba a la información, custodia y consignación respecto a los buques— como mercantil, si bien es un contrato atípico, pues las prestaciones son diversas y han sido configuradas como elementos contractuales independientes, siendo por tanto la llamada *teoría de la combinación* la que mejor conviene para dilucidar el régimen jurídico del contrato, que contiene elementos del arrendamiento de servicios y del depósito, pero sin que pueda calificarse concretamente de uno o de otro, por lo que no se pueden invocar para este caso concreto los artículos 303 del CCom. ni el 1.544 CC, invocados en el recurso. Sin embargo, la sentencia recurrida declaró probado que el Banco reconoció su deuda hacia la SA por la relación jurídica entre los dos, y el reconocimiento de deuda es en sí un negocio jurídico contractual abstracto, que se rige por el artículo 1.277 CC, y su efecto es una inversión de la carga de la prueba para destruir la presunción que dicho artículo establece, por lo que correspondía al demandado oponer y probar algún hecho extintivo. Lo que lleva a analizar si la SA demandante incurrió en algún incumplimiento contractual debido al incendio, pues ella contrató al vigilante: la norma aplicable al caso son los artículos 1.094 y 1.101 CC, que regulan las obligaciones de conservación de la cosa e indemnización por daños y perjuicios; pero la responsabilidad que se exige en virtud de éstos sólo puede darse cuando se incurre en dolo, negligencia, morosidad y contravención del tenor de lo pactado, y, en todo caso, debe recaer sobre el vigilante, no sobre la SA que le contrató pues tal responsabilidad es subjetiva, no objetiva, aparte de que no ha sido demostrada en las sentencias de instancia que el incendio sea imputable a omisión del deber de vigilancia, pues el vigilante estaba presente aquel día, y se desconocen las causas del incendio.

LAS OBLIGACIONES ENTRE EXTRANJEROS SE REGIRAN POR EL DERECHO ESPAÑOL CUANDO NO SEA POSIBLE A LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES FUNDAMENTAR CON SEGURIDAD ABSOLUTA LA APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO. (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

Nueve extranjeros demandan a otro extranjero el pago de una deuda más los intereses pactados. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la Audiencia Provincial revoca la sentencia, condenando al demandado al pago de las cantidades aludidas. El demandado recurre en casación.

El TS desestima el recurso al considerar que el artículo 12.6 CC exige que quien invoca la aplicación del Derecho extranjero ha de acreditar en juicio la existencia y la vigencia de tal Derecho, así como su aplicación al caso concreto; todo ello es una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada por la parte invocante, de forma que su aplicación no suscite la menor duda razonable entre los Tribunales españoles. En este caso, según consta en la sentencia de instancia, el demandado admitió en confesión judicial la autenticidad del documento privado y el reconocimiento de que la deuda está contenida en dicho documento. El TS reconoce al Tribunal de instancia soberanía para la apreciación de las pruebas, sin entrar a examinarlas, por no ser la casación una tercera instancia.

LA PREFERENCIA CREDITICIA DEL LEASING SE DETERMINA POR LA FECHA DE LA POLIZA SI LA CANTIDAD ADEUDADA SE CONCRETA EXACTAMENTE EN ESTA. UN CREDITO QUE CONSTE EN POLIZA INTERVENIDA POR CORREDOR DE COMERCIO ES EXIGIBLE EN CUALQUIER CLASE DE CONTRATO, PERO SOLO POR SU IMPORTE, NO POR LAS COSTAS Y GASTOS DEL JUICIO EJECUTIVO. (SENTENCIA DE 30 de diciembre de 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

Una SA de *leasing* celebró con otra SA un contrato de arrendamiento financiero con opción de compra sobre una maquinaria en 1990, mediante póliza intervenida por Agente de Cambio y Bolsa, y dicho contrato estaba garantizado, a favor de la arrendataria, por varios fiadores solidarios: La arrendataria dejó de pagar las cuotas mensuales, y la arrendadora dio por vencidas todas las cuotas concertadas, promoviendo contra al arrendataria y los fiadores un juicio ejecutivo, por su parte, un Banco era tenedor de diversas letras de cambio aceptadas por la arrendataria y libradas por uno de los fiadores, y, al no ser pagadas, el Banco promovió contra la arrendataria juicio ejecutivo, en el que recayó Sentencia de remate de 4 de febrero de 1991. La SA arrendadora promovió contra el Banco y contra el citado fiador un proceso de tercera de mejor derecho. En primera instancia se desestimó la demanda, y la Audiencia Provincial revocó la sentencia. El Banco recurrió en casación.

El TS desestima el recurso en cuanto a sus dos primeros motivos: no se considera vulnerado el artículo 1.924.3º A) CC, porque una póliza intervenida por Corredor Colegiado de Comercio en la que se contiene el crédito es equiparable a la escritura pública, y si la cantidad adeudada está exactamente concretada en la misma póliza, sin necesidad de realizar una posterior liquidación —como es el caso presente—, para resolver cuestiones de preferencia de créditos habrá de atenderse a la fecha misma de la referida póliza, que aquí es de fecha de 26 de noviembre de 1990, es decir, anterior a la sentencia de remate; por otra parte, tampoco se entiende vulnerada la Disposición Adicional 7.ª, la de la Ley 26/88, de 2 de julio, porque, aunque ésta se refiera expre-

samente a pólizas de préstamo, no impide su aplicación a pólizas de otros contratos como el de *leasing* —que son exigibles por el hecho de la suscripción de la póliza por Corredor de Comercio, no por la calificación del contrato.

En cambio, estima el tercer motivo, en el que se denuncia la infracción del 1923.3º A) CC en cuanto a la exigencia de las costas y gastos del juicio ejecutivo, pues la preferencia crediticia que dicho artículo establece se refiere sólo al importe del crédito.

PARA QUE UNA FINCA EN PROPIEDAD HORIZONTAL PUEDA CONSIDERARSE COMO TAL, DEBE SER SUSCEPTIBLE DE APROVECHAMIENTO INDEPENDIENTE Y TENER SALIDA A ELEMENTO COMUN O A LA VÍA PÚBLICA. SI EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA SE HA SEÑALADO LA FINCA SIN ALUDIR A SUS LINDEROS O A SU CABIDA, HA DE ENTREGARSE TODA LA FINCA, Y NO UNA PORCIÓN DE LA MISMA. (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

Dos hermanas demandan la entrega de un apartamento dúplex, su terraza, y un local comercial que hay debajo del mismo, el otorgamiento de escritura pública de compraventa, la entrega de las licencias para la explotación del local, e indemnización por falta de uso y explotación de dicho local a una persona, y los presuntos herederos de una herencia yacente; a esta demanda se acumula otra contra tres Sociedades. En primera instancia se estiman ambas demandas, y la Audiencia Provincial sólo las estima parcialmente. Ambas partes recurren en casación.

El TS estima el recurso de la parte demandante y desestima el recurso de la demandada, al considerar que la terraza del apartamento no es susceptible de propiedad separada, al punto de pertenecer a una de las Sociedades demandadas, y no cabe el argumento de que no pueda ser objeto del contrato, porque una terraza, por sí sola no es susceptible de aprovechamiento independiente, ni tiene salida a elemento común o a la vía pública, según dicen el artículo 396 CC y el 3.a) de la Ley de Propiedad Horizontal, pues sólo puede accederse a ella a través de la planta inferior del apartamento dúplex, por lo que, siendo evidente que está aparejada al mismo, es objeto del contrato junto con él. Por otra parte, tampoco puede alegarse que sólo ha de entregarse la parte de la finca definida dentro de los linderos del apartamento y del local, porque en el contrato no se expresan linderos ni superficie del local, sino que se señaló con otros criterios, por lo que ha de entregarse toda la finca señalada.

M.ª C. C. G.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMIREZ RAMIREZ

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL PRECIO SE HA DE FIJAR CONFORME A LAS NORMAS DE LA LEY DE EXPROPIACION FORZOSA. (SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado n.º 1 de Carballo estimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó la anterior.

Triunfa la casación. Consta en autos que el Juez condenó al arrendatario a pagar al contado y en metálico el precio de 5.422.504 pesetas, pese a que la propia Sala en su fundamento jurídico 3.º hace constar que el precio a pagar se ha de determinar, conforme a lo estipulado en la Ley de Expropiación Forzosa, por lo que, teniendo en cuenta las sanciones del artículo 98 LAR ha de reajustarse la sentencia en la idea de que estos arrendamientos, una vez concedido el derecho de acceso a la propiedad se pagará al arrendador el precio determinado en vía civil, conforme a las normas de valoración que establece la legislación de Expropiación Forzosa como se reconoce, entre otras, en la Sentencia de 20 de febrero de 1993 y de 11 de octubre de 1992. También es cierto que, cuando el precio calculado, conforme a estos preceptos no resulten conformes con el valor real de las fincas, puede acudir el órgano judicial a otros criterios estimativos, lo que no es competencia de la Sala de casación, por lo que es adecuada la remisión que se hace a dichos efectos al procedimiento judicial de ejecución, sin perjuicio de los demás derechos indemnizatorios, que puedan asistir al arrendador frente al arrendatario, conforme a la legislación especial de Arrendamientos.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA DEMANDANTE SIGUE OSTENTANDO LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL A PESAR DE SU EDAD SIENDO IRRELEVANTE A ESTOS EFECTOS LA JUBILACION DEL ARRENDATARIO. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado de Guernica estimó parcialmente la demanda y la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación.

No prospera la casación. Es claro que el arrendamiento es anterior al Código Civil y está acreditada la dedicación personal de la demandante y de su esposo a la agricultura toda su vida, por lo que debe seguir ostentando la condición de cultivador personal por imperativo de la norma legal, no siendo obice para ello la mayor o menor edad o estado civil de su hijo y demandante, ya que es constante doctrina de esta Sala la irrelevancia de la jubilación a efectos de ostentar el jubilado la cualidad de cultivador personal. En cuanto al precio no puede admitirse el señalado por el recurrente, con base en dictámenes que le son favorables, cuando la sentencia dice que se tendrá en cuenta lo dispuesto por el artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa.

RETRACTO.—NO HABIENDO CONOCIDO EL DEMANDANTE LAS CONDICIONES DE LA COMPRAVENTA NO PROCEDE EL COMPUTO DE LA CADUCIDAD DE 60 DÍAS HASTA QUE NO SE APORTA LA ESCRITURA A LOS AUTOS. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado n.º 1 de Jaén estimó la demanda, pero revocó la Audiencia Provincial.

Prospera la casación. La única cuestión que se discute en casación es si se ha dado el transcurso de los sesenta días fijado en el artículo 88 LAR. El tribunal *a quo* entiende que el arrendatario conoció en los primeros días del mes de julio de 1988 las condiciones de la venta y que, en la fecha de presentación de la demanda, habían transcurrido con exceso los sesenta días del plazo legal. Los dueños de la finca no hicieron la notificación del artículo 87 de la Ley y en ninguno de los requerimientos notariales hechos por el arrendatario al comprador se exponen las condiciones del contrato privado de compraventa. La demanda se presenta el 27 de septiembre y, al contestar a la misma, el demandado aporta la escritura pública de venta fechada en 10 de noviembre, en la que aparece que las fincas pertenecen *pro indiviso* a tres personas distintas fijando el precio que los vendedores confiesan tener recibido. La realidad de estos hechos conduce a discutir apreciación probatoria efectuada por la Audiencia, ya que el arrendatario no pudo tener en los primeros días del mes de julio de 1988 el conocimiento exacto de las condiciones del contrato que exigen la doctrina y la jurisprudencia, ya que en ningún sitio figura que el vendedor que aparece en el documento privado sólo tiene la representación de uno de sus hermanos y no del otro y el precio, por tanto, sólo podía ser el de la mitad de la finca, sin que se hiciera alusión a las demás condiciones del contrato que, por tanto, desconocida el día 8 de julio el arrendatario demandante, que no tuvo conocimiento de dichas condiciones hasta que no se aportó a los autos la escritura de fecha de 10 de noviembre y esas condiciones debe conocerlas el arrendatario para que empiece a contar el plazo de caducidad establecido legalmente, infringiendo la Audiencia el artículo 88 de la Ley.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO EXISTE LA SUBROGACION PRETENDIDA PORQUE SOLO CONSTA QUE LOS HIJOS CULTIVAN LA FINCA EN CONCEPTO DE COLABORADORES O COOPERANTES DE SU PADRE. (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado n.º 3 de Salamanca estimó la demanda pero la Audiencia Provincial estimó la apelación, revocando la anterior.

No se admite la casación. La Audiencia desestimó la demanda porque entiende que no se ha probado la cesión ilegal. Apoyó la inexistencia de la subrogación en que no se ha probado que los hijos cultivan la finca en concepto distinto de cooperadores o colaboradores de su padre, pues nada de ello se desprende de que una de las rentas fuese transferida al Patronato arrendador por los hijos del arrendatario. Alega el recurrente una sentencia del Tribunal Supremo recaída en otro proceso distinto, pero esta sentencia no es documento que sirva para acreditar un hecho como el de la subrogación sobre cuya existencia no quisieron conocer ni el Tribunal Supremo ni los órganos de instancia, aunque se alegase la falta de «litisconsorcio» pasivo necesario

por no ser demandados los hijos a quienes se atribuía la cualidad de cesionarios pues aquella excepción procesal alegada no es un reconocimiento de la subrogación y no se desprende de los documentos analizados por la Sala de instancia. No puede admitirse la inaplicación del artículo 75-4.º que establece como causa de resolución del contrato el subarriendo o la cesión, fuera de los casos y con los requisitos previstos en la LAR.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—CONSTA LA ACEPTACION TACITA POR EL ARRENDADOR DEL SUCESOR DEL ARRENDATARIO FALLECIDO, QUEDANDO VINCULADO POR LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS. (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado n.º 1 de Córdoba desestimó la demanda y estimó la reconvencción, declarando que el arrendamiento estaba en prórroga legal, lo que confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. El contrato de 1977 es un nuevo contrato, desligado de los anteriores, por lo que se encuentra en segunda prórroga legal, ya que su duración de seis años alcanza a 1983, la primera prórroga a 1989 y la segunda se inició el 30 de septiembre de este año. La condición de cultivador personal del arrendatario es independiente de su edad y de la extensión de la finca y, por otra parte, este es un hecho nuevo desde el punto de vista del recurso extraordinario. También consta la aceptación tácita por el arrendador de la persona que ha sucedido al arrendatario fallecido quedando vinculado el arrendador por la doctrina de los actos propios. La renuncia a la prórroga, hecha en 1984 por el arrendatario, es nula pues únicamente podría haber renunciado en el momento en que pudiera ejercitarla y no cinco años antes, debiendo constar además dicha renuncia en documento público, debiendo considerarse nula y no puesta esta cláusula de renuncia, según reiterada jurisprudencia. En cuanto al recurso del actor es de tener en cuenta que la interpretación de los contratos es competencia de los tribunales de instancia, sin que la confesión sea hoy prueba plena de necesario acatamiento, pudiendo ser desvirtuado por otras estimaciones probatorias, siendo perfectamente congruente la sentencia de la Audiencia que dice que el contrato que se inició en 29 de septiembre de 1977, se encuentra en su segunda prórroga legal sin que a estos efectos le afectase la transacción de 1984.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—NO ES ADMISIBLE LA CASACION PORQUE LA CUANTIA DE LA RENTA ES INFERIOR A LA DE 500.000 PESETAS, MINIMO ESTABLECIDO PARA ESTE RECURSO EXTRAORDINARIO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado n.º 2 de Vitoria desestimó la demanda y la Audiencia provincial confirmó la anterior.

No se admite la casación. La renta anual que se está satisfaciendo es la de 16.445 pesetas pero el artículo 132.3 LAR, señala que sólo tendrán acceso a casación los casos en que la renta supere las 500.000 pesetas, por lo que debe desestimarse su admisión.

CONVERSION DE APARCERIA EN ARRENDAMIENTO.—LA FINCA TIENE UN VALOR EN VENTA SUPERIOR AL DOBLE DEL QUE EN LA ZONA CORRESPONDE A LAS DE SU MISMA CALIDAD O CULTIVO, EXCLUYENDOSE DE LA APLICACION DE LA LEY ESPECIAL. (SENTENCIA DE 4 DE ENERO DE 1995.)

El Juzgado n.º 5 de Reus estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

Triunfa la casación. El Juzgado y la Audiencia admiten la conversión de la aparcería en arrendamiento, pero la finca, según la prueba pericial tiene un valor en venta superior al doble del que en la zona corresponde a las de su misma calidad o cultivo, debiendo registrarse el contrato por la normativa común del Derecho Civil y no por la Ley especial. El Juez no admite esta exclusión de la Ley especial, sin tener en cuenta que los peritos, en su valoración se refieren a fecha anterior y próxima a la del contrato de aparcería, con el consiguiente incremento actual que es notorio, ya que se trata de terreno a unos centenares de metros de una urbanización y, a poco más de un importante núcleo urbano en auge reconocido, siendo objeto de sobreprecio actual, que obliga a excluir el inmueble de la normativa arrendaticia especial y la sentencia que se cita, de 5 de junio de 1990, se basa en una prueba pericial de sentido contrario a la aquí pactada.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EL CIERRE POR MAS DE SEIS MESES DEL LOCAL, BASADO EN LA EXPECTATIVA DE UN TRASPASO O SUBARRIENDO NO CONSTITUYE LA JUSTA CAUSA DEL ARTICULO 62 LAU. (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1994.)

El Juez n.º 4 de Santa Cruz de Tenerife estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No procede la casación. Se pactó en el contrato que el arrendatario puede subarrendar libremente el local arrendado así como cambiar el destino del negocio, pero la demanda se basa en el cierre durante más de seis meses en el transcurso del año sin justa causa (art. 62 LAU). Si es lícita la explotación de un negocio, distinto a aquel que estaba establecido en el comienzo de la relación arrendaticia, las obras de adaptación no justifican el cierre por tiempo superior a los seis meses y si no puede hacerse el cambio de negocio, se debe volver al anterior en lugar de cerrar el establecimiento por más tiempo del permitido por la Ley, tratando de justificarlo ante la expectativa de un traspaso o subarriendo porque se convertiría el arrendamiento en fuente de especulación con bienes ajenos que la Ley no puede proteger, al implicar el cierre de toda actividad, la pérdida de la clientela en perjuicio del propietario, por lo que no constituye la causa justa de cierre a que se refiere el artículo 62 LAU, concepto que consiste en hechos que estén ausentes de voluntariedad y de conveniencia, exclusivamente.

REVISION DE RENTA.—LA CADUCIDAD NO ADMITE INTERRUPCION EN SU COMPUTO COMO SUCEDER CON LA PRESCRIPCION POR LO QUE DEBE CONTARSE EL PLAZO DESDE LA PRIMERA DE LAS DOS NOTIFICACIONES HECHAS AL ARRENDATARIO. (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado n.º 2 de Granollers estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No se admite la casación. Pretende el recurrente que la acción ejercitada para el aumento de renta es de naturaleza personal, con un plazo de prescripción de quince años, ya que se excluye la aplicación del artículo 106 LAU por tratarse de un aumento pactado convencionalmente, y no derivado de la Ley especial. El artículo 101.1.º LAU, faculta al arrendador para elevar la renta, pudiendo ejercitarla en cualquier tiempo, pero sin que tenga efectos retroactivos. Esta acción debe estar sometida al plazo de 15 años del artículo 1964 del Código Civil. El ejercicio de la facultad ha de hacerse en forma escrita, pero no verbal. El mismo artículo establece que si el arrendatario rechazase la elevación propuesta y ésta fuese legítima, el arrendador puede optar, entre reclamar las diferencias o resolver el contrato y, en ambos casos, la acción caduca a los tres meses desde la negativa. En este caso hubo dos notificaciones de aumento, por haberse opuesto el arrendatario a la primera. Hay que entender, por imperativo de la seguridad jurídica que el cómputo para la caducidad ha de hacerse desde la primera notificación, ya que la caducidad no admite causas de interrupción, como las de la prescripción en el artículo 1.973 del Código Civil siendo obvio que, hecha la primera notificación en 20 de junio de 1988 y, presentada la demanda en marzo de 1989, había transcurrido con exceso el plazo de tres meses del artículo 101 LAU.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—AL BASARSE LA RESOLUCION EN LA EXISTENCIA DE CESION INCONSENTIDA, ES IRRELEVANTE EL ERROR SUFRIDO EN LA FECHA DE FALLECIMIENTO DEL PRIMITIVO ARRENDATARIO. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1995.)

El Juzgado n.º 1 de Granada estimó la demanda, por traspaso inconsentido, lo que confirmó la Audiencia Provincial.

El Tribunal Supremo declara la inexistencia de error judicial en la sentencia de la referida Audiencia. Argumenta el recurrente que se produjo un error en la fecha del fallecimiento del primitivo arrendatario, que era determinante del fallo, pero no es así, porque la resolución del arrendamiento se basa en la cesión inconsentida hecha a una comunidad voluntaria formada por personas distintas a dicho arrendatario, lo que no puede por menos de incidir en la causa 5.ª del artículo 114 LAU, siendo irrelevante el error en la fecha del fallecimiento del arrendatario.

DESAHUCIO POR PRECARIO.—EN EL PROCEDIMIENTO SUMARIO DE DESAHUCIO, BASTA QUE EL DEMANDADO NO TENGA TITULO O QUE EL ALEGADO SEA INSUFICIENTE O SIN PAGAR RENTA, PARA QUE SE DE EL DESAHUCIO. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1995.)

El Juzgado n.º 5 de Barcelona estimó la demanda y confirmó la Audiencia provincial.

No prospera la casación. El demandado alega su condición de subarrendatario de la anterior arrendataria, pero la complejidad del tema obligaría a discutirlo en el juicio ordinario y no en el procedimiento sumario de desahucio en el que basta que el demandado no tenga título, o que el alegado sea ineficaz y sin pagar renta, para que se dé el desahucio.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EL PROYECTO DE CONTRATO PRESENTADO PODRIA SERVIR PARA UN MERO CONTRATO Y NO PARA PRORROGAR EL ANTERIOR, QUE SE HABIA EXTINGUIDO. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1995.)

El Juzgado n.º 12 de Madrid estimó la demanda y la Audiencia confirmó. No se admite la casación. El contrato se hizo por plazo determinado, que concluyó el 30 de agosto de 1989 habiéndose pactado su sujeción al RDL 2/1985 de 30 de abril. La entidad arrendadora requirió a la recurrente para evitar la tacita reconducción. El documento aportado en contra, es un simple modelo de documento de ampliación de plazo de duración contractual y un modelo de aval que debería suscribir el Banco, pero no conforma relación contractual alguna, emanada de las libres voluntades coincidentes de los posibles interesados pues carece de firma y de toda adveración y no se acredita por pruebas convincentes que se hubieran llevado a cabo en forma debidamente perfeccionada. Se trata de un simple proyecto unilateral al que se le despoja de toda eficacia vinculante. Tampoco prueban nada las facturas de las obras realizadas conforme a la autorización del contrato y que, en todo caso eran de su cuenta siendo irrelevante su mayor o menor costo y el beneficio del objeto material del arriendo, lo que no justifica la prórroga verbal del contrato, que es lo que pretende el recurrente. Tampoco se puede impugnar la prueba de presunciones por ilógica; ilegal o impropia ya que no se ha tenido en cuenta por el tribunal, para dictar el fallo recurrido. El proyecto presentado podría servir para un futuro contrato, ya que el anterior se había extinguido y no podía prorrogarse lo que ya no existía. No hay abuso de derecho por la arrendadora toda vez que la duración fue la que libremente pactaron los interesados, acogiéndose al RDL de 1985 y no a la LAU, ejercitando legítimamente la sociedad arrendadora su derecho a la recuperación del local.

C. R. R.

D) FAMILIA

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

SEPARACION MATRIMONIAL.—REGIMEN DE VISITAS AL HIJO MENOR. (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1999.)

Reclamado por el padre separado —actor, apelado y recurrido—, que se fijarán los derechos de comunicación y visitas a su hija de tres años y acordado dicho régimen por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 23 de Madrid,

cuya sentencia fue confirmada por la de la sección 22.^a de la Audiencia Provincial de la capital, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, declara no haber lugar al recurso de casación y establece que es imposible pretender el aislamiento total y permanente de la menor respecto a su comunicación con el padre.

SEPARACION MATRIMONIAL.—CONVENIO REGULADOR.—ARTICULO 90 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Aprobado judicialmente el convenio regulador en el que se liquida la sociedad de gananciales y suscrito en la misma fecha un documento privado en el que se reconoce a la esposa el derecho a percibir como resultado de tal liquidación una cantidad en efectivo superior a la que consta en dicho convenio, el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 5 de Vitoria estimó parcialmente la demanda interpuesta por la esposa rebajando en unos dos millones de pesetas la suma a percibir por ésta respecto a la que consta en el documento privado, sentencia que, apelada por ambos cónyuges, fue confirmada por la de la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Vitoria.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Pedro González Poveda, declara no haber lugar al recurso de casación manifestando que la aprobación judicial que establece el artículo 90 del Código es un requisito o *conditio iuris* de eficacia del convenio regulador, no de su validez, y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia. Y ello no impide que al margen del convenio regulador los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado, ya se haga de forma simultánea, pero con referencia al convenio, a la suscripción de éste o posteriormente, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente; tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes, siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez.

SEPARACION MATRIMONIAL. CONVENIO REGULADOR. (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Demandando la esposa a su marido para que se declarase el complemento de la liquidación de la sociedad de gananciales efectuada en el convenio regulador aprobado judicialmente y habiendo sido acogida su pretensión por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 4 de Logroño, cuya sentencia fue confirmada por la de la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de dicha población, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Román García Varela, declara no haber lugar al recurso de casación, declarando que las circunstancias tenidas en consideración por los interesados como idóneas cuando pactaron el convenio regulador pueden modificarse por vicisitudes ulteriores después de que la sentencia haya ganado la nota de firmeza, lo que cuando excede de las reglas de los apartados 8.º a 11.º de la Disposición Adicional sexta de la Ley 30/1981 ha de dilucidarse mediante el juicio declarativo oportuno.

SEPARACION MATRIMONIAL.—CONVENIO REGULADOR. LIQUIDACION POSTERIOR DEL REGIMEN GANANCIAL. (SENTENCIA DE 12 DE ENERO DE 1999.)

Faltando acuerdo entre los cónyuges respecto al inventario y partición de los gananciales, con base al convenio regulador, estimada parcialmente por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 3 de Albacete la demanda de la esposa y desestimada por la sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Albacete la apelación de ésta, que interpone recurso de casación, el Tribunal Supremo lo desestima en ponencia del Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, sin estimar la pretendida indefensión ni defectos procesales y sobre la base de que las valoraciones con competencia del Tribunal de Instancia.

SEPARACION MATRIMONIAL.—PENSION COMPENSATORIA Y ALIMENTOS. (SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

Estimada por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 4 de Salamanca la demanda de la esposa parcialmente y siendo también estimado el recurso de apelación por ella interpuesto ante la Audiencia Provincial de Salamanca, que señala las pensiones a satisfacer a la misma y a sus hijos por el marido y esposo, interpone este recurso extraordinario de revisión que es declarado inadmisibile por el Tribunal Supremo en ponencia del Magistrado don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, basándose en que el recurso de revisión por su naturaleza de extraordinario requiere que la interpretación de los supuestos que lo integran haya de realizarse con criterio restrictivo y que la resolución recurrida no tiene la naturaleza ni la autoridad de cosa juzgada, puesto que el artículo 100 del Código Civil permite la modificación de la pensión por circunstancias sobrevenidas (S. 17-03-1997).

SEPARACION MATRIMONIAL. PENSION COMPENSATORIA. ARTICULO 97 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

Estimadas parcialmente tanto la demanda de la esposa como la reconvencción que formula el marido, por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 1 de Castellón, la sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Castellón estimó parcialmente la apelación de la esposa elevando la pensión a percibir por éste de las 200.000 pesetas fijadas por el Juzgado a 550.000 pesetas mensuales, cantidad que se actualizará anualmente a tenor de las oscilaciones que experimente el índice de precios al consumo público por el INE.

Interpuesto recurso de casación por el marido alegando error judicial, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, declara la inexistencia del pretendido error, conforme a los siguientes fundamentos:

a) Que el denominado error judicial (sobre cuya tutela goza del marco supranormativo del art. 121-1 CE), incluso, en su referencia más remota y hasta con ecos de popularidad, proviene de una actuación o decisión de los órganos de justicia que a la hora de cumplir su mandato jurisdiccional *dictio iuris* o *decir el derecho* incurrir en un desvío de tal naturaleza o en una

equivocación tan crasa y elemental, y hasta perceptible socialmente por el efecto de injusticia que producen, que, sin duda, bien por confundir o no distinguir cabalmente los supuestos de hecho enjuiciados —en su perfil más conocido, se condena a A en vez de a B que es el verdadero autor del ilícito— bien porque con manifiesta torpeza o negligencia —aunque, obvio es, haya *ab initio* que descartar la intencionalidad pues, entonces, entraría en juego la tipicidad penal— se aplica una norma o ley manifiestamente contraria o desviada del modelo preconstituido o incluso, por torpeza, se decide algo que no coincide cuantitativa o cualitativamente con la *ratio decidendi*, y con ello a resultados de tales conductas se infiere una afectación o menoscabo o perjuicio a la parte que tiene que padecer tal pronunciamiento tortuoso o *erróneo*: así las cosas y aunque el instrumento judicial cuente o goce con garantías de imparcialidad, competencia o probidad, por principio, y al estar asumido por sus titulares miembros de la propia relatividad de la especie humana, no tiene por qué descartarse que, aunque excepcionalmente, pueden incurrir o cometer conductas como las descritas, y entonces, en cualquier Estado de Derecho que se precie de tal, debe el ciudadano litigante o justiciable que fue víctima de esa decisión «errónea» contar o estar asistido de la tutela necesaria para, aunque sea por la vía de resarcimiento *ex post*, poder restaurar los quebrantos soportados por esa decisión «a todas luces injusta», pues, precisamente se dictó con los componentes descritos de patológica estructuración de la función judicial controvertida; más, por supuesto, esa caracterización nunca puede marginar la misma soberanía —más bien independencia— de corte funcional que los órganos de la justicia ostentan por atribución constitucional, la cual si bien les conmina a la inexcusabilidad decisoria, también les provee de poderes propios que, ubicados dentro de la llamada metodología judicial, les permita cumplir con su función de «decir el derecho aplicable» no sólo en cuanto que, tras el aislamiento del caso litigioso, en sus coordenadas fácticas relevantes, habrán de elegir la norma aplicable, sino, en especial, que después de esa selección, habrán de ajustar la misma al caso debatido, en una labor de auténtica interpretación aplicatoria —no hace al caso deslindar la pureza en dogmática jurídica entre la «aplicación» y la «interpretación» como quehaceres de aquella metodología judicial—; interpretación, pues, como búsqueda del sentido más acorde de la norma con el litigio, que no sólo habrá de efectuarse con absoluta independencia que es tanto como no injerencia de factor alguno de presión, sino que, pueda, en su caso, derivar en una conclusión o tesis que no coincida con la que provenga de cualquier otro sector de juridicidad o, mucho menos, de la que se sustenta por la parte interesada; opinar de otro modo, sería tanto, como afirmar que cualquier diferencia interpretativa entre la tesis judicial y la de la parte interesada —de ordinario la que vio rechazada su pretensión— provocaría un desvío atacable por la vía del error judicial, cercenándose con ello unas de las savias más fructíferas y garantes de aquella independencia funcional, como es la omnímoda libertad, salvo el respeto a la Ley, de los Tribunales al resolver los litigios con criterios de especial entendimiento de las sanciones así establecidas.

Una confirmación de esta tesis sobre la conceptualización del «error judicial» puede encontrarse en la siguiente exposición jurisprudencial: «El error judicial ha de dimanar de una resolución injusta o equivocada, con yerro indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan sólo a ojos de quienes fueron parte o se sienten perjudicados, requiriendo el error propio que se haya *actuado abiertamente fuera de los cauces legales*, partiendo de unos hechos distintos de aque-

llos que hubieran sido objeto del debate y sobre los cuales el juzgador haya tenido un conocimiento equivocado por causas extraprocesales, y no cuando se trata de apreciar pretendidos errores *in iudicio* o *in iudicando*, lo que determina que al amparo de un supuesto error judicial no puedan denunciarse interpretaciones que quien pretende su declaración estima subjetivamente incorrectas o violaciones en orden al alcance y efectos de la ley material, como tampoco errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, ni puedan atacarse conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales dentro del esquema traído al proceso bajo los principios de contradicción y bilateralidad, ya que de otro forma, como declaró la Sentencia de 13 de abril de 1988, se establecería una nueva instancia y una evidente fisura a la seguridad jurídica; o como dice la Sentencia de 4 de febrero de 1988, el error judicial no puede basarse en establecer motivaciones subjetivas, cual pretende la recurrente, sobre la interpretación de las leyes que el Tribunal aplicó con criterio racional y lógico dentro de las normas de la hermenéutica jurídica, sin que esta Sala pueda prejuzgar, dentro de tal clase de procedimientos, si dicho criterio es el único aceptable o si existen otros también razonables, ya que en modo alguno pueden unos y otros considerarse constitutivos de error judicial generador de indemnización (S. de 22 de julio de 1989)».

SEPARACION MATRIMONIAL.—CONVENIO REGULADOR. OMISION DEL PASIVO. ARTICULO 90 DEL CODIGO CIVIL.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagomez Rodil, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el marido demandado contra la sentencia de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Bilbao, que había confirmado íntegramente la del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de esa población, declarando que «el hecho de que en el convenio se haya omitido todo el pasivo no le quita eficacia y se mantiene subsistente, pues lo que procede es que se complete y adicione con los olvidados (S. de 20-11-1993), conforme autoriza el artículo 1.079 del Código Civil, al que remite expresamente el 1.410 (*favor partitionis*), que es lo que aquí ha sucedido». Y que «una vez homologado el convenio —en otro caso carecería de eficacia procesal—, los aspectos patrimoniales no contemplados en el mismo y que sean compatibles, pueden ser objeto de convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial pendiente de liquidación, y ningún precepto impide reclamarlo al otro ex-cónyuge que resulte deudor del mismo».

SOCIEDAD DE GANANCIALES. EXTINCION. SEPARACION DE HECHO. (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1999.)

Declarada la extinción de la sociedad de gananciales es conforme al artículo 1.393 n.º 3.º del Código Civil, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Menéndez Hernández declara no haber lugar al recurso de casación contra la sentencia de la Sala 2.ª de la Audiencia Provincial de Santander que había confirmado la del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de esa población, ya que el presupuesto legal se ha cumplido con exceso, pues durante años uno de los cónyuges habita en una ciudad diferente sin posición formal del otro.

TUTELA. FACULTADES DEL TUTOR. ARTICULO 287 DEL CODIGO CIVIL.
(SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1999.)

Entre las facultades del tutor no se encuentra la de ejercitar la acción de separación matrimonial.

Interpuesto por el Ministerio Fiscal recurso de casación en interés de Ley contra la sentencia de la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, confirmatoria de la dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 3 de esa población, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Pedro González Poveda declara no haber lugar al recurso, basado en que la declaración general del artículo 267 del Código Civil ha de matizarse teniendo en cuenta la naturaleza de la representación que exige que la declaración de voluntad sea una declaración de voluntad propia del representante aunque sus efectos hayan de recaer en el representado, por lo que la generalidad de la doctrina excluye del ámbito de la representación los negocios jurídicos de Derecho de familia, dado su carácter personalísimo que requiere que esa declaración de voluntad emane de la persona a quien el acto va a afectar; especialmente, se considera indamisible la representación en relación con aquellos actos que implican un cambio en el estado civil de las personas que solo pueden ser decididos por aquellos cuyo estado civil va a resultar modificado. Tal es el caso de las acciones civiles de separación matrimonial o divorcio en que, por su estimación, surge un estado civil nuevo de los cónyuges o ex-cónyuges sometidos a un régimen jurídico distinto de aquél por el que se venían rigiendo; por ello, el ejercicio de tales acciones solo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge a quien la Ley reconoce legitimación para ello.

Según esta sentencia el totalmente incapacitado, que ya lo era al tiempo de contraer matrimonio, si bien su incapacidad no estaba declarada judicialmente, está «condenado» a permanecer casado, —pues no puede obtener la separación, nulidad o divorcio por sí mismo, dada su situación de incapacidad, ni tampoco puede hacerlo a través del tutor, por tratarse de un acto personalísimo, lo que no deja de ser una antinomia de primer orden. Como el Derecho canónico es más liberal en este punto, tratándose de este matrimonio, la solución pudiera encontrarse en obtener la separación en vía canónica, ya que el canon 1674 considera hábiles para impugnar el matrimonio, además de los cónyuges, al promotor de justicia y sólo limita a los cónyuges el ejercicio de la acción en caso de matrimonio rato y no consumado (canon 1697); y una vez obtenido la sentencia canónica, pedir su ejecución en vía civil. También podría pedirla en esta vía el cónyuge capaz y en este caso, ¿seguiría estimando el Tribunal de este pleito que el tutor no puede representar al cónyuge incapaz? Como vemos, no resulta muy congruente y ajustada a los graves intereses en juego, esta sentencia. Sin que sea de recibo su argumento conceptual y abstracto del carácter personalísimo de la acción, pues también en otros casos que afectan al estado civil (v. gr.: declaración de fallecimiento del ausente, acciones de reclamación o impugnación de filiación y paternidad) se permite su ejercicio a los representantes. Además militan en contra de esta sentencia los siguientes argumentos:

— No estamos ante una representación voluntaria, sino que la del tutor viene a asimilarse a la representación legal del padre o madre, como lo demuestra el supuesto de la patria potestad prorrogada, por lo que no es válido el argumento de que la declaración de voluntad no pueda ser sustituida, puesto

que por el propio presupuesto, hay que partir de la incapacidad del representado.

— El artículo 40 de la Ley de Divorcio de 2 de mayo de 1932 permitía expresamente al tutor del incapaz pedir la separación con autorización del Consejo de Familia.

— Si el cónyuge capaz puede solicitarla, también debería poder hacerlo en representante legal del incapacitado, a fin de mantener la igualdad de derecho entre ambos cónyuges.

— Los Tribunales están para decidir en casos concretos atemperando el carácter de la ley a los supuestos de hecho. En este caso, matrimonio sin hijos, siendo la madre tutora del incapaz, parece que la interpretación debería tener en cuenta que los padres suelen procurar lo mejor para sus hijos. *¿Quid* si el cónyuge capaz abusara de su situación o infringiera sevicias al otro incapaz?

— La misma discrepancia entre los órganos jurisdiccionales demuestra lo peligroso de la interpretación conceptualista de las normas, pues el Juzgado n.º 6 de Oviedo estimó, en auto de jurisdicción voluntaria, facultada a la madre para que en representación de su hijo tutelado interpusiera demanda de separación o divorcio contra su esposo, auto que fue confirmado, ante la oposición de éste, por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo. Mientras que la sección 6.ª de ésta mantiene criterio opuesto confirmando la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3.

— En caso de duda, la interpretación ha de favorecer el interés más débil, más necesitado de protección, que es el del incapaz, a través de su representante legal.

MATRIMONIO CIVIL.—NULIDAD, USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Declarada la nulidad del matrimonio civil a instancia de la esposa por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Zaragoza, que decidió que «el uso del domicilio del matrimonio no se adjudica a ninguna de las partes, pudiendo seguir ocupándolo la esposa hasta un plazo máximo de seis meses. Los restantes efectos de la nulidad podrán solicitarse en ejecución de sentencia. «Apelada la sentencia por ambos cónyuges fue confirmada por la de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Interpuesto recurso de casación por la ex-esposa, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta declara no haber lugar al mismo, basándose en que se trata de una cuestión de hecho, conforme al artículo 96-3 del Código Civil, que ha sido correctamente valorada por el Tribunal de Instancia.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES.—NULIDAD POR CAUSA ILICITA. ARTICULOS 1.325 Y 1.326 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1999.)

Declarada la nulidad, por simulación y/o ilicitud de la causa, de la escritura de capitulaciones matrimoniales, en virtud de tercera de dominio postulada por la esposa, y a instancia de los acreedores, por el Juzgado de 1.ª

Instancia n.º 3 de Gijón, sentencia que fue confirmada por la de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara no haber lugar al recurso de casación apreciando la ilicitud de la causa que motivó el otorgamiento de la escritura de capitulaciones, aunque el crédito mercantil contraído fuese posterior a dicha escritura, porque la causa de la distribución de los bienes matrimoniales no resulta real, cierta y efectiva.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. EXTINCION. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1999.)

La sociedad de gananciales se disuelve *ope legis* desde que recae sentencia firme de separación matrimonial.

Los bienes gananciales pasan a integrar, hasta la liquidación, una comunidad postmatrimonial, de naturaleza especial.

Son nulos los actos dispositivos de dichos bienes realizados por un solo cónyuge, sin el consentimiento del otro.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, declara haber lugar a la total casación y anulación de la sentencia dictada por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que había revocado la del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Vigo, que confirma, salvo en lo referente a las costas, conforme a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Los presupuestos fácticos que, para la adecuada y exigible comprensión de la cuestión litigiosa planteada, han de ser aquí consignados, son los siguientes: 1.º Don José-Manuel Porto González y doña María de las Nieves Álvarez Martínez estaban casados entre sí, hallándose su matrimonio sometido al régimen económico de la sociedad legal de gananciales. 2.º Mediante documento privado de fecha 22 de enero de 1985, don José-Manuel Porto González (casado con doña María de las Nieves Álvarez Martínez) compró a don José Loureiro Velay ciento cincuenta y seis (156) acciones nominativas, señaladas con los números 1795 al 1950, de la entidad mercantil «Plaza de España, Estación de Servicio, S.A.», por el precio de un millón quinientas sesenta mil pesetas. 3.º Mediante documento privado de fecha 22 de enero de 1985, don José-Manuel Porto González (casado con doña María Nieves Álvarez Martínez), compró a don Leandro Álvarez Vázquez cincuenta y dos (52) acciones nominativas, señaladas con los números 2001 al 2052, de la entidad mercantil «Plaza de España, Estación de Servicio, S.A.», por el precio total de quinientas veinte mil pesetas. 4.º Por medio de acta notarial de fecha 20 de febrero de 1988 (autorizada por el Notario de Vigo, don José-Luis Espinosa Anta), doña María de las Nieves Álvarez Martínez requirió a su esposo don José-Manuel Porto González «a fin de que se abstenga de realizar cualquier acto de administración o disposición de bienes pertenecientes a la sociedad legal de gananciales, sin autorización expresa de su esposa y de forma especial en lo referente a las acciones de la entidad mercantil "PLAZA DE ESPAÑA, ESTACION DE SERVICIO, S.A.", anteriormente mencionadas». 5.º Por medio de acta notarial de fecha 20 de febrero de 1988 (autorizada por el mismo Notario anteriormente dicho), doña María de las Nieves Álvarez Martínez requirió a don José Loureiro Velay, aparte de otros extremos, a fin de que «se

abstenga de efectuar cualquier transacción en relación con las acciones que fueron objeto de compraventa, sin contar con la autorización de la requirente señora Alvarez Martínez, toda vez que las mismas pertenecen a la sociedad de gananciales del matrimonio, del que es contrayente y parte interesada». 6.º En el mes de mayo de 1988, doña María de las Nieves Alvarez Martínez promovió contra su esposo don José-Manuel Porto González, contra don José Loureiro Velay y contra doña Carmen Porto González y don Leandro y doña Monserrat Alvarez Porto (viuda e hijos, respectivamente, del fallecido don Leandro Alvarez Vázquez), un juicio de menor cuantía (autos número 248/88 del Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Vigo), en el que postuló se dicte sentencia en la que se declare: a) La validez del contrato de compraventa de acciones suscrito en fecha 22 de enero de 1985 entre don José Loureiro Velay, extendido en papel timbrado, clase 7.ª, n.º 1A2207892; b) La validez del contrato de fecha 22 de enero de 1985, suscrito entre don Leandro Alvarez Vázquez y don José-Manuel Porto González para la compraventa de acciones, extendido en papel timbrado, clase 7.ª n.º 1B2052435; c) Se condene a los demandados a cumplir dichos contratos en todos sus extremos y en especial en el contenido de sus cláusulas tercera y cuarta. En dicho juicio de menor cuantía, el referido Juzgado dictó sentencia de fecha 29 de septiembre de 1988, la cual contiene el siguiente FALLO: «Que estimando íntegramente la demanda formulada... debo declarar y declaro: a) La validez del contrato de compraventa de acciones suscrito en fecha 22 de enero de 1985 entre don José Loureiro Velay y don José-Manuel Porto González, extendido en papel timbrado, clase 7.ª n.º 1A2207892; b) La validez del contrato de fecha 22 de enero de 1985, suscrito entre don Leandro Alvarez Vázquez y don José-Manuel Porto González para la compraventa de acciones, extendido en papel timbrado, clase 7.ª n.º 1B2052435; c) Condenar a los demandados, a cumplir dichos contratos en todos sus extremos y en especial en el contenido de sus cláusulas tercera y cuarta». 7.º En ejecución de la referida sentencia (que había quedado firme) el Corredor de Comercio Colegiado, de Vigo, don Guillermo García Gómez, con fecha 13 de enero de 1989, autorizó Póliza de compra, por don José-Manuel Porto González, de 208 acciones (156 que, por documento privado de fecha 22 de Enero de 1985, había comprado a don José Loureiro Velay, más 52 acciones que, también por documento privado de la misma fecha, había comprado a don Leandro Alvarez Vázquez), numeradas del 1795 al 1950 y del 2001 al 2052, de la entidad mercantil «Plaza de España, Estación de Servicio, S.A.», por el precio total de dos millones ochenta mil pesetas. 8.º En proceso de separación matrimonial (autos número 442/88 del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Vigo), seguido entre doña María de las Nieves Alvarez Martínez, como demandante, y su esposo don José-Manuel Porto González, como demandado, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña dictó sentencia de fecha 22 de marzo de 1990, que contiene el siguiente FALLO: «Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por doña María de las Nieves Alvarez Martínez contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Vigo, de fecha 29 de marzo de 1989 y estimando la demanda interpuesta por aquella contra don José-Manuel Porto González y el Ministerio Fiscal, declaramos la separación matrimonial de dichos cónyuges, con los efectos legales correspondientes y entre ellos la inscripción registral de esta sentencia y con los demás efectos personales, familiares y económicos que se determinen en ejecución de sentencia, sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de ambas instancias. Esta

sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso alguno». 9.º Mediante Póliza de Contrato de Compraventa de Valores Mobiliarios, de fecha 16 de octubre de 1990 (autorizada por el Corredor de Comercio Colegiado de Vigo, don José-Luis Prieto Fenech), don José-Manuel Porto González vendió a la entidad mercantil «Plaza de España, Estación de Servicio, S.A.» las doscientas ocho (208) acciones de dicha entidad mercantil, a las que nos hemos referido anteriormente, por el precio efectivo total de seis millones ochocientas ochenta y una mil doscientas sesenta y cuatro (6.881.264) pesetas.

Con base en los presupuestos fácticos que anteriormente han sido relacionados, en octubre de 1991, doña María de las Nieves Álvarez Martínez promovió contra don José-Manuel Porto González y contra la entidad mercantil «Plaza de España, Estación de Servicio, S.A.» el juicio de menor cuantía del que este recurso dimana, en el que postuló se dicte sentencia (según se dice textualmente en el *petitum* de la demanda) «por la que se declare la nulidad absoluta del contrato de compraventa de las 208 acciones de la entidad mercantil 'Plaza de España, Estación de Servicio, S.A.', efectuado entre los demandados en fecha 16 de octubre de 1990, o subsidiariamente se declare la rescisión de la compraventa efectuada».

En dicho proceso no se personó el demandado don José-Manuel Porto González, por lo que, en su momento, fue declarado en situación de rebeldía procesal, en la que se ha mantenido; solamente se personó la codemandada entidad mercantil «Plaza de España, Estación de Servicio, S.A.», la que contestó a la demanda y pidió la total desestimación de la misma.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró «nulo el contrato de compraventa de 16 de octubre de 1990 celebrado entre las partes».

En el correspondiente recurso de apelación, interpuesto por la codemandada entidad mercantil «Plaza de España, Estación de Servicio, S.A.», la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia por la que, revocando la de primera instancia, desestimó la demanda y absolvió de la misma a los demandados don José-Manuel Porto González y entidad mercantil «Plaza de España, Estación de Servicio, S.A.».

Contra la referida sentencia de la Audiencia, la demandante doña María de las Nieves Álvarez Martínez ha interpuesto el presente recurso de casación, que articula a través de cuatro motivos.

La *ratio decidendi* de su pronunciamiento desestimatorio de la acción de nulidad del litigioso contrato de compraventa de acciones societarias (primera de las ejercitadas en el proceso) la basa, sustancialmente, la sentencia recurrida en que considera que la sociedad compradora de las mismas no procedió de mala fe, pues si bien tenía conocimiento de la situación conflictiva existente entre los cónyuges don José-Manuel Porto González y doña María de las Nieves Álvarez Martínez, de la separación provisional de los mismos e, incluso, de la pendencia entre ellos de un pleito de separación matrimonial, no le constaba (cuando celebró el contrato de compraventa) que ya hubiera recaído sentencia firme en dicho pleito, decretando la separación de los referidos esposos, al no haber sido inscrita dicha sentencia firme en el Registro Civil, por lo que la sociedad compradora, viene a decir la sentencia recurrida, consideraba que el esposo don José-Manuel Porto González, a cuyo nombre figuraban las acciones, estaba facultado para proceder a la venta de las mismas, conforme a lo preceptuado en el artículo 1.384 del Código Civil.

Como de los cuatro motivos que integran el presente recurso de casación, el que somete a la consideración de esta Sala el tema verdaderamente nuclear

de la cuestión debatida, en lo atinente a la primera de las acciones ejercitadas en el proceso (la nulidad del litigioso contrato de compraventa), es el segundo de ellos, razones de estricta metodología casacional aconsejan comenzar por el estudio del mismo, ya que del tratamiento (desestimatorio o estimatorio) que deba dársele, dependerá el que, respectivamente, hayan de ser examinados o no los restantes motivos del expresado recurso.

En dicho motivo segundo, con residencia procesal en el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia textualmente «infracción del artículo 1.384 del Código Civil por aplicación indebida en relación con el artículo 6.4.º del mismo cuerpo legal en unión de la doctrina legal contenida en la Sentencia de 28/09/1993». En el alegato integrador de su desarrollo aduce la recurrente, en esencia, que al haberse decretado, por sentencia firme de fecha 22 de marzo de 1990, la separación matrimonial de ella y de su esposo, y haber quedado por imperativo legal, desde dicha fecha, disuelta la sociedad de gananciales, cualquier acto de disposición que uno de los cónyuges hiciera de algún bien ganancial, sin el consentimiento del otro, era radicalmente nulo, como ocurrió en el presente caso con las acciones vendidas por su esposo después de recaída la aludida sentencia firme.

El tratamiento casacional que ha de corresponder al expresado motivo es el que se desprende de las consideraciones que seguidamente se exponen. Recaída sentencia firme de separación matrimonial, se produce la disolución de la sociedad de gananciales de manera automática y por ministerio de la ley, según se desprende del artículo 1.392 del Código Civil, cuando preceptúa que la sociedad de gananciales concluirá «de pleno derecho». Una vez producida, en la forma dicha, la expresada disolución, los bienes que hasta entonces habían tenido el carácter de gananciales, pasan a integrar (hasta que se realice la correspondiente liquidación) una comunidad de bienes postmatrimonial o de naturaleza especial, que ya deja de regirse, en cuanto a la administración y disposición de los bienes que la integran, por las normas propias de la sociedad de gananciales. Sobre la totalidad de los bienes integrantes de esa comunidad postmatrimonial ambos cónyuges (o, en su caso, el supérstite y los herederos del premuerto) ostentan una titularidad común, que no permite que cada uno de los cónyuges, por sí solo, pueda disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma, estando viciado de nulidad radical el acto dispositivo así realizado. Si durante la vigencia de la sociedad de gananciales (constante el matrimonio) el cónyuge a cuyo nombre figuraran o en cuyo poder se encontraran unos títulos valores podía, por sí solo, disponer de los mismos (no obstante su naturaleza ganancial), por así facultarlo el artículo 1.384 del Código Civil, una vez disuelta *ope legis* la sociedad de gananciales, como consecuencia de la sentencia firme de separación matrimonial (núm. 3.º del art. 1.392 del citado Código), ya desaparece o se extingue dicha facultad, al no continuar tales bienes sometidos ya (en cuanto a su administración y disposición) a las normas reguladoras de la sociedad de gananciales, por lo que la disposición de tales títulos valores (como la de cualquier otro bien originariamente ganancial) habrá de realizarse conjuntamente por ambos cónyuges, estando tal acto dispositivo viciado de nulidad radical, si lo realiza uno solo de los cónyuges, como ocurrió en el presente supuesto litigioso, en que, habiéndose decretado por sentencia firme de fecha 22 de marzo de 1990, la separación matrimonial de los cónyuges don José-Manuel Porto González y doña María de las Nieves Álvarez Martínez, después de ello (concretamente el día 16 de octubre de 1990) el esposo don José-Manuel Porto González, por sí solo, vendió las doscientas ocho

acciones de la entidad mercantil «Plaza de España, Estación de Servicio, S.A.» (que eran gananciales), cuyo acto dispositivo, volvemos a decir, es radicalmente nulo, ya que para la realización del mismo era imprescindible el consentimiento también de la esposa (separada) doña María de las Nieves Álvarez Martínez, sin que quepa aducir la buena fe de la sociedad compradora de las referidas acciones, ya que dicha sociedad, de carácter eminentemente familiar (formada solamente por cuatro socios, tres de ellos unidos por vínculos familiares al esposo don José-Manuel Porto González, y el cuarto fue el que representó a la sociedad en la compraventa aquí impugnada) conocía plenamente la situación conflictiva de los cónyuges don José-Manuel Porto González y doña María de las Nieves Álvarez Martínez, la separación provisional de los mismos, decretada judicialmente, la existencia del proceso de separación matrimonial entre ellos y la oposición de la esposa doña María de las Nieves Álvarez Martínez a que se llevara a efecto, por su esposo, la venta de las referidas acciones, todo lo cual lo declara probado la sentencia aquí recurrida, aunque luego no haya extraído de ello las lógicas consecuencias jurídicas que eran procedentes, según anteriormente se ha dicho. Por todo lo aquí razonado, el presente motivo segundo, que hasta ahora hemos venido examinando, ha de ser estimado, con lo que deviene innecesario el examen de los tres restantes motivos del recurso.

COMENTARIO

Parece demasiado fuerte estimar la nulidad radical que postula esta sentencia, pues si al cónyuge que realizó el acto dispositivo se le adjudican los bienes de que dispuso, no existe razón fundada para descartar una ratificación, que incluso podría entenderse se produciría *ope legis* en virtud de esa misma adjudicación, como acto sujeto a una *conditio iuris* de carácter suspensivo.

F. C. C.

E) SUCESIONES

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI

PARTICION TESTAMENTARIA. ARTICULOS 1.056 Y 1.058 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte apelada contra la sentencia de la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba que revocando la del Juzgado de 1.ª Instancia de Lucena había declarado no ajustada a derecho la partición efectuada por los cónyuges testadores y confirmando la sentencia del citado Juzgado que la declaró ajustada a derecho rechazando la efectuada por el contador-partidor dirimente. Todo ello conforme a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

El soporte fáctico del proceso al que este recurso se refiere está integrado por los siguientes hechos: 1.º En su matrimonio, los esposos don Miguel López Luna y doña Dolores Montes Muriel tuvieron tres hijos, llamados don Manuel, don Francisco y doña Araceli López Montes. 2.º El día 17 de diciembre de 1977, el padre don Miguel López Luna, otorgó testamento abierto ante el Notario de Lucena (Córdoba), don Manuel Aguilar García, bajo el número 1184 de su protocolo, en el que, después de manifestar el testador que estaba casado con doña Dolores Montes Muriel, de cuyo matrimonio tenía los tres hijos anteriormente referidos, que legaba a su mencionada esposa el usufructo universal, vitalicio y sin fianza de su herencia «con cuyo legado quedarán satisfechos sus derechos legitimarios», y después de manifestar que instituta por sus únicos y universales herederos a partes iguales a sus tres mencionados hijos, el expresado testamento contenía la siguiente cláusula: «...QUINTA.—Ordena el testador que la casa número dieciocho de la calle Rute, de esta ciudad (Lucena) se adjudique de por mitad e indiviso a sus hijos Manuel y Francisco; y a su hija Araceli, la estacada de olivar, en el camino de Rute, de este término». 3.º El mismo día 17 de diciembre de 1977, la madre doña Dolores Montes Muriel otorgó también testamento abierto, ante el mismo Notario anteriormente dicho, bajo el número siguiente (1185) de su protocolo, en el que después de manifestar la testadora que estaba casada con don Miguel López Luna, de cuyo matrimonio tenía los tres hijos anteriormente referidos, que legaba a su mencionado esposo el usufructo universal, vitalicio y sin fianza de su herencia «con cuyo legado quedarán satisfechos sus derechos legitimarios», y después de manifestar que instituta por sus únicos y universales herederos a partes iguales a sus tres mencionados hijos, el expresado testamento contenía la siguiente cláusula: «...QUINTA.—Ordena la testadora que la casa número dieciocho de la calle Rute, de esta ciudad (Lucena), se adjudique por mitad e indiviso a sus hijos Manuel y Francisco; y a su hija Araceli, la estacada de olivar, en el camino de Rute, de este término». 4.º La madre doña Dolores Montes Muriel falleció el día 27 de mayo de 1978, bajo el expresado testamento abierto, sin que su viudo e hijos practicaran la partición de la herencia de su referida causante. 5.º El padre don Miguel López Luna falleció el día 25 de diciembre de 1982, bajo el expresado testamento abierto. 6.º En junio de 1990, el hijo don Francisco López Montes promovió juicio de testamentaría, a sustanciar con sus hermanos don Manuel y doña Araceli López Montes, con la pretensión de que se practicara la partición conjunta y única de las herencias de sus padres don Miguel López Luna y doña Dolores Montes Muriel. 7.º En el inventario practicado en dicho juicio de testamentaría quedó acreditado que el caudal hereditario de los dos referidos causantes estaba integrado única y exclusivamente por los dos siguientes bienes: la casa número dieciocho de la calle Rute, de Lucena, y la estacada o finca de olivar en el camino de Rute, con cabida de una fanega, igual a sesenta y dos áreas y sesenta centiáreas. 8.º En la correspondiente Junta, los tres referidos hermanos-herederos, de mutuo acuerdo, designaron como contador-partidor único a don José-Amador Cebrián Ramírez, Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Lucena. 9.º El expresado contador-partidor único practicó la partición conjunta y única de las herencias de los cónyuges don Miguel López Luna y doña Dolores Montes Muriel, en los siguientes términos: a la hija doña Araceli López Montes le adjudicó en pleno dominio la estacada o finca de olivar en el camino de Rute; al hijo don Manuel López Montes le adjudicó en pleno dominio la totalidad de la casa número dieciocho de la calle

Rute, de Lucena, que había sido valorada en nueve millones novecientas cincuenta mil setecientos (9.950.700) pesetas; y al hijo don Francisco López Montes le adjudicó un crédito contra su hermano don Manuel, por importe de cuatro millones novecientas setenta y cinco mil trescientas cincuenta (4.975.350) pesetas (mitad del valor de la referida casa). 10.º En la Junta correspondiente (arts. 1.086 y 1.088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), don Manuel López Montes se opuso a la partición practicada por el contador-partidor único.

Ante la falta de conformidad acerca de la partición practicada por el contador-partidor único, se dio al asunto la tramitación del juicio ordinario correspondiente por la cuantía (art. 1.088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que fue el juicio de menor cuantía, iniciándolo don Francisco López Montes, mediante demanda, en la que postuló (según dice textualmente en el *petitum* correspondiente) se dicte «resolución que desestimando la pretensión del demandado, declare ser ajustada a derecho la partición efectuada por el contador-dirimente (sic), de común acuerdo designado, disponiendo su aprobación y subsiguiente protocolización».

Por su parte, don Manuel López Montes también presentó escrito, que llamó de «alegaciones», en el que postuló (según se dice textualmente en el *petitum* correspondiente) «se dicte resolución en que estimando las pretensiones de mi principal se declare no ser ajustada a derecho la partición efectuada por el contador dirimente (sic) por ir en contra de la voluntad testamentaria de los causantes, los que ya habían realizado la partición de sus bienes. Por tanto, debiéndose adjudicar la casa número 18 de la calle Rute de por mitad e indiviso a don Francisco López Montes y a mi constituyente».

La hermana doña Araceli López Montes no se personó en este proceso.

La sentencia de primera instancia hizo el siguiente pronunciamiento: «Que desestimando la demanda..., debo declarar y declaro no ajustada a derecho la partición efectuada por el contador dirimente (sic) en esta litis, que no procede, por ello, aprobar, por cuanto que existe partición testamentaria de todos los bienes relictos, que hace innecesario y excluye el presente procedimiento».

En el correspondiente recurso de apelación, interpuesto por el demandante don Francisco López Montes, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba dictó sentencia de fecha 7 de febrero de 1994 por la que, revocando la de primera instancia, declaró (según dice textualmente en su «fallo») «no ajustada a derecho la partición hereditaria de los bienes de doña Dolores Montes y don Miguel López, llevada a cabo por el contador-partidor don José Amador Cebrían Ramírez; quien deberá llevarla a cabo, en trámite de ejecución de sentencia, en la forma prevista en el apartado 8 de los fundamentos de esta sentencia, y siguiendo los criterios contenidos en el resto de dichos fundamentos».

Contra la referida sentencia de la Audiencia, el demandado don Manuel López Montes ha interpuesto el presente recurso de casación, que articula a través de cuatro motivos.

La sentencia aquí recurrida, a través de los razonamientos contenidos en sus siete primeros fundamentos jurídicos, parece que viene a sostener, en esencia, que como quiera que los dos padres testadores disponen en sus respectivos testamentos, de fecha (los dos) 17 de diciembre de 1977, de unos mismos bienes, ha de presumirse que tales bienes eran gananciales, por lo que, fallecida antes la madre (1978), debió haberse practicado previamente la liquidación de la sociedad de gananciales para poder saber cuáles eran los bienes que pertene-

ción al padre (cónyuge superviviente), de los cuales solamente podría éste haber dispuesto por testamento, «por todo cual (dice textualmente en su Fundamento jurídico quinto) si no puede declararse *a priori* nula la cláusula 5.ª de ambos testamentos, sí ha de subordinarse su eficacia limitándola a los bienes de que pueden disponer los testadores: lo cual exige la liquidación de la sociedad de gananciales en la partición de la herencia de doña Dolores, que ha de hacerse previamente», a lo que agrega, por un lado (en su Fundamento jurídico sexto), que «si a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.058 del Código Civil, los herederos podrán hacer la distribución de la herencia de la manera que tengan por conveniente, cuando, como en el presente caso, no hubiere acuerdo, se hará en la forma prevenida en la LEC, a tenor de lo que dispone el artículo 1.059 del Código Civil, y, «por otro lado (dice textualmente en su Fundamento jurídico séptimo), la imposibilidad de división de un bien debe plasmarse en la adjudicación en indivisión por cuotas, no estando facultados los contadores, si no lo acuerdan los interesados, para adjudicar a uno solo un bien, aún con indemnización a otro». Con base en los expresados y heterogéneos razonamientos (aquí expuestos lo más sintéticamente posible), la sentencia aquí recurrida los concluye en su Fundamento jurídico octavo, que literalmente dice así: «No existiendo acuerdo entre los coherederos, el contador-partidor debió hacer separadamente las particiones hereditarias de doña Dolores Montes y don Miguel López; determinar en aquélla la naturaleza de los bienes que integraban el patrimonio conyugal; liquidar la sociedad de gananciales; determinado el caudal hereditario proceder a la formación de lotes, resolviendo, para ello, la posibilidad o no de aplicar lo dispuesto en la cláusula 5.ª del testamento; incluir en el inventario de bienes del caudal hereditario de don Miguel el usufructo universal sobre los bienes dejados por su esposa; proceder a la formación de lotes, resolviendo, igualmente, la posibilidad o no de aplicar la cláusula 5.ª del testamento. Y no habiéndolo hecho así, no se ha practicado en forma la partición hereditaria de los bienes de los causantes» (Fundamento jurídico octavo de la sentencia recurrida).

Como en los motivos segundo, tercero y cuarto se acusa a la sentencia recurrida de haber incurrido en el vicio de incongruencia, mientras que en el primero se denuncia infracción de preceptos jurídico-sustantivos, razones de estricta metodología casacional aconsejan comenzar por el estudio de aquéllos.

En el motivo segundo, al amparo procesal del ordinal tercero del artículo 1.692 de la Ley ritaria civil, se denuncia «infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del principio de congruencia y 24-1.º de la Constitución y jurisprudencia que los desarrolla». En el encabezamiento del motivo tercero se dice textualmente lo siguiente: «Que se aduce como subsidiario del anterior y al amparo del artículo 1.692-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, principio de congruencia, artículo 24-1 de la Constitución y jurisprudencia que los desarrolla». A continuación de dicho encabezamiento, se limita a decir que el aludido motivo tercero lo formula con carácter subsidiario del anterior, para el solo supuesto de que se entendiera que su cauce procesal correcto es el del ordinal cuarto y no el del tercero (utilizado para el motivo anterior) pero que, salvo eso, lo basa en las mismas alegaciones hechas en dicho motivo anterior. El encabezamiento del motivo cuarto dice textualmente lo siguiente: «Que se aduce *ad cautelam* y para el supuesto de no admitirse los anteriores al amparo del artículo 1.692-3.º por infracción de las normas reguladoras de las sentencias y forma en que deben dictarse, habiendo con

ello producido indefensión y concretamente del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 248-3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

El examen conjunto de los expresados motivos viene determinado por la circunstancia de que el objeto impugnatorio de todos ellos es exactamente el mismo y consiste en acusar a la sentencia recurrida de haber incurrido en el vicio de incongruencia, al haber introducido por su propia iniciativa y pasado luego a resolver una cuestión totalmente nueva y no debatida en el proceso, cual es la de si se había practicado o no la liquidación de la sociedad de gananciales, al producirse el fallecimiento (en 1978) de doña Dolores Montes Muriel (madre de los hermanos aquí litigantes), cuando la única cuestión debatida entre las partes en el proceso, dice el recurrente, ha sido la de determinar si la partición hecha por el contador-partidor único ha de considerarse válida, a pesar de no respetar la partición que los padres de los hermanos aquí litigantes habían hecho en sus respectivos testamentos (de la misma fecha) o si dicha partición era totalmente innecesaria, al haber sido ya hecha por los padres en sus aludidos testamentos.

Después de constatar que el cauce procesal adecuado para denunciar un supuesto vicio de incongruencia y, en general, cualquier supuesta infracción de las normas reguladoras de la sentencia es el del inciso primero del ordinal tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no el del ordinal cuarto de dicho precepto (por lo que el sorprendente motivo tercero, que debió haber sido inadmitido en su momento, ha de tenerse por no formalizado), después de hecha, decimos, la referida puntualización, los motivos segundo y cuarto han de ser estimados, ya que una de las manifestaciones de la incongruencia de una sentencia viene determinada por la alteración que haga de la *causa petendi* (relato histórico que integra el componente fáctico único del proceso), en cuya alteración ha incurrido la sentencia recurrida, ya que los hermanos litigantes, que en ningún momento han debatido o negado la naturaleza ganancial de los dos únicos bienes (una casa y un pequeño trozo de terreno de olivar) que integraban el patrimonio de sus padres (sin existencia de bienes de ninguna otra naturaleza), la única cuestión que han debatido en el proceso es la de que, si una vez fallecidos los dos padres, el contador-partidor único (nombrado en el juicio de testamentaría promovido por uno de los hermanos) podía hacer una partición nueva y distinta de la que los padres habían hecho en sus respectivos e idénticos testamentos (otorgados el mismo día y ante el mismo Notario), que es la tesis del demandante (y promotor del juicio de testamentaría) don Francisco López Montes, o si, por el contrario, dicha nueva y distinta partición del contador-partidor único era totalmente innecesaria, desde el momento en que los padres ya la habían hecho en las exactamente idénticas cláusulas quintas (que han sido transcritas literalmente en los apartados 2.º y 3.º del Fundamento jurídico primero de esta resolución) de sus respectivos e idénticos testamentos (otorgados el mismo día y ante el mismo Notario), en las que ambos cónyuges testadores partían entre sus tres hijos los dos únicos y ya referidos bienes (gananciales) integrantes de sus respectivos patrimonios (sin existencia de ningunos otros), a cuya partición había de estarse necesariamente, que es la tesis del demandado, aquí recurrente, don Manuel López Montes, y la que había acogido la sentencia de primera instancia, sin que en ningún momento se haya debatido en el proceso si debía haberse hecho previamente la liquidación de la sociedad de gananciales, al fallecer la madre (primero de los cónyuges testadores que falleció), por

lo que al entrar la sentencia recurrida a conocer de dicho tema (no planteado, ni debatido, repetimos, por las partes en el proceso) y que era totalmente innecesario, una vez fallecidos los dos padres, los cuales, además, volvemos a decir, no tenían más bienes que los dos anteriormente dichos (que los repartían entre sus tres hijos), ha venido a introducir una cuestión nueva y alterar, por tanto, la *causa petendi*, con el consiguiente incurrimento en el vicio de incongruencia, lo que ha de determinar, como antes ya se dijo, la estimación de los motivos segundo y cuarto.

Al amparo del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aparece formulado el motivo primero, en el que se denuncia «infracción del artículo 1.056 y 675 del Código Civil, en la relación que ambos preceptos guardan con el objeto del proceso, y de la jurisprudencia que los interpreta». En su muy extenso y no menos confuso alegato, el recurrente viene a sostener, en esencia, que la voluntad de los padres era la de partir entre sus tres hijos los dos únicos bienes que les pertenecían, como así lo hicieron en sus respectivos testamentos, por lo que era improcedente, dice el recurrente, una partición nueva y distinta hecha por el contador-partidor en el juicio de testamentaría promovido por el demandante en este proceso, don Francisco López Montes.

El tratamiento casacional que ha de corresponder al expresado motivo es el que se desprende de las consideraciones que seguidamente se exponen. Si bien es cierto que el testador no puede por sí solo practicar la partición de sus bienes propios, incluyendo en ella bienes gananciales (Sentencias de esta Sala de 12 de diciembre de 1959, 17 de mayo de 1974, 3 de marzo de 1980, 7 de diciembre de 1988, entre otras), también lo es que, en el caso concreto aquí enjuiciado, con las muy específicas circunstancias que lo configuran, los padres testadores, que no tenían más patrimonio que dos bienes gananciales (la casa familiar y un trozo de terreno de olivar) y carecían en absoluto de bienes privativos, mediante sendos testamentos totalmente iguales y simultáneos, otorgados el mismo día y ante el mismo Notario (con lo que no se conculca la prohibición de testar mancomunadamente), manifestaron su clara e inequívoca voluntad de partir dichos dos bienes comunes únicos entre sus hijos, en la forma que expresan en las totalmente idénticas cláusulas quintas (que han sido transcritas literalmente en los apartados 2.º y 3.º del Fundamento jurídico primero de esta resolución) de sus referidos testamentos, sin que condicionaran en modo alguno la eficacia de dicha partición conjunta (aunque no mancomunada) y única al resultado de una previa liquidación de la sociedad de gananciales, la que consideraron y la hicieron innecesaria desde el momento en que se legaron recíprocamente (el que muriera antes en favor del supérstite), en pago de sus derechos legitimarios (así se dice en el testamento), el usufructo universal y vitalicio de esos dos referidos bienes, únicos existentes, en la parte que los mismos pudiera corresponder a cada testador, cuya cláusula (que es la tercera de cada uno de esos dos testamentos) fue respetada por los tres hijos y herederos universales y únicos de los dos referidos causantes, con lo que devino totalmente innecesaria la práctica de la liquidación de la sociedad de gananciales, al morir la madre en 1978, que fue la primera en fallecer, y permaneciendo intactos e indivisos esos dos bienes comunes (únicos existentes, volvemos a decir) al morir el padre en 1982. Siendo ello así, ha de tenerse en cuenta que el artículo 1.056 del Código Civil admite, como una de las formas posibles de hacer la partición, la que de sus propios bienes realice el testador en su testamento (como la hicieron los dos padres en sus

dos aludidos e idénticos testamentos simultáneos) y a la que atribuye fuerza vinculante —«se pasará por ellas», dice el precepto—, siendo indudable que sus efectos son los mismos que si se tratara de partición judicial o de partición extrajudicial, practicadas por los propios herederos o por albaceas o contadores-partidores, es decir, sus efectos (dice textualmente la Sentencia de esta Sala de 21 de julio de 1986) son los de conferir a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados, ello, claro es, sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1.075, en relación con el 1.056, ambos del Código Civil, concede a los herederos forzosos en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o de que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador. Por todo lo expuesto, el presente motivo primero también ha de ser estimado.

El acogimiento de los motivos primero, segundo y cuarto, con las consiguientes estimación del presente recurso y casación y anulación total de la sentencia recurrida, obliga a esta Sala a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate (núm. 3.º del art. 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que ha de hacerse en el sentido de que (salvo en materia de costas) se ha de confirmar el «fallo» de la sentencia de primera instancia, en cuanto considera totalmente innecesario acudir a un juicio de testamentaría y a la subsiguiente partición por un contador-partidor de unas herencias que ya habían sido partidas por los propios testadores en sus respectivos testamentos, máxime cuando la partición realizada por dicho contador-partidor es distinta de la que habían hecho los testadores, pues éstos adjudican la casa por mitad e indiviso a sus dos hijos y herederos (don Manuel y don Francisco López Montes), mientras que el contador-partidor la adjudica en pleno dominio a uno solo de los hijos (don Manuel) y concede al otro (don Francisco) un crédito contra su referido hermano, por la mitad del valor de dicha casa; dada la especial complejidad que presenta el tema objeto del litigio, esta Sala entiende que existen razones suficientes para no hacer expresa imposición de las costas de ninguna de las dos instancias; tampoco procede hacerla de las del presente recurso de casación, al haber sido estimado el mismo, y sin que haya lugar a acordar la devolución del depósito, al no haber sido constituido el mismo, por no ser las sentencias de la instancia conformes de toda conformidad y, además, haber litigado el recurrente con el beneficio de justicia gratuita.

Estima la sentencia que al disponer los cónyuges en sus respectivos testamentos la adjudicación de todos los bienes relictos, han efectuado la partición, por lo que ha de pasarse por ella conforme a los artículos 1.056 y 1.058 del Código Civil, sin que haya lugar a la efectuada en juicio de testamentaría. Se advierte aquí, una vez más, la dificultad de separar lo dispositivo («ordena el testador...» de lo puramente particional («...se adjudique...» término impersonal, sin que sea el propio testador quien adjudica los bienes).

INSTITUCION EN FAVOR DEL ALMA. ARTICULO 747 DEL CODIGO CIVIL.
(SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1998.)

La institución a favor del alma no constituye título hereditario a favor de los beneficiados por la adquisición del dominio de los bienes de que así dispuso el testador.

Don J. B. O. instituyó heredera en una cuarta parte de su herencia a su alma, ordenando que el albacea por él nombrado entregue los bienes correspondientes a tal institución al Excmo. señor arzobispo de Burgos, para atenciones del culto y religiosas, en sufragio del alma del testador. El albacea efectuó la partición adjudicando al arzobispo de Burgos, con esta finalidad, la planta baja y la vivienda del piso primero de un inmueble que constituyó en propiedad horizontal.

Los adjudicatarios, como herederos del inmueble, entre ellos el Arzobispado, iniciaron conversaciones con los arrendatarios del inmueble dirigidas a la adquisición por éstos de todo el edificio, llegando al acuerdo consignado en documento privado, de adquirirlo por 25 millones de pesetas, si bien tal documento no parece que llegara a firmarse por persona facultada por la parte adjudicataria, sino por el intermediario albacea.

Los arrendatarios del inmueble demandan a los herederos adjudicatarios del mismo para que eleven a escritura pública lo convenido por el precio indicado.

El Juzgado de 1.ª Instancia número 6 de Burgos estimó íntegramente la demanda, sentencia que fue revocada por la de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Burgos, que absolvió a los demandados.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Pedro González Poveda, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelada, conforme a los siguientes fundamentos:

Por la íntima relación existente entre ellos se impone el examen conjunto de los motivos primero y segundo del recurso, ambos, al igual que los restantes, acogidos al ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en el motivo primero se alega infracción, por aplicación indebida, de los cánones 1.290, 1.291 y 1.292 del Código de Derecho Canónico, puesto que, se dice, si dicho Código forma parte del ordenamiento jurídico español a tenor de lo dispuesto en el artículo 38 del Código Civil y del Acuerdo de 3 de enero de 1979, entre el Estado Español y la Santa Sede, tales cánones no son aplicables al caso, ya que la causa litigiosa no pertenece en propiedad al patrimonio común o estable del Arzobispado de Burgos, ni mucho menos a la Diócesis de Burgos como afirma el fundamento III de la sentencia de la Audiencia; en todo caso, se viene a decir, constituiría un patrimonio separado y con un fin específico: el de dedicar su producto a «atenciones de culto y religiosas en sufragio del alma del testador» y causante don José Blanco Ojeda. En el motivo segundo se alega infracción, por inaplicación, del artículo 747 del Código Civil, haciéndose mención, en los que la parte denomina fundamentos del motivo, de los artículos 609, párrafo 2.º, 658, párrafos 1.º y 2.º, y 660, del mismo Cuerpo legal; la tesis sustentada en el motivo se resume en que en la institución a favor del alma del testador, ni el alma ni los beneficiarios de los bienes, en este caso el arzobispado de Burgos, son herederos del testador, por lo que no ha podido adquirir por herencia la planta baja y primera de la tan repetida casa.

La institución en favor del alma, de honda raigambre en el derecho histórico, ha sido reconocida como válida y eficaz por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto la anterior como la posterior al Código Civil, y así la Sentencia de 20 de abril de 1906 dice que «es válida la institución hereditaria hecha a favor del alma del testador, según lo dispuesto en el artículo 747 y

lo declarado por el Tribunal Supremo en diferentes sentencias, entre ellas en las de 31 de diciembre de 1888 y 2 de enero de 1889, y que estando determinados concretamente en el testamento de don J.B. los sufragios y obras pias-dosas a que han de aplicarse los productos de la finca a tal efecto legada, debe cumplirse la voluntad del testador, por ser esta la suprema ley a que ha de atenerse en materia de sucesión», y la Sentencia de 16 de abril de 1927 afirma que «la institución de heredero a favor del alma de la testadora no estuvo nunca prohibida en nuestras antiguas leyes aplicables a este caso, ni lo están en el Código Civil, que la autoriza en su artículo 747, habiéndose reconocido por la jurisprudencia la validez de tal institución, y siendo esto así, preciso es admitir como válida y eficaz la designación de heredero que a favor de su alma hizo la causante». No obstante no poder ser considerada el alma como heredera se reconoce la validez de esta institución sin que pueda ser considerado como heredero el albacea encargado de la distribución de los bienes ni tampoco el diocesano ni el gobernador a los que se refiere el artículo 747 del Código Civil.

El artículo 747 del Código Civil contiene una norma interpretativa aplicable en aquellos casos en que la disposición de sus bienes por el testador para sufragio y obras pias-dosas en favor de su alma se hace «indeterminadamente y sin especificar su aplicación», estableciéndose así una norma de distribución supletoria de la voluntad del testador y que habrá de ceder, como establece la citada Sentencia de 20 de abril de 1906, ante la manifestada voluntad de aquél acerca del destino de los bienes, dado el carácter de ley suprema de la herencia que tiene el testamento. Dado que en el testamento del causante se estableció, en los términos transcritos en el primero de los fundamentos jurídicos de esta resolución, el destino de los bienes objeto de la institución a favor de su alma, no resulta aplicable la regla distributiva del artículo 747, que sólo puede entenderse violado en el sentido de reconocerse en el mismo la validez de la institución de heredero a favor del alma en cuanto esta forma de institución no hace adquirir, en concordancia con el artículo 609, párrafo segundo del Código Civil, el dominio de los bienes por la institución o establecimiento favorecido por el destino impuesto por el testador o, supletoriamente, por el artículo 747, que haya de darse a los bienes. Por ello no puede aceptarse por esta Sala la declaración contenida en el fundamento segundo de la sentencia recurrida, en el sentido de que «la Diócesis de Burgos y... adquirieron por herencia la propiedad del edificio sito en el número 7 de la calle Almirante Bonifaz, de Burgos, por partes concretas (la diócesis la planta baja y el piso primero...), «ya que, se reitera, la institución en favor del alma no constituye título hereditario a favor de los beneficiados para la adquisición del dominio de los bienes de que así dispuso el testador.

Tampoco puede compartir esta Sala la declaración que, implícitamente, se hace en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, de formar parte los bienes atribuidos en las operaciones particionales realizadas por el albacea testamentario a favor del Arzobispado de Burgos «en atenciones de culto y religiosas en sufragio del alma del testador» del «patrimonio estable de la Iglesia». El Código de Derecho Canónico se refiere al «patrimonio estable» en el canon 1.285, sin que en éste ni en ningún otro canon se defina o describa el mismo que un autorizado sector de la doctrina especializada entiende que habrá de estar interesado por bienes que constituyen la base económica mínima y segura para que pueda subsistir la persona jurídica de modo autónomo y atender los fines y servicios que les son propios; como se ha dicho antes,

los bienes de que dispuso el testador en favor de su alma no han sido adquiridos a título de herencia por persona jurídica eclesiástica alguna, por lo que no pueden estar destinados, tampoco, a atender los fines y servicios de ninguna de ellas; no pueden ser calificados esos bienes como bienes temporales de la Iglesia universal, ni de ninguna Iglesia particular o persona jurídica eclesiástica, pública o privada (canon 1.255), porque falta esa adquisición a título de herencia, por lo que no les son aplicables, para determinar su régimen jurídico, los cánones del Código de Derecho Canónico ni los estatutos de persona jurídica eclesiástica alguna (canon 1.257), sino que habrán de regirse por la voluntad del testador manifestada en su testamento, suprema ley de herencia. Atribuida por el testador al Excmo. señor arzobispo de Burgos la plena disposición de los bienes, sean muebles o inmuebles, para atenciones de culto y religiosas en sufragio del alma del testador, ello implica que la enajenación de los mismos no necesitaba, en cuanto no supone sino el cumplimiento de la voluntad del testador, someterse a ningún requisito estatutario o complementario de la mera voluntad del arzobispo, obligado a dar al producto de la venta el destino ordenado por el testador y no otro, por lo que no resultan aplicables al caso los requisitos previstos en los cánones que se citan en la sentencia recurrida y, en consecuencia, deben ser acogidos los dos primeros motivos del recurso, aunque ello no implica, por sí solo, la estimación del recurso.

En el motivo tercero se alega infracción, por inaplicación, de los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil, por una parte; y de otra, de los artículos 7.1 y 1.258 del mismo cuerpo legal. El motivo no puede prosperar, ya que no es admisible, según reiterada doctrina de esta Sala, la cita conjunta en un mismo motivo de preceptos heterogéneos y que no guardan entre sí ninguna relación, como son los ahora invocados; de otra parte no cabe tampoco la cita conjunta de los artículos 1.249 y 1.253 para combatir la prueba de presunciones; referido el artículo 1.249 a la prueba del hecho-base de la presunción, este hecho-base sólo puede ser atacado en casación, a partir de la Ley 10/1992, de 30 de abril, alegando error de derecho en la valoración de la prueba con cita de la norma reguladora de la misma que se considere infringida, siendo así que el artículo 1.249 del Código Civil no contiene norma alguna de esa clase. Por último, se acusa a la sentencia recurrida de no haber hecho uso de la prueba de presunciones para declarar la buena fe de los actores recurrentes en casación; es doctrina reiteradísima de esta Sala (Sentencias de 15 de noviembre de 1996 y las en ella citadas) la de que el artículo 1.253 del Código Civil faculta o autoriza, más no obliga, a utilizar la prueba de presunciones, por lo que cuando el Juzgador de instancia no hace uso de este medio probatorio para fundamentar su fallo, no resulta infringido dicho precepto.

En el cuarto motivo se alega infracción, por inaplicación de los artículos 1.445 y 1.450 del Código Civil en relación con los artículos 1.254, 1.258 y 1.262 del mismo texto legal; entienden los recurrentes que previas las naturales negociaciones o preliminares quedó perfeccionado un contrato de compraventa sobre el edificio número 7 de la calle Almirante Bonifaz, de Burgos, cuando la oferta en firme realizada por el administrador de la finca don Joaquín Manuel Ibáñez Arnáiz, siguiendo instrucciones recibidas de don José Luis del Rincón Cibrián, fue aceptada plenamente por los demandantes.

Dice la Sentencia de esta Sala de 10 de octubre de 1986, que «aún siendo frecuente que el proceso formativo del contrato se inicie con manifestaciones de voluntad, contenidas en tratos preliminares o conversaciones previas que los

interesados mantienen sin fuerza vinculante antes de decidirse a la celebración del negocio y mediante cuales se comunican sus respectivas aspiraciones, tal fase preparatoria es bien distinta de la oferta en cuanto declaración de voluntad de naturaleza recepticia, como tal dirigida a otro sujeto y emitida con un definitivo propósito de obligarse si la aceptación se produce, siguiendo, en consecuencia, el consentimiento por la coincidencia de esas declaraciones de los contratantes en que la oferta y la aceptación consisten, de donde se sigue que encaminados los tratos preliminares a la formación de la primera, desaparecerán una vez cumplida su misión en el momento en que en el *iter* contractual se llegó a formular una proposición final, con todas las notas de una verdadera oferta; b) realizada la oferta de contrato o propuesta conteniendo los requisitos indispensables al fin proyectado y por consiguiente con todos los elementos necesarios para el futuro contrato (los denominados *essentialia negotii*) que tratándose de una compraventa serán la cosa y el precio, el contrato se genera en su perfección con el asentimiento de la otra parte, manifestando su aceptación a los términos en que aquella declaración ha sido hecha por el oferente y alcanzándose en suma, el *in idem pactum* o punto de conjunción de los contrapuestos intereses que es el acuerdo determinante del consentimiento, cuya suficiencia para la perfección del negocio viene proclamada por el artículo 1.254 del Código Civil y ha sido recordada por la doctrina jurisprudencial»; por otra parte, es doctrina jurisprudencial reiterada y constante que es cuestión de hecho determinar si existe o no consentimiento, y ello compete al juzgador de instancia, pesando sobre quien lo alega la prueba de su existencia.

La tesis impugnatoria de los recurrentes se basa en una revisión y valoración interesada y parcial de la prueba aportada a los autos, singularmente de la documental, consistente en los documentos números 9, 10 y 12 de los acompañados con la demanda con apoyo en la declaración testifical del administrador de la finca, señor Ibáñez Arnáiz, que intervino como *nuncius* o mensajero entre las partes, olvidando la recurrente la facultad discrecional que corresponde al Juzgador de instancia para apreciar y valorar la prueba testifical; además los recurrentes hacen una valoración parcial de las manifestaciones de dicho testigo omitiendo las respuestas dadas a las repreguntas que se le formularon de las que resulta que fueron los recurrentes quienes, por indicación del señor Ibáñez, hicieron una inicial propuesta de compra por el precio de 21.250.000 pesetas, que no fue aceptada por don José Luis del Rincón, administrador del Arzobispado y representante de la otra copropietaria, quien indicó al señor Ibáñez que sería necesaria una oferta mucho mayor para tramitar la venta; asimismo que, en ningún momento, la propiedad del inmueble manifestó al citado testigo que el precio por el que procedería a la venta era el de 25.000.000 de pesetas, sino que esa cantidad fue fijada por los recurrentes a indicación del señor Ibáñez, quien reconoce que don José Luis del Rincón no le manifestó que ese fuese el precio de venta; no puede entenderse, por tanto, que existiese una oferta de venta con carácter vinculante para los oferentes al faltar en ella la determinación precisa del elemento precio, esencial del contrato de compraventa; nos encontramos así ante unos tratos o conversaciones preliminares, sin fuerza vinculante alguna ni eficacia para entender perfeccionado el contrato de compraventa que se aduce por los actores. Debe, en consecuencia, desestimarse el motivo, lo que lleva consigo la desestimación del motivo quinto en que se alega infracción de los artículos 1.091, 1.256 y 1.257 del Código Civil.

La desestimación de los motivos tercero, cuarto y quinto, no obstante la estimación de los dos primeros, determina la del recurso con la preceptiva condena en costas de los recurrentes, a tenor del artículo 1.715-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

NOTA.—Sobre la institución a favor del alma y las diversas explicaciones en punto a su justificación y régimen jurídico, pueden consultarse, entre otros, las siguientes obras:

MALDONADO, J.: *Herencias en favor del alma en el Derecho español*.

MARTÍNEZ PEREDA, M.: «Reflexiones jurídicas sobre la llamada sucesión a favor del alma», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo VII, págs. 149-189.

ROYO MARÍN, J.: «Disposiciones testamentarias con fines piadosos (herencias en favor del alma y fundaciones benéficas)», en *Curso de conferencias del I Colegio Notarial de Valencia*, 1951, págs. 39-111.

RIESCCO, A.: «Legislación actual sobre herencias y legados píos (1889 a 1960)», en *Anuario de Derecho civil*, XV-2, págs. 365-408.

SUCESION INTESTADA. HIJO EXTRAMATRIMONIAL. DECLARACION DE HEREDEROS «AB INTESTATO». COMUNIDAD HEREDITARIA. (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

La declaración de herederos *ab intestato* puede hacerse en juicio declarativo.

El actor, como hijo natural reconocido (sic) del causante, pues había nacido en 1920, promueve juicio de menor cuantía contra sus hermanastros, hijos matrimoniales del causante, casado posteriormente, solicitando se declare su filiación, que junto con sus hermanastros es heredero de su padre y que se efectúe la partición de la herencia.

La Audiencia Provincial de Lugo confirmó la del Juzgado de 1.^a Instancia de Chantada, acogiendo las pretensiones del actor, si bien no efectuó expresamente la declaración de herederos abintestato, pues ambas sentencias se limitan a declarar que el actor es hijo no matrimonial de don... y como tal es heredero abintestato del referido causante, debiéndose llevar a cabo la partición de la herencia por los trámites de la testamentaria, adjudicándose al actor la cuota correspondiente. Los demandados y apelantes interponen recurso de casación, acogido parcialmente por el Tribunal Supremo, que en sentencia de la que es ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, completa la de la Audiencia declarando herederos abintestato a los cuatro hijos matrimoniales y al hijo no matrimonial, añadiendo que como pudiera plantearse cuestión en fase de ejecución de sentencia de cuál sea la cuota que corresponde a este último, la Sala se considera en el deber de puntualizar que al haberse producido la apertura de la sucesión del causante con mucha anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, concretamente el 1 de marzo de 1949, los derechos hereditarios del actor en la herencia del padre (como hijo natural reconocido del mismo, entonces), habrán de ser los que le corresponderían con arreglo a la legislación vigente en la referida fecha de apertura de la sucesión, conforme establece la Disposición Transitoria 8.^a de la citada Ley.

Contiene esta sentencia declaraciones que confirman una reiterada jurisprudencia, consistentes en que:

1. La declaración de herederos abintestato puede obtenerse a través de un juicio declarativo ordinario, siempre que los extremos sobre los que recae la declaración tengan en él la correspondiente justificación (Sentencias de 9-12-55, 8-3-72, 9-12-92).

2. Los derechos a la herencia se rigen por la legislación vigente en el momento de apertura de la sucesión (Sentencias de 13-2 y de 28-12-1990, 8-11-91, 28-7-95).

3. Cuando los bienes hereditarios se poseen de consumo, en común y *pro indiviso* 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 (Sentencias 8-6-43, 4-4-60, 13-11-69, 23-6-82, 20-10-89 y 18-4-94).

DERECHO HEREDITARIO. PARTICION. ARTICULO 1.068 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra que había revocado la del Juzgado de 1.ª Instancia número 1 de Tui, declarando que el actor y apelante era heredero testamentario de su padre en un 35 por 100 y desestimando las demás pretensiones de la demanda, consistentes en que el actor era propietario de la vivienda unifamiliar en la misma proporción del 35 por 100 y que por ser la misma indivisible se ha de vender en pública subasta, así como la inoficiosidad de las donaciones efectuadas por el causante.

La sentencia confirma reiterada jurisprudencia según la cual «el testamento por sí solo no es suficiente para justificar la adquisición de bienes determinados de la herencia, mientras no se haga la liquidación de la misma y, por consecuencia de ella, la partición y adjudicación a cada interesado de su parte correspondiente» y que «hasta que no se efectúe la partición por cualquiera de los modos admitidos en derecho no adquieren los herederos la propiedad exclusiva» (Sentencias de 5 de noviembre de 1992 y 31 de enero de 1994), de modo que «una atribución en el testamento no basta para que el heredero se declare propietario» (Sentencia de 16 de mayo de 1991), entre otras razones porque, como dice el aforismo, «antes es pagar que heredar».

Distingue, por tanto, la sentencia netamente entre el derecho hereditario en abstracto y su título hereditario, constituido por el testamento, con los documentos complementarios (certificado de defunción y del RGAUV) o la declaración de herederos judicial o notarial abintestato y el título de propiedad de bienes concretos, que lo es la escritura de partición hereditaria o la de manifestación de herencia y excepcionalmente el documento privado (art. 14, párr. 3.º de la LH).

F. C. C.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

LITEWSKI, WIESLAW: *Rzymskie prawo prywatne*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa, 1998, 471 págs.

Nos encontramos ante una obra importante de Derecho Privado Romano que ha merecido ya varias ediciones y que aparece destinada tanto a discentes de Derecho Romano de las Facultades de Derecho y Administración de las Universidades polacas, como a investigadores del Derecho Privado del pasado. Tras una introducción general y un examen histórico de las fuentes fundamentales para el estudio del Derecho Privado Romano y Común europeo, aborda el derecho de personas, cosas y acciones. Para los estudiosos del Derecho de propiedad inmueble y en particular de la enfiteusis (a la que LITEWSKI dedica varios apartados de su libro, en págs. 81, 202, 206, 228, 230, 234 y 278) es interesante el estudio que realiza sobre la evolución jurídica y terminológica que sufren estas instituciones. El autor, lejos de considerar a la enfiteusis perteneciente al Derecho público, apuesta en su obra por considerarla como una figura propia del Derecho privado o, al menos, de la frontera existente entre ambos tipos de derecho.

A la *restitutio in integrum* y a la *in iure cessio* y sus diferencias con la *mancipatio* es abundantísima la atención que le presta LITEWSKI, como también a los distintos tipos de interdictos prohibitorios, exhibitorios, posesorios y restitutorios. La lista de interdictos es amplísima. A ella dedica una parte significativa de su libro mediante el estudio de muchos de ellos, tales como el *interdictio aqua et igni*, *interdictio bonorum*, *interdictum de aqua cottidiana et aestiva*, *interdictum de arboribus cedendis*, *interdictum de clandestina possessione*, *interdictum de fonte*, *interdictum de glande legenda*, *interdictum de itinere actuque privato*, *interdictum de liberis ducendis*, *interdictum de liberis exhibendis*, *interdictum de migrando*, *interdictum de precario*, *interdictum de superficiebus*, *interdictum de vi armata*, *interdictum de tabulis exhibendis*, *interdictum de uxore exhibenda ac ducenda*, *interdictum demolitorium*, *interdictum fraudatorium*, *interdictum quam hereditatem*, *interdictum quem fundum*, *interdictum quod legatorum*, *interdictum quod vi aut clam*, *interdictum quorum bonorum*, *interdictum reddere*, *interdictum si uti frui prohibitus esse dicetur*, *interdictum unde vi*, *interdictum uti possidetis*, *interdictum utile* e *interdictum utrubi* (ver págs. 125, 164, 135, 180, 192, 204, 207, 224, 226, 228, 232, 283, 297, 311, 380, 396, 397). Sin embargo, y a pesar de las numerosas páginas en las que aborda los interdictos, pasa por alto interdictos tales como *interdictum de aqua ex castello*, *de cloacis*, *de liberto ehibendo*, *de loco publico fruendo*, *de mortuo inferendo et sepulchro aedificando*, *ne quid in loco itinerve sacro fiat*, *ne quid in loco publico vel itinere fiat*, *ne vis fiat ei aedificanti*, *de ripa munienda*, *de rivis*, *de via publica et itinere publico reficiendo*, *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, *quem usumfructum*, *unde vi armata* y *de ruderibus tollendis*.

No falta en la obra el comentario no sólo de los textos de Derecho Romano preclásico, clásico y postclásico, sino también de toda la compilación justi-

nianea y la referencia a las Basílicas y a la *Synopsis Maior Basilicorum*, a *Tipoukeitos*, a la *littera fiorentina* y a la boloñesa y su influencia en la interpretación posterior de los textos del Digesto. Del Derecho intermedio se hace eco de Accursio, Pierre de Belleperche, Cino da Pistoia, Jacques de Révigny, Bartolo da Sassoferrato, Baldo degli Ubaldi, Andrea Alciato, Ulrich Zäsy, Gregor Haloander, Jacques Cujas, Antoine Favre, Denis Godefroy, J. Voet, G. Noodt, Carl van Bynkershoek, F. C. von Savigny, G. Hugo, B. Windscheid y R. H. Dernburg, hasta desembocar en el BGB.

El origen de la hipoteca lo sitúa el autor en la costumbre que en Roma existía, según la cual el arrendador convenía con el arrendatario que los *in- vecta et illata*, que eran propiedad del último, servían para garantizar el pago del canon. Para ello se concedió un interdicto, el *interdictum Salvianum* (creado posiblemente por el jurista Servio Sulpicio Rufo, en el siglo I a. J., al que LITewski presta particular atención, págs. 45, 48 a 52, 152, 297) que, si lo analizamos como una acción para adquirir la posesión, hace que nos encontremos con una verdadera hipoteca (no así, si lo entendiéramos como una acción mediante la cual se habilita al acreedor a retener la cosa. En este caso no podríamos hablar de hipoteca puesto que el actor tenía ya el bien). (Cfr. LITewski, págs. 13, 165-170, 190, 192, 196, 206, 231-234 y 340). Asimismo, el autor se detiene en el análisis del nacimiento del término *hypotheca* en las fuentes. LITewski no acepta la teoría según la cual el origen de la hipoteca romana ha de encontrarse en la hipoteca griega, pues esta última parte exclusivamente de la responsabilidad real. Dentro de los tipos de hipoteca, LITewski aborda la constitución de varias hipotecas sobre una misma cosa y la reclamación que hacen los acreedores a aquel acreedor que goza de la posesión del bien del llamado *superfluum*. Por lo que respecta a las servidumbres, LITewski realiza un estudio pormenorizado de las mismas deteniéndose tanto en las servidumbres personales como en las servidumbres prediales, y dentro de estas últimas, tanto en las rústicas como en las urbanas. El autor analiza con detenimiento el usufructo a lo largo de toda su obra (ver págs. 118, 169, 170, 176, 182, 221, 222, 224-226, 301 y 315). Sitúa su origen, en lo que viene siendo un lugar común, en relación con la muerte del *paterfamilias* y la intención de proteger a la viuda respetando el derecho hereditario de los hijos. Dentro de las servidumbres rústicas de paso dedica su atención, no sólo a la que concede al titular de la misma el derecho a conducir el ganado o los carruajes por el fundo sirviente (*actus*, ver págs. 198, 221 y 222), sino también a aquéllas que permiten a su titular el derecho a pasar a pie (*iter*, págs. 198, 221-222) y la servidumbre de paso (*via*, págs. 198, 221-222). Por lo que se refiere a las servidumbres de aguas, LITewski cita no sólo la *servitus aquae haustus* (consistente en el derecho a sacar directamente el agua del fundo sirviente) sino además la de *aquae ductus* (derecho a pasar agua por el fundo sirviente) (págs. 198, 221-222), aunque no indica que el nacimiento de la servidumbre coactiva de acueducto se encuentra en el derecho estatutario milanés del siglo XIII con Brunaccio Porca.

En cuanto a las servidumbres urbanas, el autor describe en varias páginas las relativas a luces y vistas tales como la *servitus luminum* (servidumbre que delimita la no injerencia en la luz o vista del fundo dominante por parte del fundo sirviente), a la servidumbre de desagüe como es la *servitus stillicidii*, o la servidumbre de muros y protecciones como, por ejemplo, la *servitus oneris ferendi* (ver págs. 222-224). Sin embargo, criticable es el hecho de que pase por alto dentro de las servidumbres de desagüe de edificios la

servitus fluminis (diferente de la *stillicidii* por el método en que se vierten las aguas) o la *servitus cloacae mittendi* (derecho a desaguar aguas sucias a través del fundo sirviente). De igual manera, el autor olvida hacer mención, dentro de las servidumbres relativas a muros y proyecciones, de la *servitus proicendi* (creación de balcones o terrazas sobre el fundo sirviente vecino) o de la *servitus protegendii* (creación de una cubierta de protección sobre el fundo sirviente).

La última parte del libro, la que menos nos interesa en este caso tratándose de la *RCDI*, está dedicada al procedimiento civil romano.

La obra carece de aparato crítico y de una bibliografía final. En cualquier caso, libros como el de LITEWSKI, autor poco conocido en España, son expresión de una fecunda dedicación de juristas polacos al Derecho Romano y a la Historia del Derecho Privado, aunque no tienen acogida, por lo que hemos sido capaces de detectar al presente, dentro de la doctrina romanística o iushistórica española. Son los casos de W. WOŁODKIEWICZ, E. SZYMOSZEK, W. ROZWADOWSKI, W. OSUCHOWSKI, W. BOJARSKI (a quien sí conocen y citan los romanistas de la Universidad Hispalense), K. KOLANCZYK, C. KUNDEREWICZ, M. KURYLOWICZ y J. SONDEL.

ELENA MARTÍNEZ BARRIOS

ANTONIO ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *La posesión y los derechos reales*, Málaga, 1995, 221 págs.

En este trabajo, después de una introducción dedicada a establecer la diferencia entre los derechos reales y los derechos de obligaciones, la cual fue contemplada por los romanos desde el punto de vista del proceso, trasladándola al campo de las acciones, se aborda el concepto de posesión, confrontándola con el de propiedad.

Al respecto, sostiene el autor que, aunque exteriormente la propiedad y la posesión podrían confundirse, sin embargo, frente a la propiedad que es un derecho, la posesión entraña tan sólo un poder material sobre la cosa. Es verdad —añade— que las más de las veces el propietario de una cosa es también poseedor de la misma, pero puede suceder como dice *Ulpiano* (D. 43, 17, 1, 2) [Ulp., *Ad Edictum*, Lib. LXIX] que alguien sea poseedor y no sea propietario (*alter possessor sit, dominus non sit*), o viceversa, que sea propietario y no poseedor (*alter dominus sit, possessor non sit*). Así —concluye—, posee el propietario cuando conjuga su título de propiedad con la disposición fáctica de la cosa; posee el poseedor de buena fe, es decir, aquél que lo hace en nombre propio, con el convencimiento de no dañar los derechos ajenos, posee incluso el ladrón, aunque contra el derecho.

Todavía dentro del ámbito de la posesión, afirma ORTEGA que es prácticamente imposible construir la idea de la posesión sobre una base unitaria, dado que la terminología romana al respecto es ambigua y, en ocasiones, poco rigurosa, presentando matices y significados que es preciso aclarar. Y a partir de tal enunciado distingue entre *possessio naturalis*, *possessio* y *possessio civilis*, para concluir que en derecho justinianeo el término *possessio naturalis* continúa indicando las relaciones que implican mera tenencia, y la dicotomía *possessio* y *possessio civilis* tiende a confundirse bajo el término *possessio civilis* con los dos efectos jurídicos ya mencionados de protección interdicial

y adquisición de la propiedad mediante la usucapición siempre que concurren buena fe y justo título.

Ya dentro del campo de los derechos reales, se preocupa el autor fundamentalmente de aquellos derechos que, frente a la propiedad, la doctrina moderna llama derechos reales sobre cosa ajena, los *iura in re aliena* de los intérpretes, demostrándose con relación a la misma su enorme influencia en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, al cotejar continuamente las instituciones romanas con nuestro Código Civil, pone de relieve cómo el articulado del mismo, sobre todo en materia de servidumbres y usufructo, guarda sorprendente similitud con aquellos conceptos elaborados, perfilados y delimitados por la jurisprudencia clásica, y no sólo desde el punto de vista sustancial, sino también en cuanto a la forma.

Una última reflexión ha de girar en torno a los derechos reales de enfiteusis y superficie. En cuanto al primero, afirma el autor que la concepción como derecho real sobre cosa ajena tal y como aparece en la compilación de Justiniano, es el resultado de una lenta evolución a través de la época clásica y postclásica, donde el emperador Zenón en una novela del año 476 (C. 4, 66, 1), y una vez unificados los diversos tipos de concesiones bajo la denominación común de *ius emphyteuticum*, resolvió definitivamente la cuestión siempre discutida entre los juristas sobre la naturaleza del derecho enfiteutico, configurándolo como un derecho *sui generis*, con propio concepto y definición (*conceptionem definitionemque habere propriam* ya que *nomina sunt consequentia rerum* [Institutiones, 2, 7, 3]), distinto de la venta y el arrendamiento.

Y es sintomático advertir —añade ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ— cómo la enfiteusis, aquel derecho enajenable y transmisible a los herederos de usar y disfrutar ampliamente de un fundo ajeno, con la obligación de no deteriorarlo y pagar un canon anual al propietario del mismo, mantiene su esencia en nuestro Código Civil, bajo la denominación de censo enfiteutico (analiza el autor los arts. 1.605 y 1.628 y sigs.). En cuanto al derecho real de superficie, creado y perfectamente delimitado en sus contornos por el Derecho romano, curiosamente el Código Civil le dedica un solo artículo, concretamente el 1.611.

Sin ánimo de incurrir de nuevo en el pecado de corporativismo a la defensiva (*Cicero pro domo sua*), no podemos dejar de advertir que con el presente libro, el doctor ORTEGA ha logrado reiterar —una vez más, a pesar de que *manifesta haud indigent probatione*— la enorme importancia del estudio del Derecho romano y su clara influencia en el planteamiento de nuestras instituciones inmobiliarias (no precisamente por aquello que decía Montesquieu de que cada siglo tenía sus genios particulares, ni tampoco porque las leyes fueran la razón de las divinidades celestes).

MANUEL J. PELÁEZ

MIGUEL CHECA MARTÍNEZ, *El Trust angloamericano en el Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, 157 págs.

El *Trust* angloamericano en el Derecho español constituye una obra de rabiosa actualidad, no sólo por la reciente fecha de su publicación sino por el tema sobre el que versa, pues, aunque cuenta con no escasas y por demás valiosas páginas sobre este instituto, es hoy cuando la figura en cuestión se

nos presenta de una forma tan cercana que nos conviene saber convivir con ella.

CHECA MARTÍNEZ aborda el *Trust* desde diversas perspectivas, las cuales se corresponden con los siguientes cuatro capítulos: «El *Trust* en el Derecho Comparado», «Competencia Judicial Internacional», «Ley aplicable al *Trust* y su reconocimiento: el Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985» y «Efectos del *Trust* en los sistemas de Derecho Civil».

Las páginas dedicadas al «El *Trust* en el Derecho Comparado» nos permiten adentrarnos en una figura propia de otros Ordenamientos inspirados, en principio, en una tradición diferente a la del sistema español. Su estudio comienza identificando la figura, a continuación la acerca al negocio fiduciario característico de los regímenes de tradición romana y concluye con la clasificación y el fraccionamiento del *trust* angloamericano en los sistemas de Derecho Internacional Privado de Derecho continental.

Respecto a la «Competencia Judicial Internacional», aquí CHECA MARTÍNEZ analiza el Convenio de Bruselas y Lugano sobre competencia judicial y sobre el sistema autónomo español de competencia judicial internacional. Este capítulo se centra sobre todo en el ámbito de aplicación y en la clasificación y desarrollo de las acciones.

Luego el autor desarrolla amplia y pormenorizadamente el intento de acercar o converger sistemas de Common Law y Derecho Civil, el ámbito propio y el excluido del Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985, y los siguientes, principios y leyes sucesivas aplicables, reservas, límites y efectos al «reconocimiento» del *Trust*.

«Efectos del *Trust* en los sistemas de Derecho Civil» es el último capítulo en el que se reflejan las consecuencias de la figura estudiada en el ámbito de los Sistemas de Derecho Civil y en el Sistema de Derecho español de Derecho Internacional Privado.

Concluye su monografía con unas «Consideraciones finales» en las que, como resultado de lo que las antecede, permite vislumbrar un futuro esperanzador en el intento de converger el *Trust* angloamericano en nuestro sistema.

El tiempo que todo lo muda no ha impedido que se mantenga una figura basada en la confianza como es el *trust*. Un instrumento de origen anglosajón, fundamentado en la necesidad de colocar los bienes a intermediarios para que tras un tiempo se devolvieran, se invirtieran en un destino determinado o dieran a persona concreta. Aparecen, por un lado el constituyente del *trust*, en segundo lugar el *trustee*, que es aquél en quien se confía, y en tercer término, el o los beneficiarios. Respecto a los segundos Gilbert T. Stephenson ha señalado «A trustee is not a servant taking orders, he is a friend rendering service» (un *trustee* no es un criado que recibe órdenes, sino un amigo que presta un servicio) [ver EMILIO MIÑANA: «Los trusts: breves consideraciones acerca de su implantación en España», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 158 (1931), pág. 608]. Esta figura de estructura triangular se articuló a través de los Tribunales de Equidad para admitir el ejercicio de acciones que no estaban tipificadas normativamente. Hoy en día tampoco están recogidas las múltiples finalidades a que responde el *trust*. Suele utilizarse como instrumento de gestión de patrimonio mobiliario, constituido por títulos valores; en general, las actividades del *trustee* pueden abarcar desde pagar impuestos, abonar cargas, cobrar los títulos amortizados, cambiar las inversiones a otras más favorables, hasta hacer reparaciones, contratar y repartir el patrimonio según lo convenido.

Sin embargo, pueden ofrecer también inconvenientes en la medida en que han de ser medio para burlar los impuestos sucesorios, facultan para ejercer un predominio en el orden económico, y permiten apoderarse de una gran parte de los bienes, inmovilizarlos. No obstante, son más las ventajas que los inconvenientes; prueba de ello es el mantenimiento de los mismos más allá de los países de origen.

El acercamiento a éstos plantea el reconocimiento o no de esta figura, la suplantación con otras instituciones, el análisis diferencial entre ellas.

La necesidad obliga a adaptarse a los nuevos tiempos. Hoy más que nunca nos ayudamos de todos los instrumentos existentes a nuestro alcance para conseguir más rendimiento, rapidez y eficacia. En el Derecho común inglés, la mayoría de los entes colectivos y la totalidad de las instituciones y fundaciones se presentan bajo la figura especial del *trust*. En nuestro Ordenamiento existe el negocio fiduciario que puede llegar a celebrarse con la misma finalidad que el *trust*, de ahí que sean planteables las aproximaciones, diferencias y utilidades de ambas figuras. En primer lugar, hay que determinar cuáles son las notas aproximativas de ambas figuras, para adentrarnos a continuación en sus diferencias y las que ofrece con otras materias afines en cuyo análisis descubriremos el alcance, los elementos, los medios de protección, y otros mecanismos del *trust*.

El denominador común de estas figuras estriba en la fiducia, lo que lleva a conceptualizar al *trust* del siguiente modo: STAIR definía el *trust* «como una obligación que incumbe a una persona, derivada de la confianza que se tiene de que utilizará fielmente los bienes que se le entreguen, según el encargo que se le ha hecho» (*Institutions of the Law of Scotland*, Edinburgh, 1681, vol. IV, t. VI, sección 2.^a, pág. 591 et section 3.^a, págs. 592-594); por lo que respecta al negocio fiduciario se conceptúa por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS («El negocio fiduciario», *La Ley*, 1986, t. 4, pág. 1027), como sigue: «el negocio fiduciario está basado —dice— en la fiducia o confianza que se pone en el comportamiento de aquella persona a favor de la cual se hace una atribución patrimonial, con un fin diferente al de la atribución misma y, generalmente por lo que se refiere al contenido de los efectos jurídicos que, de no mediar la fiducia, se corresponden con tal fin».

El negocio fiduciario se caracteriza por tanto, por la confianza y por utilizar un medio desproporcionado para los fines que se pretenden. Entre las diversas teorías que lo fundamentan destacan la teoría del doble efecto defendida por FERRARA, CASTÁN, GARRIGUES..., y en un primer momento por JUAN JORDANO BAREA, y la de la titularidad fiduciaria defendida por FEDERICO DE CASTRO, ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, y en un segundo momento por el propio JORDANO BAREA. La primera teoría postula que se dan dos negocios, uno con eficacia traslativa del dominio del fiduciante al fiduciario, y otro negocio, el obligacional con eficacia inter partes, que constriñe al adquirente para que actúe dentro de lo convenido; en el supuesto de que no lo hiciera, el primero no puede dirigirse contra terceros adquirentes aunque sean a título gratuito o conocieran la existencia del pacto fiduciario. LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1975, pág. 520) señalan al respecto y, en concreto, en cuanto al incumplimiento del pacto de fiducia: «Siguiendo la teoría del doble efecto tendremos que el fiduciario ostenta la titularidad dominical de la cosa frente a todos, incluyendo al mismo fiduciante. Si incumple el pacto de la fiducia responderá de daños y perjuicios el fiduciario frente a aquél, pero éste no podrá reivindicar la cosa que halle de su

patrimonio o en el de un tercer adquirente, y en caso de quiebra del fiduciario, el bien transmitido ingresa en la masa de la misma, no pudiendo el fiduciante pedir su separación alegando que él es su verdadero dueño». Ello revela injusticia, de ahí que, como recoge JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS («El negocio fiduciario», *La Ley*, 1986, t. 4, pág. 1033), «la teoría de la titularidad fiduciaria predica que sólo se da un negocio con dos efectos, uno real con eficacia *erga omnes* y otro personal, limitados al fiduciante y fiduciario y es éste el que sólo adquiere una titularidad formal en cuanto externamente aparece como propietario frente a todos menos frente al fiduciante, lo que le servirá para reivindicarla del fiduciario alegando su condición de verdadero dueño de la cosa. No obstante, dado que la buena fe modaliza el alcance de los efectos del negocio fiduciario, si ha establecido en favor del fiduciario, si se trata de *fiducia cum creditore* (inscribible por el art. 2.3 de la LH), adquirirá un *titulus retinendi* y no *titulus acquirendi* mientras que el fiduciante no devuelva lo prestado, se le negará frente al fiduciario la acción reivindicatoria pero no la declarativa del dominio». Un derecho de retención reconocido por nuestra legislación en casos contados: posesión, usufructo, prenda, hipoteca, anticresis, depósito y mandato.

La mayoría de la doctrina española no confiere más que una titularidad relativa o formal al fiduciario, «adquiere sólo en función del destino o fin último tenido en vista por las partes», «la titularidad fiduciaria en la relación externa el fiduciario aparece como titular; en la relación interna, el fiduciario no pasa de ser un mandatario o un depositario en la *fiducia cum amico contracta*» [ver JUAN B. JORDANO BAREA, «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria», en *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVI, (1983), págs. 1437 y 1445]. Orientación que también es seguida por la jurisprudencia. La Sentencia de 8 de marzo de 1963 habla de «propiedad sujeta a condición», la de 4 de mayo de 1950, en la que matiza como mandato no representativo el negocio fiduciario «la nota de confianza que lo inspira fue elevada en grado superlativo, dando matiz de negocio fiduciario al mandato».

El optar por una teoría u otra distorsiona las diferencias con el *trust*. La teoría de la titularidad fiduciaria esboza un negocio fiduciario más semejante al *trust*. No obstante, «la diferencia esencial del negocio fiduciario con el *trust* anglosajón es la inexistencia de una división del derecho de propiedad entre fiduciante y fiduciario, pues el derecho real alcanzado por el fiduciario es pleno y el fiduciante sólo tiene a su disposición acciones personales de responsabilidad frente al anterior, que en ningún caso se asemejan a las que el Derecho angloamericano pone a disposición del beneficiario (*tracing*) tanto frente al *trustee* como en relación con los terceros en caso de incumplimiento de los deberes del *trustee*. La acción de *tracing* es difícilmente asimilable a las categorías del Derecho civil, pero no es muy lejana a la acción reivindicatoria. Con esta última el propietario defiende su título frente a terceros poseedores, aunque éstos tengan un título de propiedad que deberá ser invalidado para que pueda prosperar la acción reivindicatoria, con los límites que aporta el artículo 464 del Código Civil sobre adquisición *a non domino* de bienes muebles o el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con bienes inmuebles» (CHECA MARTÍNEZ, pág. 23). El artículo 85 del Código de Comercio, respecto a las mercaderías, no hace distinción entre la buena o la mala fe. «De acuerdo con la teoría del doble efecto, una acción reivindicatoria estaría vedada al fiduciante que sólo dispondría de acciones personales frente al fiduciario para hacer valer su derecho» (CHECA MARTÍNEZ, pág. 23).

Aunque se hayan advertido parte de las diferencias existentes entre el *trust* y el negocio fiduciario, podemos señalar como tales las siguientes:

En primer lugar, el desdoblamiento de la propiedad, una legal para el *trustee* y otra en equidad para el beneficiario; en segundo término, el constituirse el *trust* mediante un acto unilateral; la tercera disonancia sería la desvinculación del constituyente con la relación fiduciaria creada; la cuarta estaría constituida por la doble naturaleza real o personal de las acciones que surgen entre el beneficiario y el *trustee*; una quinta diferencia muy discutida sería el hecho que las relaciones internas actúan *in personam*, por el contrario, la posición del beneficiario sobre la propiedad vincula a cualquier tercero que la adquiera, salvo que se trate de un tercero de buena fe que adquiere a título oneroso; también hay que destacar que la acción de *tracing* no es propiamente reivindicatoria, a pesar de constituir la mayor y más plena de las acciones para la defensa de la propiedad, ya que las acciones para la declaración como beneficiario de un *trust* tendrán frente al *trustee* siempre un carácter personal; y la última diferencia se refiere a que los *trusts* suelen establecerse en interés o de un beneficiario (que puede ser el mismo constituyente) o de un fin determinado, frente a la clásica clasificación de los negocios fiduciarios celebrados en interés del fiduciante (*fiducia cum amico*), o en interés del fiduciario (*fiducia cum creditore*).

La primera de las diferencias y además uno de los caracteres propios del *trust* estriba en el desdoblamiento de la propiedad, una legal del *trustee* y otra en equidad para el beneficiario. Se mantiene la no confusión de patrimonios correspondientes al *trust* y al *trustee*. Es diferente al sistema español donde se mantiene una propiedad susceptible de restricciones, las cuales dan lugar a los *in re aliena*; también se admiten limitaciones dirigidas a que la propiedad cumpla un fin social; igualmente cabe la propiedad dividida, de forma que el contenido de la propiedad se presente distribuido entre los sujetos, cada uno goza de ciertas facultades y pretensiones propias del dominio pero distintas a la de los demás, siempre sin aparecer uno como propietario y otro como titular de un *in re aliena*. En cualquiera de los casos existe un mismo referente: el carácter unitario y no escindido de la propiedad. En cambio, en el *trust* corresponden al *trustee* y al beneficiario dos propiedades que aunque puedan versar sobre el mismo objeto, los derechos sobre una y otra propiedad difieren. «La delimitación de los aspectos reales y personales en la relación entre el *trustee* y el beneficiario no es, sin embargo, fácil, pero entre los aspectos personales desde luego se encuentran el deber del *trustee* de administrar el *trust* en interés del beneficiario, su obligación de actuar conforme a las condiciones previstas en el documento constitutivo del *trust* y conforme a las obligaciones generales previstas legalmente, su régimen de responsabilidad por incumplimiento de sus deberes de actuación correcta y razonable conforme a lo previsto por la *Trustee Act* de 1925 (*breach of trust*), así como el derecho a obtener una compensación por la ejecución de su labor» (ЧНБСА MARTÍNEZ, pág. 12). Frente a los derechos del propietario en equidad que parecen ser de naturaleza análoga a los derechos reales, como señala el mismo autor, «los equitables intereses sobre inmuebles que surgen de la regulación del *trust* pueden ser calificados como derechos reales o *rights in rem* a efectos del artículo 16.1 del Convenio de Bruselas, puesto que su condición es oponible frente a terceros. Esos derechos son registrables y entonces producen efectos de alcance universal, incluso respecto de adquirentes de buena fe;

si no están registrados surten efectos también frente a terceros pero entonces no son oponibles frente a adquirentes de buena fe. Por esas razones desempeñan la misma función que los derechos reales en los sistemas continentales» (CHECA MARTÍNEZ, pág. 37). Por ello se considera el *trust* como un modo de ejercicio de los derechos reales. Concretamente en España algunos autores en base a los artículos 2.2 *in fine* de la Ley Hipotecaria «y cualesquiera otros reales» y su correlativo el artículo 7 del Reglamento Hipotecario son propensos a considerar la admisibilidad de los *numerus appertus* en materia de los derechos reales siempre que satisfagan una necesidad no resuelta por otros derechos reales o por una combinación de derechos reales y personales además de reunir los caracteres propios de los primeros. Aunque este último no se cumple totalmente en los derechos derivados del *trust* como luego veremos.

El origen de ambas figuras también difiere en la medida que el *trust* se constituye unilateralmente por el constituyente frente al carácter contractual del negocio fiduciario. En general, la diferencia entre acto y negocio estriba en lo siguiente: «La línea divisoria entre negocio jurídico y el acto jurídico en sentido estricto se deriva de la propia definición de aquél. En el negocio jurídico, el autor o autores autorregulan sus propios intereses, establece o establecen una norma de conducta vinculante para su satisfacción. En cambio en el acto jurídico que consideramos se haya ausente de todo contenido normativo. El agente no tiene el poder de configurar las consecuencias jurídicas porque estas están predeterminadas por la ley» (LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 1975, pág. 467).

Otra de las características estriba en que la constitución del *trust* crea un patrimonio separado que escapa del ámbito de los bienes del constituyente, del *trustee* y del beneficiario. Con la transmisión al *trustee*, el constituyente deja de ser propietario de los bienes y éstos no pueden ser atacados por sus acreedores, salvo las lógicas excepciones sobre actos realizados en fraude de los mismos.

La naturaleza de acto jurídico unilateral explica que el *trustee* no adquiere ninguna obligación frente al constituyente, sino sólo frente al beneficiario, si bien, el constituyente puede haber establecido que él mismo sea beneficiario. En efecto, el constituyente, una vez transferidos los bienes objeto del *trust*, salvo el caso anterior, deja de tener relación con el *trust*, carece de control sobre el patrimonio del *trust*, no es titular ni de derecho real ni personal frente al *trustee*, el beneficiario o los terceros. Asimismo, no existe relación alguna entre constituyente y beneficiario que surja de la constitución del *trust*. Y por lo que respecta a la relación entre el *trustee* y el beneficiario no es contractual, simplemente los derechos del *trustee* sobre la propiedad objeto del *trust* vienen limitados por los derechos de carácter personal y real que el *trust* y su regulación prevén en favor del beneficiario.

La determinación de la naturaleza de las acciones es otro de los problemas que se presentan cuando se intenta adaptar el *trust* al sistema de Derecho Civil español. Por ello debemos averiguar quiénes y cómo se desarrollan las acciones en las relaciones internas y externas. En el primero de los ámbitos y en cuanto a los derechos del beneficiario frente al *trustee* tienen una doble naturaleza real y personal. Entre los de naturaleza real se encuentra el derecho del beneficiario de reivindicar la separación del patrimonio del *trust* que haya sido confundido con el patrimonio del *trustee*. Derecho al que —como hemos señalado con anterioridad— se le conoce como *tracing*. También le competen otros derechos sobre los bienes del *trust* que pueden ser calificados como

reales, pero son derechos muy limitados que difieren concepto de tal en nuestro ordenamiento, pues carecen de la posibilidad de transmisión y de la reipersecutoriedad propia de los derechos reales limitativos del dominio. «Entre otros aspectos materiales que confirman esa distinción cabe señalar la imposibilidad que afecta al beneficiario en cuanto a la cesión de sus derechos sobre el *trust* o la inmunidad de esos derechos frente a las pretensiones de los acreedores del beneficiario» (CHECA MARTÍNEZ, pág. 31). Por lo que concierne a los derechos de naturaleza personal se encuentran los derivados del incumplimiento de sus obligaciones señaladas al constituirse el *trust*, las exigidas por la correcta administración y las exigidas legal y jurisprudencialmente. También son personales las acciones por las que el *trustee* reclame sus derechos al beneficiario derivados de la relación fiduciaria, como es la retribución a sus cometidos. Y en cuanto al constituyente, dado que tras la constitución del *trust* no se encuentra en relación fiduciaria con ninguno de los anteriores, como hemos visto al señalar la tercera diferencia, no generará supuestos de acciones de carácter personal, a menos que —como adelantábamos— sea él mismo el beneficiario.

En cuanto al desarrollo de las acciones en el ámbito externo al *trust*, en correspondencia con la quinta diferencia, destaca el hecho que las relaciones de terceros con el constituyente, el *trustee* y el beneficiario sí podrán derivarse de los contratos y se regirán por las disposiciones relativas a los mismos. Al ser relaciones externas al *trust* sólo se aplicarán sus reglas ante el incumplimiento de las obligaciones propias del mismo, que puede conducir a la responsabilidad del *trustee* frente al beneficiario, pero esa consecuencia no produce efecto alguno sobre la relación externa, salvo cuando el *trustee* abuse de su poder y transmite los bienes a terceros en cuyo supuesto el titular de la propiedad en equidad podrá reclamarla a través del derecho *tracing* a menos que sean terceros de buena fe y la adquisición haya sido onerosa: «Una acción de localización y reivindicación de bienes que protege la posición del beneficiario frente a los actos realizados por el *trustee*» (CHECA MARTÍNEZ, pág. 30). Será ejercitable cuando el *trustee* haya incluido los bienes del *trust* en su patrimonio contra la propia esencia del *trust* como vimos en la primera diferencia y prueba de ello es que —en caso de quiebra— esos bienes no entran a formar parte de la masa patrimonial para ser distribuida entre sus acreedores, tampoco son bienes que formen parte de la sucesión del *trustee* ni son afectados por el régimen económico matrimonial aplicable al mismo.

Por lo tanto, el *trust* es una institución híbrida con elementos pertenecientes a los derechos reales, derechos personales y derechos sucesorios lo que dificulta la determinación de las acciones.

Como anteriormente destacábamos, aunque identificada anteriormente con la acción reivindicatoria, la acción característica del *trust* no produce el mismo efecto que la primera. El resultado de la acción no es la declaración y restitución de la propiedad en favor del beneficiario, sino la imposición de una obligación de hacer al tercero en el sentido de restituir el bien al patrimonio del *trust*. Ello nos hace plantearnos si se trate de una acción real y no una simple acción más cercana a la rescisoria (art. 1.291.3 del Código Civil) que protege el derecho de crédito frente a los negocios realizados en fraude de acreedores. «La dificultad de esta delimitación entre acción real o personal en atención a sus presupuestos y efectos permanece, pues si es cierto que el beneficiario no protege un mero derecho de crédito, sino que es propietario

en equidad del bien y solicita su restitución al patrimonio del *trust*, una posibilidad de la que no disfrutaban otros acreedores personales del *trustee* dada la existencia de una separación de patrimonios, también lo es que el *trustee* no insta una declaración de propiedad ni la devolución del bien a su dominio» (CHECA MARTÍNEZ, pág. 10).

Las acciones para la declaración como beneficiario de un *trust* tendrán frente al *trustee* siempre un carácter personal. «Los *trusts* implícitos incluyen los denominados *resulting trust* y su existencia dependen de una declaración judicial acerca de la condición del propietario formal como *trustee* del beneficiario a quien posteriormente a esa declaración deberá transmitirse la propiedad del bien» (CHECA MARTÍNEZ, pág. 38). Lo que dista mucho de su configuración como real, que sería lo coherente tratándose de los derechos reales. «Como su nombre indica (la acción declarativa) es la acción que pretende la mera declaración de existencia de titularidad dominical, sin impetrar la condena a la restitución de la cosa» [A. M. LÓPEZ LÓPEZ (coord.) y otros, *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Valencia, 1994, pág. 279].

También resulta fallido el intento de transposición del *trust* con otras figuras del Ordenamiento español como son el mandato irrevocable, usufructo, estipulación en favor de tercero, herencia sometida a carga, donación, contrato sinalagmático, contrato atípico de efectos sucesorios, fundación, apoderamiento, fideicomiso, administrador hereditario, etc. Si contraponemos algunas de estas figuras y el *trust* encontramos como el usufructo es un derecho real propiamente, es transmisible y nunca tiene la propiedad aunque sí el goce de la misma. En cuanto a la herencia o la donación sometida a carga, entendiendo por carga o el modo como determinación accesorio de la voluntad *inter vivos* o *mortis causa* por el cual el que adquiere la liberalidad queda determinado a dar, hacer o no hacer algo, quienes quedan constreñidos son los beneficiarios no los intermediarios. Por lo que se refiere al contrato sinalagmático y al contrato atípico de efectos sucesorios, difiere el *trust* por su naturaleza de acto unilateral y no contractual, además el ámbito al que afecta puede ser muy amplio. Se da un mayor acercamiento hacia el apoderamiento en cuanto que el *trustee* ejerce por cuenta ajena (la de los beneficiarios del *trust*), con facultades tan amplias que puede, además de administrar, vender y comprar el patrimonio que se le entrega; pero difiere del *trust* cuanto el apoderamiento civil termina por la muerte del poderdante, cosa que no ocurre en el *trust*. También con el fideicomiso tiene en común la finalidad de la transmisión de rentas o bienes a terceros, sucesivamente, siendo igualmente un vehículo para la perpetuación de patrimonios (manos muertas) si no estuvieran limitados temporalmente, aunque son distintos, pues el fiduciario puede disfrutar de la herencia con el gravamen de transmitirla. En el *trust* la propiedad del constituyente pasa al *trustee*, lo que ocurre en el fideicomiso aunque no en el apoderamiento. Sin embargo, el *trust* puede ser irrevocable y revocable, en contraposición al apoderamiento y al fideicomiso que son esencialmente revocables. En el ámbito *mortis causa* es obligado mencionar al albacea, con simples facultades de ejecución de la voluntad del testador durante un plazo determinado y con el deber de conservación del patrimonio hereditario. Difiere del *trust mortis causa* porque, aunque se le faculta expresamente en el testamento, para administrar y enajenar bienes del patrimonio hereditario, no asume la propiedad de los bienes del patrimonio hereditario (como veíamos respecto al apoderado) y es breve la función de nuestro albacea y de larga duración la del *trustee*.

En definitiva, son muchas las diferencias que dificultan la adaptabilidad del *trust* a los países que no lo reconocen. A menos que la aproximación se realice a través de una regulación propia del *trust*, o de los fideicomisos pero sin la escisión de propiedad característica o mediante la admisión de los celebrados válidamente en el extranjero, o a través de la reforma de la fiducia o negocio fiduciario.

A lo largo de la exposición la atención se ha centrado en las notas distintivas del *trust*, concretamente en el negocio fiduciario como el más característico a la hora de distinguirlo con el *trust*, en la medida que para algunos autores el *trust*, junto al fideicomiso, es una aplicación y tipo de negocio fiduciario, en tanto que constituye una transmisión de la propiedad unida al destino que, ordenada por el transmitente, ha de darle el *trustee* a los bienes transmitidos. No obstante, también hemos analizado sus diferencias que a su vez lo caracterizan.

Existe un desdoblamiento de la propiedad, en favor de una persona física o jurídica, que ha de conservarla y administrarla, así como en favor de aquél o de aquellos en cuyo beneficio se ha realizado el *trust*. No se confunden los patrimonios, son patrimonios separados, por lo que llevan aparejada la ventaja de que en caso de quiebra, en caso de muerte o liquidación del régimen económico matrimonial del *trustee* el patrimonio del *trust* no se incluirá ni en la masa de quiebra ni en su herencia, ni en la liquidación. También se protege el patrimonio del *trust* en el supuesto de que el *trustee* incumpla las obligaciones derivadas del mismo a través de su acción característica, *tracing*. Es más, de las relaciones internas del *trust* podría admitirse que se derivan acciones personales, frente a las relaciones externas de las que se derivan unos derechos próximos a los reales. Entre el *trustee* y el beneficiario confluyen derechos y obligaciones de diversa naturaleza que surgen de lo dispuesto en el acto constitutivo del *trust* y de las consecuencias que el ordenamiento aplicable prevé para las relaciones derivadas por la existencia del mismo.

El funcionamiento del *trust* topa con límites derivados de la protección que se dispensa a los terceros, de las normas imperativas que regulen las materias sometidas a conexión autónoma que coinciden con el *trust*, como pueden ser las relativas a los efectos del matrimonio, los derechos de los herederos forzosos, los del cónyuge supérstite, la limitación temporal a las transmisiones sucesivas, etc. Límites que hay que conciliar para que el *trust* siga manifestándose como una modificación voluntaria del dominio para gestionar la organización de un patrimonio personal o adelantar los efectos sucesorios.

MARÍA DE LOS REYES MARTÍN SÁNCHEZ

BENÍTEZ DE LUGO GUILLEN, JOSÉ MARIANO: *El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, Edijus, Madrid, 1999. Un tomo de 301 págs.

El principio de legitimación que se concreta en la presunción legal de que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en los respectivos asientos, quedaría reducido en la práctica a una mera elucubración doctrinal si no contase con los adecuados medios procesales para hacerlo efectivo.

Y mucho menos efectiva resultaría la discutida presunción posesoria que se contiene en el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria si no se apoyase en una defensa contundente y de carácter perentorio.

De varios tipos, sean activas o de defensa, pueden ser las medidas procesales derivadas de la legitimación registral por las que el propietario-poseedor puede hacer valer el respeto que se ha de atribuir a su condición de titular inscrito. Aparte de los medios procesales ordinarios, que no suelen ser adecuados por lentos y costosos y de los interdictos, no siempre fiables por sus soluciones provisionales y un tanto enclenques, la Ley Hipotecaria proporciona con el artículo 41 un medio rápido y seguro mediante el cual, en la práctica, se puede conseguir el mismo resultado que con la ejecución de una sentencia obtenida en el ejercicio de una acción reivindicatoria.

Por eso ha causado entre los juristas, en general, cierta desazón, esa «derogación» a palo seco que se contiene en la Disposición Final décima del proyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La desazón es mayor entre los abogados en ejercicio, acostumbrados a usar de esta «penicilina» que quedaría un tanto abatida y sin vigor virtual si se la encuadra en unos genéricos procedimientos innominados. Por eso es razonable una enmienda que se ha presentado, en la que se quiere mantener en esencia el texto del artículo 41, aclarando que estas acciones «basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del Registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente». Así, no se deroga, sino que se mantiene la esencia del procedimiento, aunque se haga remisión al juicio verbal con demanda sucinta en la nueva Ley de Enjuiciamiento. Milagro será que la enmienda salga adelante, pues la etiqueta de la legitimación registral sonará a extraña a más de uno de los que hayan de decidir la suerte de la modificación propuesta.

Y abogado en ejercicio es el autor de este libro, quien lo ha escrito motivado, según nos dice, porque ha llevado varios casos por este procedimiento y ha podido ver en ellos que el tema es verdaderamente apasionante, dado que se trata, ni más ni menos, que de un cauce procesal que tiende a proteger la posesión, tanto la del propietario, como la del que no lo es, pero que tiene derecho a poseer frente al propietario. Las acciones judiciales, nos sigue diciendo, son el resultado de necesidades históricas, en este caso la protección posesoria que es normalmente complemento de la protección a la propiedad.

Este es el fundamento del proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria: Partiendo de la base de que a la propiedad hay que protegerla, y al igual que se otorga protección por vía interdictal al poseedor no propietario, hay que establecer también un cauce procesal sumario para que el verdadero propietario pueda defender su posesión.

A lo largo de diez capítulos, el autor nos ofrece una exposición completa de esta materia, incluyendo conceptos, legislación, jurisprudencia y formularios, constituyendo un completo tratado doctrinal y práctico para quienes hayan de navegar por estas latitudes.

Se comienza con una introducción donde se estudian los antecedentes históricos de la cuestión, insertando al efecto la dialéctica entre las ideas de propiedad y posesión, que en la práctica pueden ir unidas o aparecer contrapuestas, pero es constante la dialéctica de la defensa posesoria que ha sido examinada y aceptada por la práctica totalidad de los civilistas que se citan. En el libro se recoge un abundante abanico de opiniones al respecto, para

entrar después en el estudio del fundamento, la naturaleza jurídica y el objeto de este artículo 41 L.H.

En cuanto a lo primero, el autor coincide con la doctrina más generalizada que atribuye la razón de ser de este procedimiento a defender la presunción de existencia y exactitud de los asientos registrales que se proclama en el artículo 38 de la misma Ley. Se recoge la discusión doctrinal sobre la naturaleza jurídica de este procedimiento y la jurisprudencia de algunas Audiencias que tampoco es demasiado concorde con el particular, habiendo soluciones variadas que oscilan desde su naturaleza exclusivamente ejecutiva a la teoría mixta que tiene en cuenta la posibilidad de oposición y otros que opinan que tiene un cierto tinte interdictal. Y en cuanto al objeto, está claro que cuando existen situaciones fácticas que contradigan un título registral, el titular puede obtener la recuperación posesoria, haciendo coincidir la verdad registral con la verdad real.

Tras estos prolegómenos, más o menos doctrinales, el autor entra en materia y nos presenta el procedimiento en todas sus fases. En el capítulo II nos habla de su iniciación, mediante la correspondiente demanda, detallando los hechos que pueden dar lugar a la actuación y los posibles fundamentos jurídicos susceptibles de ser aplicados al caso, tanto objetivos como sustantivos, con el suplico concreto y relacionando la documentación que debe acompañarse.

Siguiendo el orden procesal lógico que se prescribe en el propio artículo, se estudian en los capítulos siguientes la admisión de la demanda con las medidas cautelares que el juez considere oportunas y el emplazamiento al demandado perturbador. Este último puede o no comparecer; si lo hace, puede allanarse, oponerse o no oponerse, y el autor nos analiza cada una de estas posibles situaciones y sus consecuencias, siempre según la Ley y lo que en cada caso hayan decidido los tribunales. Lo normal, en caso de oposición, es que se exija al demandado una caución que garantice la devolución de los frutos, la indemnización por daños y perjuicios y el pago de las costas si fuese procedente; el autor estudia la naturaleza jurídica, las clases y montante de esta caución, el plazo para constituirla y los recursos contra su fijación.

Una vez personado el demandado y prestada la caución, éste puede oponerse. En el capítulo VI del libro se estudian con amplitud los motivos de oposición, que son los cuatro de todos conocidos que la Ley concede con sentido restrictivo. La falsedad de la certificación es supuesto insólito e impensable; la doble inmatriculación o que la finca sea distinta de la inscrita son posibles, pero no frecuentes; la causa segunda, o sea, la existencia de un contrato o situación que permitan la intromisión se puede dar con mayores posibilidades y por eso se estudia con mayor detalle.

Formulada la demanda de contradicción se deberá dar traslado a la parte actora para que la conteste. Con la práctica de la prueba se pasa a la vista, si se solicita, y el procedimiento termina con la sentencia, la cual tiene los correspondientes efectos ejecutivos para el supuesto concreto que se litiga, pero, en cambio, según dispone el párrafo final del propio artículo 41, no producirá excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes a promover el juicio declarativo sobre la misma cuestión, punto este que también explica detenidamente el autor.

El último capítulo se refiere a los recursos posibles durante el proceso y los que pueden interponerse después de la sentencia: de aclaración, nulidad de actuaciones, apelación y de terceros.

Como final, el libro contiene tres útiles apéndices que recogen la legislación aplicable, un amplio abanico de formularios y una bibliografía general y especializada que se ha ocupado del tema.

Es un libro claro, bien escrito y que proporciona una noticia completa de este especial procedimiento basado en el principio de legitimación y cuya desaparición debe evitarse a toda costa.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

BOROBIO NAVARRO, PATRICIO, y otros: *El jurista aragonés Castán Tobeñas*, Diputación Provincial de Zaragoza y Casa de Aragón en Madrid, 1999. Un tomo de 271 págs.

En la biografía *El maestro Castán*, editada por el Colegio de Registradores, el profesor GARCÍA CANTERO presenta la figura humana de don JOSÉ CASTÁN como *vir bonus* y *vir iustus*, basándose en testimonios directos de los que le conocieron y trataron, por lo que lo califica de auténtico caballero cristiano en el sentido tradicional del término. En dicho libro se dice que no hay jurista español contemporáneo que haya recibido o se le hayan dedicado mayor número de homenajes y actos laudatorios y conmemorativos, por lo que su figura nos sigue siendo actual y hasta familiar. Precisamente, con el paso del tiempo, ahora es cuando queda bastante por decir del personaje, ya que las ideas fundamentales de su pensamiento adquieren un relieve actual bajo el nuevo panorama jurídico de España al relacionarlo con las ideas europeas que asoman en el umbral del tercer milenio.

Y es que algo tiene el agua cuando la bendicen, como dice la expresión popular. Aquí está una muestra más de la devoción que inspiran las ideas del maestro CASTÁN en este libro, primorosamente editado, que la Diputación Provincial de Zaragoza y la Casa de Aragón en Madrid dedican a resaltar la figura del gran jurista aragonés.

El libro se presenta por don JOSÉ IGNACIO SENA GÓMEZ y don ROBERTO MARTÍN VILLANUEVA, Presidentes de la Diputación de Zaragoza y de la Casa de Aragón en Madrid, respectivamente, que nos resaltan el protagonismo del maestro CASTÁN al asumir los cambios sociales del siglo XX, no como aragonés solamente, sino como ciudadano español y universal que realmente ha sido, por lo que consideran justificado el homenaje que le dedican.

El abogado zaragozano PATRICIO BOROBIO NAVARRO hace un certero y entrañable apunte de la vida de CASTÁN, tanto en su primera época de Zaragoza como en sus etapas profesionales posteriores, señalando la influencia de su doctrina, no sólo en el ámbito nacional de la ciencia jurídica española, sino en la más amplia esfera hispanoamericana que ha seguido sus enseñanzas. Un trabajo acabado y delicioso, redactado con un lenguaje familiar y asequible.

El profesor GABRIEL GARCÍA CANTERO, que parecía haber dicho todo sobre CASTÁN en su reciente biografía citada, saca aquí a colación nuevos e interesantes datos sobre el maestro en su faceta de catedrático, afirmando la idea de que el Derecho Civil fue para CASTÁN su inicial vocación científica, que nunca abandonó a lo largo de su vida.

Gran parte de la vida profesional del maestro CASTÁN se desarrolla, como es sabido, en una dilatada, fructífera y brillante dedicación a la Magistratura, en la que ingresó por la puerta grande, o sea, por el mismo Tribunal Supremo,

del que acabó siendo Presidente hasta su jubilación. Dos Magistrados de dicho Alto Tribunal, don JESÚS MARINA MARTÍNEZ-PARDO y don MANUEL TABOADA ROCA, Conde de Borrajeiros, trazan unas ajustadas semblanzas de la actuación jurisdiccional de CASTÁN. El primero comenta y resalta la doctrina de algunas de sus más destacadas sentencias en materia civil, y el segundo lo contempla ya en su función de Presidente, donde, aparte sus funciones más o menos burocráticas, destacó en el tino para aunar criterios jurisprudenciales y en el enorme fondo científico que suponen los veinte discursos de apertura de los tribunales que pronunció, por lo que concluye que la labor del maestro como jurista, en el terreno teórico, fue igualada en el terreno práctico al presidir el Tribunal.

CASTÁN TOBEÑAS, como académico y presidente de la Real de Jurisprudencia y Legislación, es el brillante trabajo del que actualmente la preside, don JUAN VALLET DE GOYTISOLO, que nos muestra la importantísima labor allí realizada. Y como también ingresó en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, su miembro don JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ nos expone el paso de CASTÁN por esta Institución, desde su discurso de ingreso sobre la idea de la equidad, y a lo largo de sus actos posteriores.

Todos los iusprivatistas, en cualquiera de sus ramas profesionales, tenemos muchísimo que agradecer al maestro CASTÁN, del cual aprendimos todo el Derecho Civil que hemos necesitado para trabajar. El abogado don MANUEL LÓPEZ MEDEL BASCONES dice que aunque CASTÁN no ejerció como abogado, tuvo relación con la abogacía al ser consciente de que sus enseñanzas se dirigían en buena parte a los futuros ejercientes que estaban aprendiendo en sus libros.

Los Notarios y los Registradores, en su casi totalidad, hemos llegado a serlo gracias al *Castán*. Y con eso no está dicho todo, pues tras las oposiciones ha venido el ejercicio diario de la profesión y a lo largo de ésta hemos tenido que echar mano continuamente de la misma e insustituible fuente. Así nos lo expresan el Notario don MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ y el Registrador don JESÚS LÓPEZ MEDEL, los cuales recogen algunos de los varios pasajes en los que el maestro ha manifestado su afecto a ambas profesiones con las que sincronizaba ampliamente.

El Catedrático de Derecho Civil de Valencia don ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ expone el humanismo jurídico que resalta en la obra de CASTÁN, en quien, nos dice, concurren las cualidades que lo hacen destacar como jurista empaado en las más tradicionales doctrinas humanistas.

Por su parte, el Magistrado don JOSÉ IGNACIO JIMÉNEZ HERNÁNDEZ nos presenta a CASTÁN como introductor en la jurisprudencia y en nuestro ordenamiento jurídico de la elaboración del concepto de abuso del derecho, mediante la conocida Sentencia de 14 de febrero de 1944, de la que fue ponente, y en la que fijó los requisitos para configurar el abuso, que todos aprendimos de memoria: Uso de un derecho objetivamente legal, daña un interés no protegido específicamente, e inmoralidad o arbitrariedad del daño protegido.

El Derecho Romano en el pensamiento jurídico de CASTÁN es estudiado por los Catedráticos don ANTONIO y don FEDERICO FERNÁNDEZ BUJÁN, quienes hacen un minucioso repaso de las instituciones trasplantadas de Roma a nuestras leyes, y que el maestro, como buen jurista, aceptó como origen y referencia de las normas actuales.

En la obra de CASTÁN se reflejan y abordan los problemas fundamentales del Derecho comparado, como lo resalta en su trabajo don ANTONIO PAU PE-

DRÓN, Decano del Colegio de Registradores, quien nos dice que el Derecho comparado sirve hoy como medio insustituible para la elaboración de textos de Derecho derivado y como instrumento interpretativo en las decisiones judiciales. La actividad de CASTÁN en el ámbito del Derecho comparado no se agota en sus varios estudios monográficos sobre el tema; sus aportaciones se manifiestan en su tratado de Derecho civil, donde aparece el Derecho comparado en su doble función cultural y práctica, y también en la jurisprudencia, ya que en las sentencias de las que fue ponente aparecen a veces las teorías más modernas, muchas veces elaboradas por autores extranjeros.

El Catedrático de Derecho Agrario y actual Rector de la Universidad de Avila, don JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, nos habla de CASTÁN como agrarista, desarrollándolo con un afecto y una profundidad notables.

Que el Derecho Civil español era para CASTÁN no sólo el conocido como común, sino también el llamado foral, es algo que no presenta duda de tan puro notorio. No sólo dio título a su conocido libro, sino que produjo un grande y valiosísimo número de estudios, trabajos y actuaciones del maestro. El Notario de Zaragoza don JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ nos dice en su trabajo que el profesor CASTÁN ha sido, entre los estudiosos y tratadistas del Derecho Civil español, uno de los más respetuosos con los ordenamientos territoriales forales. Nacido en Aragón, desarrolló la mayor parte de su vida profesional en tierras del Código Civil, pero mantuvo un amplio conocimiento del Derecho aragonés, escribiendo libros y monografías que le acreditan como consumado foralista; el autor estudia los problemas que CASTÁN se planteaba al aparecer la Compilación y termina queriendo imaginar como reaccionaría CASTÁN ante los nuevos planteamientos de los Derechos forales a la luz del sistema alumbrado por la Constitución.

El broche final del libro está constituido por la evocación filial del Académico Secretario de la Real de Jurisprudencia y Legislación don JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, hijo del maestro, que nos presenta la visión de Aragón en sus últimos escritos. A partir de su jubilación intensifica varias publicaciones en las que se reflejan sus últimas inquietudes, coincidiendo con la promulgación de la Compilación publicó el estudio *Aragón y su Derecho (Reflexiones sobre la nueva Compilación civil)*, donde hace una exégesis de ésta y una cálida defensa, desde el campo jurídico, de los valores aragoneses y de las aportaciones de Aragón a España. A éste siguieron algunos otros estudios publicados en 1969, poco antes de su muerte.

En resumen, una serie de interesantísimos estudios han hecho que este libro constituya un conjunto muy aceptable de vivencias y semblanzas que se leen con agrado. Está bien presentado, y la edición corresponde con el afecto que merece el maestro al que una vez más se homenajea. A tal señor, tal honor.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

LÓPEZ LIZ, JOSÉ: *Perfecta constitucionalidad del procedimiento extrajudicial*, Editorial Bosch, Barcelona, 1999. Prólogo de José Vicente Gimeno Sendra. Un tomo de 295 págs.

El temido hecho se ha producido. Tanto la doctrina como el propio Código Civil nos han dicho siempre que la jurisprudencia en sentido propio se da y

obliga en cuanto hay, al menos, dos sentencias concordes sobre la misma cuestión. Ahí está el artículo 1.º del Código que en su número 6 nos dice que el ordenamiento jurídico se complementará con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley con tal que lo haga «de modo reiterado». Y la segunda sentencia se ha producido.

Y cuando LÓPEZ LIZ argumentaba sobre la indebida declaración de inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial que había hecho la Sentencia de 4 de mayo de 1998, nos viene ahora otra sentencia, ésta de 20 de abril de 1999, a remachar el clavo. Se declara otra vez más inaplicable, por ser norma opuesta a la Constitución, el segundo párrafo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria y sus complementarios artículos 234 a 236 del Reglamento, en virtud, se dice, de la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa.

Hace poco habíamos recibido este libro escrito por el prolífico abogado barcelonés JOSÉ LÓPEZ LIZ, al que conocemos por los varios libros que ha escrito en defensa de la hipoteca y que hemos comentado en estas páginas.

Nuestra idea era comentar la ardorosa defensa que el autor hace del procedimiento extrajudicial y ahora será preciso tomar en consideración también esta nueva sentencia que parece constreñir las posibles opiniones en contra.

Con todo, nuestro papel se ha de limitar a dar noticia y comentar el libro, otro más escrito por nuestro colaborador y amigo LÓPEZ LIZ con su estilo abierto e inconfundible, que propicia la fácil lectura y cuyas expresiones originan más de una sonrisa de vez en cuando; pero entre ironías, hay que reconocerlo, desliza alguna que otra rotunda verdad.

El libro está prologado por el catedrático de Derecho Procesal y magistrado del Tribunal Constitucional, JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA, que ya intervino en la mesa redonda que tuvo lugar en el Colegio de Registradores para discutir la primera sentencia y que aquí insiste en su opinión sobre la perfecta constitucionalidad del procedimiento extrajudicial, ya que el artículo 117-3 de la Constitución no impone la obligación de que toda contienda haya de dirimirse ante los tribunales, ni que todo derecho subjetivo haya de realizarse jurisdiccionalmente, ya que los conflictos intersubjetivos admiten perfectamente soluciones disponibles.

LÓPEZ LIZ entra, una vez más, en defensa de la hipoteca a la que considera una institución de necesidad social y por ello ha escrito este libro en el que disiente de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial, criticándola abierta y detalladamente.

A lo largo de catorce capítulos la desmenuza, desde el encabezamiento al fallo, empezando por los antecedentes. La historia de este desaguisado comienza, nos dice, en un Juzgado del Levante español que, correctamente, desestimó una demanda en la que el avispado deudor pidió una nulidad de actuaciones tratando de eludir el cumplimiento de sus obligaciones, nulidad que fue negada también en la Audiencia Provincial de Valencia.

Pero se recurre en casación y se formula como primer motivo el basado en los artículos 117 y 24 de la Constitución, por lo que resulta que el artículo 129 de la LH es nulo por ser norma preconstitucional.

En el fundamento jurídico 2.º se considera innecesario promover la cuestión de inconstitucionalidad, porque tratándose precisamente de normas anteriores a la Constitución, los jueces pueden inaplicarlas. En el fundamento tercero se considera al procedimiento extrajudicial carente de tradición en España. El fundamento cuarto pone en duda la naturaleza jurídica de dicho

procedimiento y su legitimidad. A ello opone LÓPEZ LIZ que el *ius vendendi*, como derecho privado del acreedor, si bien ha de actuarse bajo control estatal, no tiene que ser necesariamente judicial, pues estamos no ante una ejecución, sino más bien ante una facultad privada de enajenación, un *ius vendendi* que tiene su apoyo en la hipoteca y en definitiva en el principio de legitimación registral, pues si los derechos inscritos existen con todas sus facultades y con la extensión presentada en el asiento respectivo (art. 38 LH), el titular de la hipoteca puede ejercitar su derecho de vender la finca hipotecada. Cita varios supuestos en que la Ley permite esa venta o ejecución privada, tales como el artículo 1.872 del Código Civil, enajenación de la prenda ante notario; artículo 322 del Código Civil, enajenación en el mercado secundario de los valores dados en garantía de préstamo mercantil; artículo 94 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, venta en subasta notarial de los bienes pignoralados; artículo 260 de la Ley de Procedimiento Laboral, venta ante fedatario público de los bienes embargados; artículo 45 de la Ley de Sociedades Anónimas, venta de acciones del socio moroso; artículo 16 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles y, por último, el artículo 6 de la Ley de Cataluña, de garantías posesorias, de 29 de noviembre de 1991.

En el fundamento jurídico 5.º se reconoce que otros altos tribunales, entre ellos el propio Tribunal Supremo, en varias sentencias han respetado la constitucionalidad y legalidad de este procedimiento, pero en el fundamento 6.º se pasa a defender al poder judicial y se encara la cuestión en el prurito de reconocer su exclusividad en el ámbito de la potestad jurisdiccional, que nadie discute, por supuesto; aunque hay que reconocer que existen varios sistemas al respecto en el Derecho comparado, tal como el autor nos presenta y analiza.

En el fundamento jurídico 7.º se considera que los procesos de ejecución son cometido propio de los jueces, de donde en el fundamento siguiente se pasa a declarar que la ejecución notarial es un artilugio poco aceptable pues, aun reconociendo lo valiosa que es la función notarial, no puede sustituir a la judicial en sentido propio. A esto responde el autor, que la práctica nos dice que el control notarial de la ejecución hipotecaria nada tiene que envidiar al control judicial de la misma, pues la fuerza de la garantía hipotecaria y el impulso de su realización eliminan cualquier discusión sobre aspectos que no constan en las escrituras o el Registro.

El artículo 24 de la Constitución que reconoce el derecho a obtener la tutela judicial efectiva en relación con el ya citado artículo 117 de la misma es el argumento al que se acude en el fundamento 9.º de la sentencia para justificar el fallo que se columbra. El autor hace un acabado estudio de este tema de la tutela judicial efectiva para concluir que ésta no queda vulnerada por la posibilidad del ejercicio del derecho de hipoteca por el procedimiento extrajudicial, pues éste no produce en ningún caso indefensión, ya que siempre queda la posibilidad de un juicio declarativo en el que la tutela judicial está asegurada.

El fallo, del mismo tenor en ambas sentencias del Tribunal Supremo que nos ocupan, declara la derogación del segundo párrafo del artículo 129 LH y los artículos 234 a 236 del Reglamento, por ser normas opuestas a la Constitución, es fuertemente criticado por LÓPEZ LIZ, que aduce que el propio Tribunal Constitucional ya se pronunció en sentido distinto en su Sentencia de 18 de diciembre de 1981, cuyo texto se recoge.

El libro es, en su totalidad y tal como aparece en su título, un claro alegato en defensa de la constitucionalidad del procedimiento. Sus argumentos son convincentes, pero en este caso topan con la dura realidad de las dos sentencias concordes que forman jurisprudencia y han de infundir el respeto correspondiente.

Al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil que se está tramitando ante las Cortes, se ha presentado una enmienda en la que se pide que en el artículo 129 de la LH se añada un párrafo que diga: «En la escritura de constitución de 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, siguiendo los trámites del Reglamento Hipotecario, aunque existan terceros». ¿Saldrá adelante la enmienda? En ese caso, se enmendarían los fallos que nos preocupan.

Aquí está, en este libro, un esfuerzo más del abogado JOSÉ LÓPEZ LIZ en defensa de la efectividad de la hipoteca. Una causa merecedora de atención, sin duda, la que se presenta en este libro interesante y polémico.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO.—Núm. 655 (Abril 1999)

«A propósito de la compraventa de bienes inmuebles en Cuba», por GISELA MARÍA PÉREZ FUENTES, pág. 3515.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES: 1.1. ANTECEDENTES GENERALES. FORMACIÓN DE LA PROPIEDAD ESTATAL EN CUBA. 1.2. PRIMERA LEY GENERAL DE LA VIVIENDA DE 1984. 1.3. DECRETO-LEY 5/11982.—2. BASES LEGALES EN EL SISTEMA ECONOMICO ACTUAL: 2.1. LA CONSTITUCIÓN DE 1976. 2.2. CÓDIGO CIVIL: 2.2.1. *Los derechos reales en el Código Civil*.—3. SITUACION ACTUAL: 3.1. NORMATIVA LEGAL PARA DISPONER DE LOS BIENES INMUEBLES URBANOS. 3.2. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN CUBA. 3.3. LEY 65 DE 23 DE DICIEMBRE DE 1988: LEY GENERAL DE LA VIVIENDA: 3.3.1. *El derecho de superficie en la legislación de la vivienda*. 3.3.2. *El derecho de tanteo en la Ley General de la Vivienda*. 3.4. LEY DE INVERSIONES EXTRANJERAS. LEY 77/1995 DE 5 DE SEPTIEMBRE.—CUESTIONES INDISPENSABLES A COMPROBAR PARA ENTRAR EN EL MERCADO DE BIENES INMUEBLES EN CUBA: 4.1. TITULARIDAD DEL QUE VENDE: 4.1.1. *Escritura notarial*. 4.1.2. *Resolución de la Dirección General de la Vivienda*. 4.2. TRANSMISIÓN DE BIENES QUE REQUIEREN AUTORIZACIÓN ESPECIAL. 4.3. LOS COMPARECIENTES. 4.4. CONSECUENCIAS DE LA SIMULACIÓN RELATIVA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1997. 4.5. SEGURIDAD DE QUE LAS PARTES CUBANAS PRESENTES EN EL NEGOCIO NO ABANDONEN EL PAÍS EN LOS PRÓXIMOS 4 AÑOS.—5. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

«Conservación de la empresa versus libre competencia», por M.^a ISABEL CANDUARIO MACÍAS, pág. 3535.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA EVOLUCION DEL DERECHO CONCURSAL EN RELACION CON EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.—III. LOS CRITERIOS DE EQUILIBRIO ENTRE CONSERVACION DE LA EMPRESA Y LA LIBRE COMPETENCIA: A) LAS DIRECTRICES COMUNITARIAS SOBRE AYUDAS DE ESTADO DE SALVAMENTO Y DE REESTRUCTURACIÓN DE EMPRESAS EN CRISIS.—CONCLUSIONES.

«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)», por ANTONIO ROBLEDÓ VILLAR, pág. 3593.

SUMARIO: TEXTO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: I. EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.—II. RAZONES PARA SU INCONSTITUCIONALIDAD: a) NULA TRADICIÓN HISTÓRICA Y ESCASA JUSTIFICACIÓN. b) VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY. c) FALTA DE JURISDICCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO. d) CLARA AFECTACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.—III. EL ALEC DE 1997.—IV. NUESTRA PROPUESTA.

«Deber de lealtad del administrador cesado (Observación a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 18 de septiembre de 1997)», por ANGEL FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, pág. 3991.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ANALISIS DE LA SENTENCIA: 1. SUPUESTOS DE HECHO. 2. FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. REPLANTEAMIENTO DE LA CUESTION: 1. DEBERES DE FIDELIDAD. 2. ACTUACIONES COMPETITIVAS. 3. ACTIVIDADES PREPARATORIAS. 4. ACTOS APROPIATORIOS.—IV. REVISION DE LA DECISION: 1. DOCTRINA PLANTEABLE. 2. NORMATIVA APLICABLE.—V. CONCLUSION.

NUMERO 656.—(Mayo 99)

«Extensión subjetiva y objetiva del orden jurisdiccional contencioso-administrativo a la luz de la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», por MARÍA DE BUEYO DÍEZ JALÓN, pág. 5291.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. AMBITO SUBJETIVO: 1. CONCEPTO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 2. ESPECIAL REFERENCIA A LOS ACTOS MATERIALMENTE ADMINISTRATIVOS.—III. AMBITO OBJETIVO: ¿CARACTER REVISOR DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA?—IV. CONCRECIÓN DEL AMBITO OBJETIVO: ACTUACIONES IMPUGNABLES. EXCLUSIONES.—V. EL CARACTER IMPROPRORROGABLE DE LA JURISDICCION.

«Depósito con facultad de uso y comodato en interés del comodante (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1997)», por ISABEL RABANETE MARTÍNEZ, pág. 5309.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. FACULTAD DE USO EN EL DEPOSITO Y COMODATO EN INTERES DEL COMODANTE: 1. El artículo 1.768 del Código Civil. Facultad de uso y desnaturalización del depósito: 1.1. DEPÓSITO IRREGULAR Y DEPÓSITO CON FACULTAD DE USO. 1.2. SÍNTESIS ARGUMENTATIVA DE LA RESOLUCIÓN. 2. EL COMODATO EN INTERÉS DEL COMODANTE: 2.1. LA ESENCIAL GRATUIDAD DEL COMODATO. 2.2. INTERÉS DEL COMODANTE Y CARÁCTER GRATUITO DEL CONTRATO.

«Las nuevas causas de inadmisión del recurso contencioso-administrativo», por MARÍA JOSÉ MASCARELL NAVARRO, pág. 5863.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. FALTA DE LEGITIMACION DEL RECURRENTE (ARTICULO 51.1.b).—III. QUE SE HUBIERAN DESESTIMADO EN EL FONDO OTROS RECURSOS SUSTANCIALMENTE IGUALES POR SENTENCIA FIRME (ARTICULO 51.2).—IV. QUE EL RECURSO CAREZCA EVIDENTEMENTE DE CONTENIDO QUE JUSTIFIQUE UNA SENTENCIA SOBRE EL FONDO (ARTICULO 51.3).

«Presente y futuro de la ejecución hipotecaria al margen del procedimiento del artículo 131 de la LH», por MARÍA ISABEL VELAYOS MARTÍNEZ, pág. 5875.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA IMPORTANCIA DEL TITULO EJECUTIVO COMO ELEMENTO DE CONEXION EN TODA EJECUCION HIPOTECARIA.—III. PARTICULARIDADES DE LA EJECUCION HIPOTECARIA VIA JUICIO EJECUTIVO.—IV. PROCEDIMIENTO EJECUTIVO EXTRAJUDICIAL DEL ARTICULO 129.II DE LA LH. COMENTARIO A LA JURISPRUDENCIA DEL TS.—V. EL PROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 30 DE OCTUBRE DE 1998 Y LA EJECUCION HIPOTECARIA: 5.1. GENERALIDADES. 5.2. APORTACIONES CONCRETAS EL RÉGIMEN DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

«Notas acerca del Juicio verbal especial sobre responsabilidad derivada de accidentes de circulación», por LETICIA FONTESTAD PORTALÉS, pág. 5911.

SUMARIO: 1. REGIMEN JURIDICO PROCESAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL ACCIDENTE DE CIRCULACION.—II. JUICIO VERBAL DEL AUTOMOVIL: 1. NATURALEZA JURÍDICA. 2. AMBITO DE APLICACIÓN. 3. LEGITIMACIÓN. 4. PROCEDIMIENTO EN PRIMERA INSTANCIA: a) *Competencia e inadecuación de procedimiento*. b) *Ius Postulandi*. c) *Procedimiento*.

«Recursos y oposición al embargo preventivo de buque (A propósito de los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 10 y 14 de octubre de 1997», por LUIS-ANDRÉS CUCARELLA GALIANA, pág. 5945.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL PROBLEMA DE LA DETERMINACION DEL AMBITO DE APLICACION DEL CONVENIO DE BRUSELAS DE 1952 Y LA LEY 2/1967. LAS IMPLICACIONES PROCESALES.—III. EL SISTEMA DE RECURSOS CONTRA LA DECISION RELATIVA AL EMBARGO PREVENTIVO DE UN BUQUE: a) CONSIDERACIONES GENERALES. b) RECURSOS CONTRA EL AUTO QUE DENIEGA EL EMBARGO DE BUQUE QUE SE SOLICITA. c) RECURSOS CONTRA EL AUTO QUE CONCEDE PARCIALMENTE EL EMBARGO. d) RECURSOS CONTRA EL AUTO DE CONCESIÓN.—IV. LA OPOSICION AL EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUE: a) MOMENTO. b) EXTENSIÓN. c) EL ARTÍCULO 584 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y LAS ALEGACIONES DEL SUJETO PASIVO DEL EMBARGO.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO.—Núm. 168 (Marzo 99)

«Protección de la legalidad urbanística: problemas prácticos» (Continuación), por ENRIQUE SÁNCHEZ GOYANES, pág. 11.

SUMARIO: 3. INFRACCION DEL ORDEN URBANISTICO POR LA ADMINISTRACION: A) OBRAS CON LICENCIA ILEGAL, EN CURSO DE EJECUCIÓN. LA DOCTRINA DEL TSJ DE CANTABRIA SOBRE PROCEDIMIENTOS INSTADOS POR TERCEROS EN RAMALES DE LA VICTORIA Y POTES. B) OBRAS CON LICENCIA INCURSA EN NULIDAD DE PLENO DERECHO, EN EJECUCIÓN. EL EXTRAÑO SUPUESTO DEL ARTÍCULO 6 DE LA LEY ASTURIANA DE DISCIPLINA URBANÍSTICA. SU DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR LA STC DE 11 DE FEBRERO DE 1999. C) OBRAS CON TÍTULO ADMINISTRATIVO HABILITANTE INCOMPLETO, EN EJECUCIÓN. EL AUTO DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 29 DE OCTUBRE DE 1998 SUSPENDIENDO LAS OBRAS DEL NUEVO PUENTE SOBRE EL TORMES EN SALAMANCA. D) OBRAS CON LICENCIA ILEGAL, TOTALMENTE TERMINADAS.—4. RÉGIMEN ESPECIAL DE INFRACCIONES SIN PLAZO DE PRESCRIPCIÓN.—5. LA STC 61/1997 Y LA VALORACIÓN POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE SUS EFECTOS EN ESTE CAMPO.—6. INTERCAMBIABILIDAD DE LAS TÉCNICAS RESTAURADORAS URBANÍSTICAS Y SECTORIALES: A) MEDIDAS RESTAURADORAS DEL ORDEN URBANÍSTICO EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL: ORDEN —DE IMPRACTICABLE CUMPLIMIENTO— DE REPOSICIÓN DE SUELO AL ESTADO ANTERIOR A VERTIDO DE RESIDUOS TÓXICOS (STSJ DE ASTURIAS DE 18 DE ENERO DE 1996). B) MEDIDAS RESTAURADORAS DEL ORDEN AMBIENTAL EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA: LAS RESOLUCIONES DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 22 DE MAYO DE 1998 Y 26 DE ENERO DE 1999 SOBRE MATADERO CLANDESTINO E INSTALACIÓN GANADERA EN CASCO URBANO DE TRILLO (GUADALAJARA). C) CONCLUSIÓN.

«Estudio de la reciente jurisprudencia de tribunales superiores de justicia sobre gestión urbanística», por FELIPE IGLESIAS GONZÁLEZ, pág. 47.

SUMARIO: 1. SOBRE LA VIABILIDAD DE LA FRAGMENTACIÓN DE UNIDADES DE EJECUCIÓN.—2. LA NATURALEZA ADMINISTRATIVA DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN Y LOS CONTRATOS DE URBANIZACIÓN.—3. LA EXIGIBILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE ENTIDADES DE CONSERVACIÓN.—4. LA APROBACIÓN DE PROYECTOS DE COMPENSACIÓN.

«El derecho administrativo sancionador en la práctica urbanística. Especial referencia al procedimiento sancionador», por JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO, pág. 61.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. LA FACULTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN COMO MANIFESTACIÓN DEL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE TIPIFICACIÓN DE ILÍCITOS URBANÍSTICOS Y DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.—2. ¿CARÁCTER REGLADO O DISCRECIONAL DEL EJERCICIO DE LA FACULTAD SANCIONADORA EN

MATERIA URBANISTICA?.—3. SUJETOS RESPONSABLES Y PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.—4. PROPORCIONALIDAD EN LA IMPOSICION DE SANCIONES. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES.—5. LA APLICACION RETROACTIVA DE UNA NORMA SANCIONADORA MAS FAVORABLE.—6. EL OTORGAMIENTO DE PLAZO DE LEGALIZACION COMO REQUISITO PREVIO PARA EL EJERCICIO DE LA FACULTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION.—7. NECESIDAD DE TRAMITAR UN PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICION DE SANCIONES. NULIDAD DE LAS SANCIONES DE PLANO.—8. ORGANO COMPETENTE PARA LA INCOACION Y RESOLUCION DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN MATERIA DE URBANISMO.—9. SEPARACION ENTRE LA FASE INSTRUCTORA Y LA RESOLUTORIA.—10. LA FALTA DE NOTIFICACION DEL NOMBRAMIENTO DEL SECRETARIO DEL EXPEDIENTE.—11. LA PROPUESTA DE RESOLUCION Y EL PLIEGO DE CARGOS.—12. LA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

«Urbanismo y energía nuclear: el almacén de residuos radioactivos de Trillo (Guadalajara)», por FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ DE CISNEROS Cid y ENRIQUE SÁNCHEZ GOYANES, pág. 103.

SUMARIO: 1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1998: EL CARACTER EXPANSIVO DE SUS TESIS Y FUNDAMENTOS. LOS ARGUMENTOS JURIDICOS DEL LITIGIO.—2. EL OBJETO DEL DEBATE JURIDICO.—3. LA INCOMPATIBILIDAD DEL USO SOLICITADO CON EL PLANEAMIENTO URBANISTICO DE TRILLO.—4. REGIMEN NORMATIVO Y ESTRATEGIA ADMINISTRATIVA EN LA GESTION DE RESIDUOS RADIOACTIVOS: A) CONCEPTO Y CLASES DE RESIDUOS RADIOACTIVOS. B) EL OBJETIVO DE LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS RADIOACTIVOS. LA TÉCNICA DE LAS CUATRO 'BARRERAS'. C) ESTRATEGIAS DE GESTIÓN DE LOS RESIDUOS RADIOACTIVOS: a) *Residuos de baja y media actividad*. b) *Residuos de alta actividad*.—5. EL ALMACENAMIENTO DE RESIDUOS DE ALTA RADIOACTIVIDAD: A) ALMACENAMIENTO INTERMEDIO DE RESIDUOS RADIOACTIVOS: LA NUEVA ESTRATEGIA ESTATAL EN EL IV PLAN DE RESIDUOS RADIOACTIVOS (1994). B) LOS EFECTOS DEL CAMBIO DE LA ESTRATEGIA ESTATAL EN LAS PREVISIONES DE LA CENTRAL NUCLEAR TRILLO-1: PROYECTO DE ALMACÉN DE CONTENEDORES DE COMBUSTIBLE GASTADO. C) ALMACENAMIENTO DEFINITIVO DE LOS RESIDUOS RADIOACTIVOS.—6. INTRASCENDENCIA A LOS EFECTOS DEL RECURSO DE LOS TERMINOS UTILIZADOS EN EL PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE DESECHOS RADIOACTIVOS.—7. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS NO SIGNIFICA QUE EL AYUNTAMIENTO DEBA OTORGAR INEXORABLEMENTE CUALQUIER LICENCIA SOLICITADA POR LA CENTRAL NUCLEAR RELACIONADA MAS O MENOS DIRECTAMENTE CON SU ACTIVIDAD.—8. IRRELEVANCIA DE LA PERCEPCION POR EL MUNICIPIO DE TRILLO DE UNAS CANTIDADES POR LA EXISTENCIA DE UN ALMACEN DE RESIDUOS RADIOACTIVOS.—9. LA COORDINACION ENTRE LA ORDENACION SECTORIAL Y LA URBANISTICA.—10. RECAPITULACION Y CONCLUSIONES.

NUMERO 169.—(Abril-Mayo 99)

«Acotamiento al régimen de silencio administrativo en nuestro ordenamiento jurídico. La última reforma de la Ley 30/92 (Ley 4/99)», por JOSÉ ANTONIO GRACIA-TREVUJANO GARNICA, pág. 11 (Sin sumario).

«Las posibilidades edificatorias dentro de la zona de servidumbre de protección en los terrenos clasificados como suelo urbano a la entrada en vigor de la Ley de Costas de 1988. Interpretación de la disposición transitoria novena, apartado segundo, del Reglamento de Costas», por FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, pág. 27.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II.—LAS DISTINTAS INTERPRETACIONES DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA NOVENA, APARTADO SEGUNDO, DEL REGLAMENTO DE COSTAS: A) SI SE TRATA DE USOS O CONSTRUCCIONES PROHIBIDOS EN EL ARTÍCULO 25 DE LA LEY DE COSTAS NO CABE AUTORIZACIÓN ALGUNA. B) SE LIMITA LA POSIBILIDAD DE NUEVOS USOS Y CONSTRUCCIONES A LOS SUPUESTOS DE EDIFICACIÓN DE TIPOLOGÍA CERRADA. C) NO DEBEN LIMITARSE LAS AUTORIZACIONES DE NUEVOS USOS Y CONSTRUCCIONES A LOS SUPUESTOS DE EDIFICACIÓN CERRADA.

«La actividad de edificación, rehabilitación urbana y equipamiento comunitario como competencia de las sociedades urbanísticas locales», por FEDERICO A. CASTILLO BLANCO, pág. 49.

SUMARIO: I. INTRODUCCION; BREVE EXCURSUS SOBRE LA ACTIVIDAD ECONOMICA LOCAL Y LA PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS A TRAVES DE SOCIEDADES LOCALES.—II. LAS COMPETENCIAS LOCALES EN MATERIA DE PROMOCION DE VIVIENDA, REHABILITACION URBANA Y EQUIPAMIENTO COMUNITARIO: 1. EL URBANISMO COMO UNA FUNCIÓN PÚBLICA DE LOS ENTES LOCALES. 2. LAS COMPETENCIAS LOCALES EN LA MATERIA OBJETO DE ANÁLISIS.—III. LA ACTIVIDAD LOCAL A TRAVES DE SOCIEDADES PUBLICAS EN MATERIA DE VIVIENDA Y SUELO: 1. ¿ES POSIBLE LA ACTIVIDAD MUNICIPAL EN MATERIA DE VIVIENDA Y DE SUELO SIN QUE LA MISMA ESTÉ RESTRINGIDA A LAS VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL? 2. ¿ES PRECEPTIVA EN DICHA MATERIA DE SUELO Y VIVIENDA, PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD, LA ACREDITACIÓN DE LA UTILIDAD PÚBLICA Y EL INTERÉS SOCIAL Y EL EXPEDIENTE DE MUNICIPALIZACIÓN O PROVINCIALIZACIÓN?—IV. CONCLUSIONES.

«Derecho ambiental. Los programas de descontaminación gradual», por PEDRO SOLER MATUTES, pág. 93.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES NORMATIVOS.—2. CONCEPTO Y FIGURAS AFINES.—3. REQUISITOS.—4. TRAMITACION.—5. EFECTOS.—6. CRITICA.

«Obras públicas, medio ambiente y proceso contencioso-administrativo», por JOSÉ LUIS REQUERO IBÁÑEZ, pág. 105 (Sin sumario).

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS.—Núm. 103 (Enero-Marzo 99)

«Competitivos, jerárquicos e igualitaristas en Galicia: prosopografía», por J. VILAS NOGUEIRA, pág. 9.

SUMARIO: LA ENCUESTA.—APROXIMACION INICIAL.—PREFERENCIAS POR VALORES Y HABITAT.—PREFERENCIAS POR VALORES Y OTRAS CATEGORIAS SOCIODEMOGRAFICAS.—¿QUIENES SON (SOCIODEMOGRAFICAMENTE) LOS QUE OPTAN POR INCIDIR EN EL ORDEN MORAL? ¿QUIENES SON (SOCIODEMOGRAFICAMENTE) LOS QUE OPTAN POR INCIDIR EN LA COMPETITIVIDAD ECONOMICA? ¿QUIENES SON (SOCIODEMOGRAFICAMENTE) LOS QUE OPTAN POR INCIDIR EN LA IGUALDAD SOCIAL? LA ACTITUD HACIA LA DEMOCRACIA.—INTERES POR LA POLITICA.—CERCANIA A PARTIDOS Y SINDICATOS.—IDENTIFICACION ESPAÑOL/GALLEGO.—RELIGION Y PRACTICA RELIGIOSA.—ESPECIAL CONSIDERACION DE LA DIMENSION IZQUIERDA-DERECHA.—¿CUALES SON LOS HABITOS Y COMPORTAMIENTOS POLITICOS DE LOS PARTIDARIOS DE INCIDIR EN EL ORDEN MORAL? ¿CUALES SON LOS HABITOS Y COMPORTAMIENTOS POLITICOS DE LOS PARTIDARIOS DE INCIDIR EN LA COMPETITIVIDAD ECONOMICA? ¿CUALES SON LOS HABITOS Y COMPORTAMIENTOS POLITICOS DE LOS PARTIDARIOS DE INCIDIR EN LA IGUALDAD SOCIAL? PREFERENCIAS POR VALORES Y OPINIONES POLITICAS.—REFERENCIAS.

«Un príncipe clásico. François Mitterrand frente a una lección comparada de gobierno», por TILO SCHABERT, pág. 51.

SUMARIO: UN CLASICO POLITICO.—SUPUESTAS ESTRUCTURAS MORFOGENETICAS.—LAS TRES PARADOJAS.—LA PARADOJA DEL PODER.—LA PARADOJA DE LA CREATIVIDAD.—LA PARADOJA DE LA POLITICA.—LA LOGICA DE LA CREATIVIDAD EN LA POLITICA.—LA PRIMACIA DE LAS PERSONAS.—PODER POLITICO PROBLEMAS Y ESTRATEGIAS DE LA CREATIVIDAD EN EL PODER.—PODER POLITICO ¿COMO ES PODEROSO EL PODEROSO? LAS MASCARAS DE MITTERRAND EN EL DISCURSO DE LA HISTORIA.

«De la utilidad negativa y de la positiva», por LUIS NUÑEZ LADEVÉZE, pág. 77 (Sin sumario).

«La abdicación del pensamiento ante el horizonte del presente. La inalterable necesidad de un espíritu crítico en filosofía y política», por H. C. F. MAN-SILLA, pág. 89.

SUMARIO: I. LAS AMBIGÜEDADES DE LA MODERNIDAD Y LAS TENDENCIAS APOLOGETICAS DEL PENSAMIENTO CONTEMPORANEO.—

II. POSIBLES DERROTEROS DE UN PENSAMIENTO CRITICO.—III. ANTECEDENTES DEL POSTMODERNISMO Y TEORIAS PARALELAS.—IV. CRITICA DE ALGUNOS PUNTOS CENTRALES DEL POSTMODERNISMO.—V. EL ESTILO LITERARIO Y LAS PRACTICAS PROFANAS DE LOS POSTMODERNISTAS.—VI. EPILOGO.

«Mill y la formación del ciudadano», por DAVID ORTEGA GUTIERREZ, pág. 129.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: ALGUNAS CARACTERISTICAS DEL PENSAMIENTO DE MILL.—II. LA LIBERTAD, EL INDIVIDUO Y LA OPINION MAYORITARIA.—III. LA EDUCACION, EL INDIVIDUO Y LA MORAL.—IV. OTRAS CONSIDERACIONES SOBRE SU OBRA: IV.1. Mill y la igualdad de la mujer. IV.2. Mill y la modernidad. IV.3. Influencias posteriores de su pensamiento.—V. CONCLUSIONES FINALES.

«La regulación de la libertad de expresión en Internet en Estados Unidos y en la Unión Europea», por MARIA LUISA FERNANDEZ ESTEBAN, pág. 149.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—2. VIGENCIA Y LIMITES DE LOS DERECHOS A UNA COMUNICACION LIBRE EN INTERNET: 2. 1. El ejercicio de la libertad de expresión en la prensa. 2.2. Limitaciones a la libertad de expresión en la radiodifusión. 2.3. Convergencia entre sistemas de comunicación individual y medios de comunicación social: la libertad de expresión en Internet.—3. LA RESPONSABILIDAD POR LOS CONTENIDOS PUBLICADOS EN INTERNET: 3.1. La responsabilidad por los contenidos en los medios de comunicación tradicionales. 3.2. Problemas de la aplicación de los sistemas de atribución de responsabilidad a Internet.—4. LA PROTECCION DE LA JUVENTUD Y DE LA INFANCIA EN INTERNET EN ESTADOS UNIDOS Y LA UNION EUROPEA: 4.1. La respuesta norteamericana: Ley de Decencia en las Telecomunicaciones, su secuela y la polémica en torno a los filtros obligatorios. 4.2. La propuesta europea: el Plan de Acción para promover el uso seguro de Internet: 4.2.1. *Fomento del uso responsable de Internet*. 4.2.2. *Impulso a la autorregulación*. 4.2.3. *Sensibilización*.—5. CONCLUSIONES.

«La nacionalidad como vía de integración de los inmigrantes extranjeros», por JUAN RODRIGUEZ-DRINCOURT ALVAREZ, pág. 171.

SUMARIO: I. DEL NACIONAL A LA NACIONALIDAD: EL NACIMIENTO DE UN CONCEPTO POSTREVOLUCIONARIO.—II. APROXIMACION A LA NACIONALIDAD EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978.—III. A VUELTAS CON LA NATURALEZA DEL VINCULO DE NACIONALIDAD.—IV. LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA NACIONALIDAD CON ESPECIAL REFERENCIA AL PAPEL INTEGRADOR DE LA BINACIONALIDAD.—V. LA INSUFICIENCIA DE UNA PANACEA.—VI. CONSIDERACIONES FINALES A MODO DE CONCLUSION.

«El sistema de Cánovas del Castillo: las verdades madres en la política», por JESÚS M.^o OSÉS GORRAIZ, pág. 187.

SUMARIO: EL SISTEMA DE CANOVAS DEL CASTILLO.—I.—LAS VERDADERAS MADRES EN POLITICA.—2. EL SUFRAGIO UNIVERSAL, EL SOCIALISMO Y LA DEMOCRACIA.—3. LA MONARQUIA, LAS CORTES Y LA CONSTITUCION.

«El derecho de resistencia y su Constitucionalización», por JUAN IGNACIO UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, pág. 213.

SUMARIO: 1. ORIGENES Y EVOLUCION DEL DERECHO DE RESISTENCIA CLASICO: 1.1. La expresión derecho de resistencia: concepto y fundamento. 1.2. El derecho de resistencia en la Antigüedad. 1.3. El derecho de resistencia en la Edad Media. 1.4. Derecho de resistencia y Estado Moderno.—2. LA 'CONSTITUCIONALIZACION' DEL DERECHO DE RESISTENCIA: 2.1. La 'formalización declarativa' del derecho de resistencia. 2.2. 'La constitucionalización' del derecho de resistencia. 2.3. Las formas de resistencia en el Estado Constitucional Democrático.—3. EL DERECHO DE RESISTENCIA CONSTITUCIONAL: 3.1 El derecho de resistencia (colectiva). 3.2. El derecho de resistencia (individual o del particular).—4. CONCLUSIONES.

«Control ideológico y ritual: el ceremonial del inquisidor general en un manuscrito de la segunda mitad del siglo XVII», por M.^a CONCEPCION GOMEZ ROAN, pág. 247.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. NOMBRAMIENTO Y TOMA DE POSESION.—III. LA SUPREMA EN SESION.—IV. TRATAMIENTOS.—V. RITUAL DE LAS AUDIENCIAS DEL INQUISIDOR GENERAL.

«La temática europea en el discurso del Partido Nacionalista Vasco (PNV)», por GERALDINE GALEOTE GONZALEZ, pág. 259.

SUMARIO: I. UN GRUPO DE PIONEROS EN EL EXILIO.—II. UN PROYECTO POLITICO PROFUNDAMENTE EUROPEISTA: A) La función impulsiva del Tratado de la Unión Europea. B) El programa electoral como vector del discurso europeísta.—III. UNOS MEDIOS DE ACTUACION REDUCIDOS: A) Una implantación política limitada. B) La economía vasca como posible factor de desarrollo.

«Derecho y poder en la crisis de la soberanía», por ANTONELLA ATTILI, pág. 279.

SUMARIO: I. EL PROBLEMA DE LA SOBERANIA.—II. AFIRMACION Y CRISIS.—III. LA RELACION ENTRE DERECHO Y PODER.—IV. SITUACION Y PERSPECTIVAS.

«Fascismo y filosofía del derecho», por ROGER CAMPIONE, pág. 297.

SUMARIO: I. LIBRE CONSIDERACION PREVIA.—II. FASCISMO Y FILOSOFIA DEL DERECHO EN EL PERIODO FASCISTA.—III. LAS DOS ALMAS DEL FASCISMO.—IV. EL DERECHO EN LA CONCEPCION DEL ESTADO TOTALITARIO DE GIOVANNI GENTILE.—V. ESTADO AUTORITARIO Y DERECHO EN EL PENSAMIENTO DE ALFREDO ROCCO.

ACTUALIDAD CIVIL.—Núm. 37 de 1998

«Reconocimiento de un hijo ilegítimo no natural efectuado en 1958: su validez actual y repercusiones registrales», por CRISTINA FUENTESeca DEGENEFFEE, pág. 893.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. REGULACION ACTUAL DEL RECONOCIMIENTO.—3. SENTENCIA: A. LO QUE DICEN LAS SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA Y APELACION. B. LO QUE MANTIENE EL TRIBUNAL SUPREMO.—4. VALOR DEL RECONOCIMIENTO DE UN HIJO ILEGITIMO NO NATURAL.—5. RECONOCIMIENTO DE HIJO MAYOR DE EDAD: A. ¿CONSENTIMIENTO EXPRESO O TÁCITO? B. LA RECTIFICACIÓN DEL ASIENTO. C. PLAZO PARA CONSENTIR DEL MAYOR DE EDAD. D. HIJO MAYOR DE EDAD EN 1958: ¿QUÉ MAYORÍA HABRÁ DE CONSIDERARSE? ¿LA VIGENTE EN AQUEL MOMENTO O LOS 18 AÑOS QUE EXIGE LA CONSTITUCIÓN QUE ES CUANDO SE RECLAMA?—6. INSCRIPCION NO MATRIMONIAL FUERA DE PLAZO.—7. EL RECONOCIDO, EN EL MOMENTO DE SERLO, SOLO TENIA 17 AÑOS.—8. LA PROBLEMATICA DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS: A. Del Código Civil. B. De la Constitución. C. De la Ley 11/1981, de 13 de mayo.—9. UNA VEZ ACEPTADO O CONSENTIDO EL RECONOCIMIENTO E INSCRITO EN EL REGISTRO CIVIL ¿CABRIA UN NUEVO JUICIO RECLAMANDO LA HERENCIA? ¿O SERIA POSIBLE IMPUGNAR LA SENTENCIA POR ERROR JUDICIAL?—10. CONCLUSIONES.

NUMERO 1 DE 1999

«La responsabilidad civil nacida de accidente de trabajo», por EDUARDO SERRANO ALONSO, pág. 1.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL.—III. PRESUPUESTOS DE LA ACCION DE RESPONSABILIDAD.—IV DETERMINACION DEL DAÑO; CONCURRENCIA DE CULPAS.—V. SUJETOS RESPONSABLES: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.—VI. COMPETENCIA JURISDICCIONAL.

NUMERO 2 DE 1999

«Comentario a la Sentencia 604/1998 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. Recurso en interés de ley. Sustracción internacional de menores. Interpre-

tación del artículo 16 del Convenio de La Haya de 1980», por JOSÉ MARÍA ESPINAR VICENTE, pág. 31.

SUMARIO: 1. LOS HECHOS.—2. EL SENTIDO DEL CONVENIO.—3. LA APLICACIÓN DE ESTOS PRINCIPIOS AL CASO ANALIZADO.—4. SOMBRAS Y LUCES EN LA ACTUACIÓN DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE ALMERÍA.—5. LUCES Y SOMBRAS EN LA SENTENCIA 604/1998 DEL TRIBUNAL SUPREMO.—6. A MODO DE CONCLUSIONES.

NUMERO 3 DE 1999

«El nuevo derecho *sui generis* sobre las bases de datos», por SERGIO CAMARA LAPUENTE, pág. 49.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.—II. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA 5/1998, DE 6 DE MARZO, EN EL ÁMBITO NORMATIVO INTERNACIONAL: 1. DERECHO EUROPEO. 2. TRATADOS INTERNACIONALES E INTERREGIONALES. 3. DERECHO ESTADOUNIDENSE. 4. VISIÓN CRÍTICA DE CONJUNTO.—III. EL DERECHO «SUI GENERIS» EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL ESPAÑOLA: 1. LAS MODIFICACIONES DE LA LPI POR LA LEY 5/1998, DE 6 DE MARZO. 2. LA DOBLE PROTECCIÓN DISPENSADA A LAS BASES DE DATOS: A) *Las relaciones entre los dos derechos: demarcación del binomio estructural/contenido de la base de datos como clave*. B) *Deslinde de ambos derechos: el criterio de la originalidad*. C) *La regla de la 'selección o disposición de los contenidos': análisis crítico*. 3. 'Bases de datos' y 'colecciones': ajuste conceptual: A) *¿Son dos objetos diferentes?* B) *Las bases de datos protegidas*. 4. NATURALEZA DEL DERECHO SUI GENERIS: ¿ES UN DERECHO AFÍN? ¿ES UNA NORMA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA? 5. CONTENIDO DEL DERECHO «SUI GENERIS»: A) *Derecho a prohibir la extracción y/o reutilización*. B) *Beneficiarios de la protección*. C) *La inversión sustancial como objeto y requisito de la protección*. D) *Derechos y obligaciones del usuario legítimo*. E) *Excepciones*. F) *Duración de la protección*.—6. ¿EXISTEN DIFERENCIAS REALES ENTRE LA PROTECCIÓN POR DERECHO DE AUTOR Y POR DERECHO SUI GENERIS? RESUMEN CRÍTICO.—IV CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 OCTUBRE 1997: 1. SUPUESTO DE HECHO Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. 2. RELACIÓN CON LA JURISPRUDENCIA COMPARADA RECIENTE. 3. EL PLAGIO Y LAS BASES DE DATOS. 4. REFLEXIONES SOBRE EL FALLO DESDE LA NUEVA LEY 5/1998.—V. CONCLUSIONES.

NUMERO 4 DE 1999

«Baja del socio cooperativo y reembolso de sus aportaciones sociales», por IVÁN JESÚS TRUILLO DÍEZ, pág. 113.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. BAJA DEL SOCIO COOPERATIVO: 1. BAJA VOLUNTARIA. 2. BAJA OBLIGATORIA. 3. RÉGIMEN DE RECURSOS.—II. REEMBOLSO DE APORTACIONES SOCIALES: 1. LIQUIDACIÓN DE LAS APORTACIONES. 2. DEDUCCIONES POR SOLIDARIDAD COOPERATIVA. 3. PLAZO DE REEMBOLSO.

NUMERO 5 DE 1999

«La configuración de la multipropiedad en España: la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias», por JAVIER LETE ACHIRICA, pág. 125.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL CONTRATO DE MULTIPROPIEDAD EN LA LEY 42/1998: ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS.—III. CONSTITUCION DEL REGIMEN DE LA MULTIPROPIEDAD.—IV. OBLIGACIONES DE INFORMACION.—V. LOS DERECHOS DE DESISTIMIENTO UNILATERAL Y DE RESOLUCION DEL CONTRATO DE MULTIPROPIEDAD.—VI. LA PRESTACION DE LOS SERVICIOS.—VII. INSCRIPCION REGISTRAL DE LA MULTIPROPIEDAD.—VIII. MULTIPROPIEDAD Y ACTIVIDAD PUBLICITARIA.—IX. ORGANIZACION DE LA MULTIPROPIEDAD.—X. NULIDAD DE DETERMINADAS CLAUSULAS.—XI. NORMAS TRIBUTARIAS.—XII. OTRAS CUESTIONES.

«Matrimonio y unión libre», por JUAN B. JORDANO BARBA, pág. 181

SUMARIO: INTRODUCCION: DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL TEMA.—I. EL MATRIMONIO: A) CONCEPTO; B) CARACTERES; C) FINES; D) NATURALEZA JURÍDICA: 1) *El matrimonio como 'acto del Estado' o como negocio jurídico complejo (convenio + acto administrativo)*; 2) *El matrimonio como 'acuerdo' sentimental*; 3) *El matrimonio como negocio jurídico bilateral típico del Derecho de familia*; 4) *El matrimonio como contrato asociativo o consorcio, creador de una comunidad o institución familiar*.—II. LA UNION LIBRE: A) CONCEPTO; B) ASPECTOS EN QUE MERECE LA ATENCIÓN DEL DERECHO; C) POSIBLE RÉGIMEN GENERAL: 1) *Por lo que se refiere al estatuto interpersonal*; 2) *Por lo que mira al estatuto patrimonial*. D) CRITERIOS JURISPRUDENCIALES; E) TRABAJOS PARLAMENTARIOS EN CURSO.—III. EPILOGO. CONCLUSION. BIBLIOGRAFIA: 1) SOBRE EL MATRIMONIO; II) SOBRE LA UNIÓN LIBRE. BIBLIOGRAFÍA.

NUMERO 7 DE 1999

«La copia privada y las metamorfosis del derecho de autor», por JOSÉ ANTONIO NAVARRO FERNÁNDEZ, pág. 199.

SUMARIO: 1. PREMISA.—2. EL PROBLEMA.—3. EL DERECHO DE AUTOR Y EL MERCADO DE LA REPRODUCCION.—4. LAS JUSTIFICACIONES DEL MERCADO DE LA REPRODUCCION.—5. EL REGIMEN JURIDICO APLICABLE AL MERCADO DE LA FOTOCOPIA.—6. BIBLIOGRAFIA.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO.—

Núm. 144 (Enero-Junio 98)

(Sin sumarios)

- «Perspectivas de la historia del Derecho canónico de cara al tercer milenio», por ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA, págs. 9-18.
- «Os judeus no Direito canónico português da Baixa Idade Média», por JOAQUIM DE ASSUNÇÃO FERREIRA, págs. 19-50.
- «El gobierno pastoral de la archidiócesis de Valencia desde el Vaticano II hasta 1996», por VICENTE CÁRCEL ORTIZ, págs. 51-91.
- «Conflictividad matrimonial en Puerto Rico», por FRANCISCO SIRVENT DOMÍNGUEZ, págs. 93-176.
- «Acuerdos de colaboración para la confección del Inventario y el Plan Nacional de Catedrales», por JUAN GOTI ORDENANA, págs. 177-209.
- «El padre Cámara, obispo de Salamanca, y la reforma de la legislación matrimonial (1885-1904)», por RAÚL ROMÁN SÁNCHEZ, págs. 213-232.
- «La consideración de la mujer en los documentos de la Iglesia», por MARÍA ELENA OLMOS ORTEGA, págs. 233-254.
- «Le Conferenze episcopali nelle relazioni della Chiesa con lo Stato moderno», por PÉTER ERDŐ, págs. 255-263.
- «El reconocimiento de la cotización a la Seguridad Social de los sacerdotes y religiosos o religiosas de la Iglesia católica secularizados. Texto y comentario de los Reales Decretos 487/1998, de 27 de marzo, y 2665/1998, de 11 de diciembre» por MERCEDES VIDAL GALLARDO, págs. 265-294.
- «Boletín de Legislación Canónica Particular Española, 1997», por FEDERICO R. AZNAR GIL, págs. 295-327.

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA.—Núm. 855 (Enero-febrero-Marzo 99)

- «Cuestiones Registrales», por JOSÉ CARLOS CARMINIO CASTAGNO, pág. 19.
- «El derecho real de dominio a las puertas del tercer milenio y la teoría del abuso del derecho, a propósito de la doble naturaleza de aquél: lo individual y lo social», por DOMINGO C. CURA GRASSI, pág. 27.
- «El lenguaje jurídico en España y en la República Argentina», por JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, pág. 33.

«Inquisiciones sobre la obligación de seguridad en la responsabilidad médica», por JORGE GAMARRA, pág. 39.

«La protección del consumidor de servicios públicos esenciales», por ANTONIO PINTO MONTEIRO, pág. 45.

«Los sistemas económicos del matrimonio», por CLAUDIA SCHMIDT HOTT, pág. 53.

«La responsabilidad civil en los grupos de contratos», por CHRISTIAN LARROUMET, pág. 79.

REVUE DE DROIT UNIFORME.—Núm. 4 de 1998

«Le Guide d'UNIDROIT sur les accords internationaux de franchise principale: présentation et perspective», por PHILIP F. ZEIDMAN, pág. 746.

«Une nouvelle loi en Allemagne ouvre la voie à la ratification de la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international», por ULRICH BRINK, pág. 770.

REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY.—Núms. 1 al 12 (Enero-Diciembre 97)

«De la prescripción y la irreivindicabilidad», por RAÚL ANIDO, pág. 11.

«Efectos de la sentencia en la actividad notarial», por STELLA CÓRDOBA, pág. 89.

«El mundo moderno. Sociedad anónima y nuevas figuras globales. Consideraciones jurídicas. Derecho aplicable. Iters constitutivos. Ejercicio del notariado. Ubicación en el MERCOSUR», por ORLANDO FIRPO MARTY, pág. 107.

«Derecho de sobreelevar», por DANIEL GARCÍA ZEBALLOS, pág. 129.

«Arrendamientos rurales. Ley n° 16.223», por HORALDO LÓPEZ STENPHELET, pág. 137.

BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO.—Núm. 92 (Mayo-Agosto 98)

«La Comisión Nacional de Arbitraje Médico y la responsabilidad de los servidores públicos», por JORGE FERNÁNDEZ RUIZ, pág. 311.

«Derecho y poder en la defensa e ingeniería de la Constitución», por IMER BENJAMÍN FLORES MENDOZA, pág. 331.

«La división de poderes en la Constitución de 1917», por M.ª DEL PILAR HERNÁNDEZ, pág. 353.

- «Las Normas Oficiales Mexicanas en el ordenamiento jurídico mexicano», por CARLA HUERTA OCHOA, pág. 367.
- «El constitucionalismo social frente a la reforma en el derecho del trabajo en México», por PATRICIA KURCZYN VILLALOBOS, pág. 399.
- «Internet y derecho. De la realidad virtual a la realidad jurídica», por ROCÍO OVILLA BUENO, pág. 421.
- «Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático», por GERARDO PISARELLO, pág. 439.
- «Derecho y religión. Un breve análisis retrospectivo de las relaciones Iglesia-Estado en México», por JAVIER SALDAÑA, pág. 457.
- «Objeto y tipología de la huelga por su régimen jurídico», por HÉCTOR SANTOS AZUELA, pág. 477.
- «La Constitución de la República del Paraguay del 20 de junio de 1992», por JORGE SILVERO SALGUEIRO, pág. 503.
- «Las autoridades administrativas independientes en derecho francés y la defensa de las prerrogativas del administrado», por JOSÉ LUIS VÁZQUEZ ALFARO, pág. 537.

NUMERO 93.—(Septiembre-Diciembre 98)

- «La elección del jefe de Gobierno del Distrito Federal de 1997», por FRANCISCO J. DE ANDREAS, pág. 595.
- «Reflexión sobre la defensa y la ingeniería constitucional en México», por IMER BENJAMÍN FLORES MENDOZA, pág. 611.
- «Métodos de delimitación en derecho del mar y el problema de las *islas*», por ALONSO GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, pág. 639.
- «El control de la constitucionalidad, análisis del artículo 105 constitucional», por CARLA HUERTA OCHOA, pág. 713.
- «La reforma laboral española de 1997», por JOSÉ MANUEL LASTRA LASTRA, pág. 741.
- «Sistema y especialidad del derecho del trabajo», por HÉCTOR SANTOS AZUELA, pág. 763.
- «La justicia electoral federal mexicana», por JOSÉ LUIS VÁZQUEZ ALFARO, pág. 777.
- «Los modelos victimológicos», por JOSÉ ZAMORA GRANT, pág. 835.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO.— Núms. 2-3 (Mayo-Diciembre 98)

- «Jurisdicción voluntaria: tramitación notarial de matrimonio y divorcio por mutuo consentimiento», por GILCA M. IRIZARRY COIBERG, pág. 227.
- «La política pública de unidad familiar y las acciones en daños y perjuicios», por ALBA V. BERMÚDEZ DÍAZ, pág. 249.
- «El arbitraje mandatorio en un ambiente no-unionado: su propósito y viabilidad. Guía práctica de desarrollo», por LUIS F. ANTONETTI y VALERY ALICEA CÁCERES, pág. 271.
- «La Declaración de Impacto Ambiental vs. el método de diseño-construcción: las crónicas de una muerte anunciada», por EDWIN ANTONIO FIGUEROA MEDINA, pág. 293.
- «Las mejoras hechas por el usufructuario o el arrendatario en la cosa objeto de usufructo o arrendamiento», por JOSÉ A. RIVERA GARCÍA, pág. 309.
- «Las pruebas de ADN y su justo valor probatorio», por CAROLYN COSTAS LUGO, pág. 371.
- «Reflexiones en torno a la ley núm.. 54 de 15 de agosto de 1989 y el 'Model Code in Domestic and Family Violence' aprobado en San Diego, California, en 1994"», por ENERIS MARIE MEDINA LLORÉNS, pág. 395.
- «Análisis comparativo de las partidas en daños punitivos», por TESSIE LEAL GARABIS, pág. 429.
- «Menores sin sustento: cuando el alimentante vive en el extranjero», por ERIC R. HUOT CALDERÓN, pág. 447.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA.—Núm. 166 (Noviembre 98)

- «Medios de comunicación y proceso de negociación con Europa», por RICARDO ACIRÓN ROYO, pág. 9.
- «La reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias y la participación de la Comunidad Autónoma en los asuntos comunitarios», por BEGOÑA DELGADO CASTRO, pág. 17.
- «El régimen específico de abastecimiento de Canarias», por JUAN HARDISSON RUMEU, pág. 25.
- «El nuevo régimen simplificado en el IGIC», por MARÍA BELÉN HERNÁNDEZ GARDE, pág. 35.

- «La influencia del ordenamiento comunitario en los arts. 25, 26, y 27 de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias», por FRANCISCO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, pág. 45.
- «Inclusión o exclusión de los Impuestos Especiales sobre alcoholes en la base imponible del IGI», por DIEGO LÓPEZ TEJERA, pág. 59.
- «La zona especial canaria, régimen jurídico general. Especial referencia al régimen fiscal», por SONSOLES MAZORRA MANRIQUE DE LARA, pág. 83.
- «Propuesta de modificación reglamentaria en materia arancelaria para la industria canaria de cara al Estatuto Permanente», por ANTONIO DE LA OSSA MARTÍNEZ, pág. 97.
- «El incierto futuro de la ZEC», por JUAN ROMERO PI, pág. 101.
- «La OCM del plátano y su reforma. Una primera aproximación a las implicaciones para Canarias», por Carmen D. WEHBE HERRERA, pág. 115.
- «Análisis jurídico-económico de las condiciones de adhesión de Canarias a la Unión Europea», Dictamen emitido por ASUNCIÓN ASÍN CABRERA, GUILLERMO G. NÚÑEZ PÉREZ, JOSÉ L. RIVERO CEBALLOS y JOSÉ A. RODRÍGUEZ MARTÍN. (Separata).

NUMERO 167.—(Diciembre 98)

- «Comunidades Europeas», por JOSÉ ANTONIO PAJA BURGOA, pág. 9.
- «Información y seguridad. El intercambio global de información en la OSCE», por CARLOS RUIZ MIGUEL, pág. 15.
- «Cooperación financiera de la Comunidad Europea con terceros países mediterráneos», por ALFONSO J. IGLESIAS VELASCO, pág. 25.
- «Devolución de ingresos tributarios indebidos por infracción del Derecho comunitario», por A. J. MARTÍN JIMÉNEZ y J. M. CALDERÓN CARRERO, pág. 41.
- «La cuota gradual de actos jurídicos documentados en el desembolso de dividendos pasivos», por CRISTINA MIALET RIGAU, pág. 61.
- «La obligación de depósito de las cuentas anuales. Nueva regulación», por ALFONSO BREZMES MARTÍNEZ DE VILLARREAL, pág. 69.
- «Mercado europeo de servicios de auditoría: una asignatura pendiente», por JULITA GARCÍA DÍEZ y ANTONIO MARTÍNEZ ARIAS, pág. 83.
- «La Protección del Medio Ambiente en la Unión Europea: Aspectos Históricos, Políticos, Jurídicos e Institucionales», por ANGEL B. GÓMEZ PUERTO, pág. 99.
- «En pos de una política integrada rural», por ALBERT MASSOT MARTÍ, pág. 107.

NUMERO 168.—(Enero 99)

- «La Unión Europea como referencia del Comercio Interior en Aragón: situación actual y perspectiva de futuro», por CARMEN BERNE MANERO y YOLANDA POLO REDONDO, pág. 7.
- «Acción Social en Aragón», por ANTONIO GUTIÉRREZ RESA, pág. 15.
- «Instrumentos de urbanismo transfronterizo pirenaico», por FERNANDO LÓPEZ RAMÓN, pág. 25.
- «Evaluación del Objetivo II en Aragón», por LUIS NAVARRO ELOLA y otros, pág. 33.
- «El sector hortofrutícola de Aragón en el marco de la Unión Europea», por LUIS NAVARRO ELOLA y otros, pág. 55.
- «Acciones europeas para la inserción laboral de las mujeres», por LUIS NAVARRO ELOLA y otros, pág. 65.
- «El FEDER y el proceso de integración europeo en Aragón», por JUAN C. RAMÓN-SOLANS PRAT y NURIA ALCALDE FRADEJAS, pág. 75.
- «La evolución de la economía de Aragón y posibilidades», por JUAN C. RAMÓN-SOLANS PRAT y NURIA ALCALDE FRADEJAS, pág. 87.
- «El FEOGA y el proceso de integración europeo en Aragón», por JUAN C. RAMÓN-SOLANS PRAT y otros, pág. 95.

NUMERO 169.—(Febrero 99)

- «Reflexiones sobre la teoría constitucional de la integración europea», por JOSÉ JOAQUÍN FERNÁNDEZ ALLES, pág. 9.
- «El derecho comunitario como impulsor de la formación de un derecho administrativo común europeo. La noción comunitaria de Administración Pública», por JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, pág. 21.
- «La Convención para la protección de los derechos del hombre y de la dignidad del ser humano en orden a las aplicaciones de la biología y de la medicina. Convención sobre los derechos del hombre y la biomedicina», por ENRIQUE RUIZ VADILLO, pág. 37.
- «Los acuerdos de menor importancia en la nueva comunicación de la Comisión», por MARÍA PILAR BELLO MARTÍN-CRESPO, pág. 43.
- «La aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia en los Estados Unidos y en la Comunidad Europea: trayectoria jurisprudencial», por SANDRA GARCÍA CANO, pág. 55.

- «La aplicación de las normas comunitarias de la competencia a los sistemas de pagos transfronterizos», por RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ, pág. 71.
- «El marco de la libre competencia. Exenciones por categorías de los acuerdos de franquicia», por REBECA PARREÑO CASTRO, pág. 79.
- «Las tecnologías de la información para la propiedad industrial e intelectual ante el siglo XXI», por JOSÉ DANIEL VILA ROBERT, pág. 93.
- «Los incentivos fiscales del País Vasco frente a la libre competencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1998)», por ANTONIO M. CUBERO TRUYO y ANTONIO J. SÁNCHEZ PINO, pág. 97.
- «Fiscalidad, libre circulación de trabajadores y Tribunal de Justicia», por ISAAC MERINO JARA, pág. 109.

NUMERO 170.—(Marzo 99)

- «El impacto de la creación del Mercado único Europeo sobre la economía valenciana», por MANUEL LÓPEZ ESTORNELL y VICENT SOLER i MARCO, pág. 7.
- «Consideraciones sobre el Quinto programa Unión Europea de desarrollo sostenible y la economía valenciana», por EMERIT BONO, pág. 27.
- «Los fondos estructurales y la Unión Europea», por J. ISMAEL FERNÁNDEZ GUERRERO y ELENA HERRERA GARCÍA, pág. 43.
- «El turismo en la Comunidad Valenciana», por ANDRÉS GARCÍA RECHE y VICENTE M. MONFORT MIR, pág. 61.
- «Política ambiental y gestión de residuos en la Comunidad Valenciana», por FRANCESC HERNÁNDEZ SANCHO, pág. 87.
- «Las comunicaciones marítimas», por FERNANDO HUET FUENTES, pág. 97.
- «La política mediterránea y la ampliación hacia el Este de la Unión Europea: efectos sobre la economía valenciana», por JOSEP M.^a JORDÁN GALDUF, pág. 109.
- «La desregulación de los servicios en la Comunidad Valenciana», por JOSÉ A. MARTÍNEZ SERRANO y otros, pág. 121.
- «Valoración contingente de espacios naturales en la Comunidad Valenciana: un fenómeno reciente», por SALVADOR DEL SAZ SALAZAR, pág. 133.