

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

**D. Jerónimo González Martínez**

---

Año LXXV • Mayo-junio 1999 • Núm. 652

---



## CONSEJO DE REDACCION

### PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

### CONSEJEROS:

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

### 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

# SUMARIO

Págs.

## ESTUDIOS

«La contratación electrónica: la firma y el documento electrónico», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS .....	765
«La dote en el panorama de la codificación civil española», por MARÍA JOSÉ COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA .....	791
«La mención registral: su justificación y contenido», por GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA .....	833
«Ejecución hipotecaria y extinción de los arrendamientos. Nuevas perspectivas y consideraciones críticas», por MARGARITA ISABEL POVEDA BERNAL .....	897
«Elementos identificativos de la fundación: el nombre», por MARÍA DOLORES MAS BADÍA .....	951
«El embargo de bienes gananciales a través de la jurisprudencia», por MIGUEL VAQUER SALORT .....	979

## DICTAMENES Y NOTAS

«Castán Tobeñas y los Registradores», por JESÚS LÓPEZ MEDEL .....	1023
«La partición hereditaria y sus causas de impugnación. Especial referencia a la problemática de la rectificación de la partición», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA .....	1041
«Régimen de las parcelaciones en suelo rústico» (ADDENDA), por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	1051

## ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN .....	1059
--	------

## JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	1067
--	------

II. Resoluciones de la Dirección General:

A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	1073
B) Resoluciones comentadas, por FERNANDO CANAL BRAGE y RAFAEL RIVAS TORRALBA .....	1085

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:	
a) Derechos reales, por ELENA MÚGICA ALCORTA .....	1115
b) Obligaciones y contratos, por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN .....	1143
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ .....	1168
4. Derecho Procesal, por ERNESTO CALMARZA CUENCAS .....	1174

**INFORMACION BIBLIOGRAFICA**

«Valoración inmobiliaria pericial», de ALBERTO GARCÍA PALACIOS y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	1181
«Arrendamiento de obras o servicios. Perfil evolutivo y jurisprudencial», de JUDITH SOLE RESINA, por CONCEPCIÓN SERRANO ALCAIDE ...	1182
«Cien estudios jurídicos (1942-1996)», de DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	1185
«Tráfico jurídico, compraventa, escritura e inscripción», de EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG, por ISABEL MORATILLA GALÁN .....	1187
«El anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997-98», de VÍCTOR FAIREN y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	1196
«La tributación de los documentos notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados», de MARTA VILLARÍN LAGOS, por ELENA MÚGICA ALCORTA .....	1199
«El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria», de ANTONIO MONTSERRAT VALERO, por ELENA MÚGICA ALCORTA .....	1202
«Contra la hipoteca», de JOSÉ LÓPEZ LIZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	1205
«Derecho Inmobiliario Registral e Hipotecario. Tomo V. Urbanismo y Registro», de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	1208

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN, comentarios de ISABEL DE LA IGLESIA MONJE .....	1215
--	------

# ESTUDIOS



# La contratación electrónica: La firma y el documento electrónico

DEDICADO A DON ANTONIO IPIENS LLORCA

*SUMARIO*.—I. INTRODUCCION.—II. MEMORANDIUM DE LA DELEGACION FRANCESA SOBRE EL COMERCIO ELECTRONICO.—III. ANALISIS DE LA PROPOSICION DE DIRECTIVA POR LA QUE SE ESTABLECE UN MARCO COMUN PARA LA FIRMA ELECTRONICA: 1. LOS CONSIDERANDOS BÁSICOS DE LA DIRECTIVA. 2. ESTUDIO CONCRETO DE LA PROPOSICIÓN DE DIRECTIVA. 3. PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO, LA FIRMA DIGITAL, FIRMA ELECTRÓNICA, DOCUMENTO ELECTRÓNICO, DERIVADOS DEL ARTICULADO DE LA DIRECTIVA.—IV. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA FUNDACION «FESTE».—V. INFORME GENERAL EN RELACION CON EL DOCUMENTO ELECTRONICO Y EL COMERCIO ELECTRONICO.—VI. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LAS LEYES ALEMANA E ITALIANA SOBRE FIRMA ELECTRONICA: 1. LEGISLACIÓN ALEMANA. 2. LEGISLACIÓN ITALIANA. 3. EL PROYECTO DEL NOTARIO TTP DE LA CORPORACIÓN REAL DE NOTARIOS DE LOS PAÍSES BAJOS (KNB).—VII. LA INTERVENCION DEL NOTARIO CARA A LA FIRMA ELECTRONICA, EL DOCUMENTO ELECTRONICO Y EL COMERCIO ELECTRONICO.

## I. INTRODUCCION (1)

Como indica la Exposición de Motivos de la Proposición de Directiva COM (1998/297/2), sobre la firma electrónica, las redes abiertas como Inter-

---

(1) Además de la BIBLIOGRAFÍA específica, citada en la exposición del presente trabajo, pueden consultarse:

— ALCOVER GARAU, GUILLERMO, «La firma electrónica como medio de prueba: valoración jurídica de los criptosistemas de claves asimétricas». *Cuadernos de Derecho y Comercio del Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio*, núm. 13, abril 1994.

net, son cada vez más importantes para la comunicación, y a través de ellas se permite que personas que no han mantenido ninguna relación previamente puedan tener una comunicación interactiva, a partir de este marco técnico, las aplicaciones de estas nuevas tecnologías son muy amplias, y en concreto en las relaciones económicas, donde las empresas bien con otras, así como con los consumidores, pueden utilizar el comercio electrónico consiguiendo un abaratamiento de costes y una mayor rapidez. Pero esta rapidez debe de ir acompañada de un principio general de seguridad en todos los órdenes, por supuesto en el jurídico. Dentro de este mecanismo en el Comercio Internacional uno de los elementos claves es el de la firma electrónica, y sobre todo la autenticación electrónica, con los diferentes métodos de firmar un documento electrónicamente, desde los más simples como por ejemplo, mediante la inserción de una imagen escaneada de una firma hecha a mano en un documento, realizada por tratamiento de textos, a métodos más avanzados como las firmas numéricas denominadas de clave, criptográfica pública. Pero dentro de este proceso existen algunos elementos esenciales que aparecen en la propuesta de directiva en los que además de constatar la integridad y autenticidad de los informes y datos emitidos, el punto esencial es el de la identidad de la firma del remitente y como consecuencia de ello la seguridad que debe tener el destinatario, de que la persona con quien contrata es realmente ella, así como que su firma pertenece efectivamente al mismo. Esta información, podría ser suministrada por el propio firmante, mediante pruebas que satisfagan al destinatario, pero también por otros medios consistentes en recibir esa confirmación por un tercero, a través de una persona o una institución que tenga la mutua confianza de ambas partes, y esos terceros son denominados en la Proposición de Directiva como prestatarios de servicios de certificación.

En el presente trabajo vamos a ir analizando los diferentes problemas que se plantean en la contratación electrónica, en relación con el documento electrónico a través de esta Proposición de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre un marco común para las firmas electrónicas. Esta Propo-

---

— ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, JOSÉ MARÍA, «Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos». Revista *La Ley*, vol. 4, 1992.

— ANDRÉU MARTÍ, MARÍA DEL MAR, «Consideraciones en torno al pago con tarjetas electrónicas». *Revista del Instituto Nacional del Consumo*, núm. 33, junio 1995.

— GALINDO, FERNANDO, «Los proveedores de servicios de certificación», *La Ley*, núm. 4.566, de 19 de junio de 1998.

— RECALDE CASTELLS, ANDRÉS, «La firma de las partes del contrato en la carta de porte (firma manual y firma impresa, mecánica o electrónica). El régimen del Código de Comercio y del Convenio Internacional sobre Transporte por Carretera». *Revista General de Derecho*, núm. 606, marzo 1995.

— ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, GUILLERMO, «El valor probatorio del documento signado en forma digital», en Revista *La LLei de Catalunya*, núm. 216, julio 1998.

sición de Directiva, tiene como veremos una importancia capital porque a través de ella van a surgir muchas cuestiones en esta novedosa situación del comercio electrónico y de la contratación electrónica; asimismo iremos viendo la evolución que hasta el momento actual está teniendo la elaboración de la misma así como la participación especial de la Delegación española, en los trabajos que se están realizando bajo la Presidencia austríaca.

## II. MEMORANDUM DE LA DELEGACION FRANCESA SOBRE EL COMERCIO ELECTRONICO

Se presentó por la Delegación del Gobierno francés el 9 de marzo con ocasión del Consejo ECOFIN, en el que se precisan las orientaciones y medidas que se consideran adecuadas para el desarrollo del comercio electrónico. En dicho documento se establece «que el comercio electrónico es una oportunidad que han de aprovechar las empresas, los consumidores, la economía y las culturas europeas. Si bien el comercio electrónico no es un fenómeno nuevo, se está transformando rápidamente, bajo el impulso de Internet, en una trama de actividades comerciales mundializadas entre un número creciente de participantes... El comercio electrónico, un incentivo para la consecución del mercado interior europeo y para la introducción del euro... La capacidad de practicar el comercio electrónico con una moneda única, el euro, en el mayor mercado único del mundo, aportará en el plano de la competitividad a las empresas europeas ventajas considerables... Pero para que las esperanzas despertadas por el comercio electrónico sean una realidad, es preciso crear las condiciones para que los operadores (clientes y prestatarios) puedan intervenir con toda confianza... En la actualidad el comercio electrónico es objeto de una intensa actividad internacional, pero fragmentada en una multitud de foros bilaterales y multilaterales... Varios textos adoptados a escala comunitaria (por ejemplo la Directiva sobre la protección de la intimidad y de los datos personales o la Directiva sobre los contratos negociados a distancia), así como las conclusiones de la Conferencia ministerial de Bonn de julio de 1997, plantean las primeras bases de un marco armonizado para el desarrollo del comercio electrónico y el fundamento de una posición internacional de la Unión Europea... Así parece urgente determinar a escala comunitaria, no solo una doctrina para crear un marco normativo que estimule el comercio electrónico europeo sino también una estrategia europea para el planteamiento de los debates internacionales que se están sucediendo muy rápidamente... Facilitar la celebración de contratos por vía electrónica y dar seguridad a las transacciones... Consiste pues en ayudar a establecer la confianza en los instrumentos y redes de comercio electrónico... Estas preocupaciones se refieren en particular a la identidad y solvencia de los proveedores,

su ubicación física, la integridad de la información, la protección de datos de carácter personal, la ejecución del contrato, la fiabilidad de los pagos, etc... Además, el recurso sistemático a la firma electrónica para las transacciones comerciales obliga a una compatibilidad de las infraestructuras de claves públicas dentro de la Unión Europea. Resulta pues necesario disponer lo antes posible de una Directiva del reconocimiento mutuo de las autoridades de certificación de dichas claves... Por lo tanto la Unión Europea ha de concluir pronto sus esfuerzos tanto en las instancias internacionales competentes como en el marco de sus relaciones con sus socios comerciales más importantes a fin de establecer marcos normativos coherentes a escala planetaria...»

Este es uno de los numerosos documentos que aparecen en el seno de la Unión Europea, y que he reflejado a modo de ejemplo, para indicar la existencia de este nuevo tema y como se ve la necesidad, muchas veces bajo diferentes enfoques de dar solución a un hecho que existe y que en los albores del siglo XXI, plantea y debe plantearnos desde el punto de vista jurídico cuestiones que deben ser resueltas, adelantándonos a los acontecimientos.

### III. ANALISIS DE LA PROPOSICION DE DIRECTIVA POR LA QUE SE ESTABLECE UN MARCO COMUN PARA LA FIRMA ELECTRONICA

1. *Los considerandos básicos de la Directiva* parten de «... que las comunicaciones y el comercio electrónico necesitan de las firmas electrónicas y de los servicios conexos, que es necesario promover la interoperatividad de los productos de firma electrónica, y que entre los sistemas más avanzados están las firmas numéricas sobre la base de la criptografía; considerando que la presente Directiva tiende a promover la utilización y el reconocimiento jurídico de las firmas electrónicas en la Comunidad Europea, así como que la validez de una firma electrónica no pueda ser rehusada por el solo motivo de que tenga esta forma, y que estas firmas tengan el mismo efecto jurídico que las manuscritas y que puedan tener fuerza como prueba en los procedimientos judiciales en todos los Estados Miembros de la Comunidad; que los prestarios de servicios sean sometidos a la legislación nacional en materia de responsabilidad, así como que éstos deban previamente informar a los Estados Miembros en lo referente a la utilización de sus certificados y los límites de su responsabilidad y que éstos sean en un lenguaje fácilmente comprensible y por un medio de comunicación duradero...». Estos son los Considerandos básicos de la Directiva, junto con el de establecer un Comité Consultivo para ayudar a la Comisión a aplicar de manera armónica las disposiciones que responden a las necesidades del Mercado y del público en general creando un marco jurídico homogéneo.

2. *Estudio concreto del articulado de la proposición de Directiva.* Hay que tener en cuenta a la hora de realizar este trabajo, que aun no ha surgido el texto definitivo de la Directiva y que las variaciones que se han ido produciendo lo son teniendo en cuenta las distintas concepciones y sistemas jurídicos que operan en el seno de la Unión Europea en relación con los Estados Miembros. En el primer documento presentado, el artículo 1 al definir el ámbito de aplicación, establecía que tenía por finalidad facilitar el uso de la firma electrónica y establecer su reconocimiento legal; por otra parte el artículo indicaba que la Directiva no regula otros aspectos en relación con la conclusión o validez de los contratos u otras formalidades no contractuales que precisen firma. Desde un primer momento en los informes que surgen de la Dirección General de los Registros y del Notariado a través del Ministerio de Justicia se indicó la necesidad de delimitar campos de exclusión en la aplicación de la Directiva, en el sentido de excluir determinados tipos de contratos o negocios jurídicos, ajenos a la necesidad de agilidad y celeridad que preside la contratación mercantil como pueden ser los contratos societarios, los de carácter sucesorio, los contratos sobre bienes e inmuebles y los derechos reales sobre ellos constituidos, los contratos de relaciones familiares, los matrimoniales, etc. En las distintas redacciones del artículo, hasta el momento presente no se hizo esa exclusión, por ello se intentó que fuera la Legislación nacional la que a la hora de hacer la transposición estableciera esos ámbitos de exclusión por razón de la legislación específica. De ahí que en los siguientes informes se quisiera introducir con claridad que la Legislación nacional de cada estado es la que determinaría, el destino, forma y efectos de los documentos electrónicos, consiguiéndose posteriormente el que desapareciera la palabra electrónicos y quedara únicamente la palabra documentos, aunque no se ha conseguido introducir el término destino, efectos, o formas de los documentos. Pero quizás con esta redacción pueda ser viable el tener amplitud y movilidad a la hora de hacer la transposición de la Directiva. El párrafo 2.º del artículo 1 tiene la siguiente redacción, refiriéndose al uso de la firma electrónica: «Ello no cubre los aspectos relativos, a la conclusión y validez de los contratos o de otras obligaciones legales, donde hay requisitos prescritos por la ley nacional o comunitaria, ni afecta a las reglas y límites que presiden (o gobiernan) el uso de los documentos, y que están contenidos en la ley nacional o comunitaria». Ya que no debemos olvidar que debe dejarse a los Estados Miembros, el remitirse a sus respectivas legislaciones en los ámbitos o campos, sobre todo el relativo a los actos o contratos en los que el notario, por ejemplo, interviene, siendo esta intervención necesaria, bien con el valor constitutivo del negocio que se contiene bajo la forma pública, bien con su eficacia (necesaria por ejemplo para la inscripción en un Registro Público), bien por su fuerza ejecutiva. De ahí, ya se verá si se debe o no, y en que grado, realizar las modificaciones

necesarias, en aspectos como en su caso el llamado documento público electrónico, sus consecuencias, y requisitos, las garantías basadas en la intervención de los notarios, etc. o incluso en una ley específica como en el caso de Italia y Alemania, que también serán objeto de estudio en este trabajo.

*El artículo 2.º* hace referencia a las definiciones que después aparecen en la Directiva, así se define la *firma electrónica*, como la firma en *forma digital* integrada en unos datos, anexa a los mismos o asociados con ellos que utiliza un signatario para expresar conformidad con su contenido, y cumpliendo los requisitos de estar vinculada al signatario de manera única, de permitir la identificación del signatario, de haber sido creada por medios que el signatario pueda mantener bajo su exclusivo control y estar vinculada a los datos firmados de modo que se detecte cualquier modificación ulterior de los mismos. Así mismo se designa *signatario* a la persona que crea una firma electrónica; se define el *dispositivo de creación de firma*, el dispositivo de verificación de firma, el certificado reconocido que es el certificado digital que vincula un dispositivo de firma a una persona y confirma su identidad y que cumple los requisitos establecidos en el Anexo 1.º, asimismo el *proveedor de servicios de certificación* que es la persona física o jurídica que expide certificados o presta otros servicios públicos. Posteriormente se ha modificado el texto introduciendo el concepto de firma segura electrónica, para después cambiarlo al de firma avanzada electrónica, al que se le concede los efectos que antes se daban a las firmas electrónicas, y que parece que es la que determina el nivel más cualificado en cuanto a esta firma.

A los efectos de clarificar un poco el significado de esta *terminología*, se ha de indicar, que las firmas electrónicas, son unos mecanismos o instrumentos utilizados, para conseguir en esas redes informáticas, abiertas, la seguridad de la identidad del sujeto que emite un mensaje y el contenido del mismo.

Ello parte de la ayuda de la «criptografía», de la encriptación de un mensaje, en definitiva, de enmascarar ese mensaje. Existen, además, en el proceso una clave pública y otra privada. Uno de los medios es la llamada firma digital, que es una firma electrónica, que resuelve el tema de la identificación de la persona que envía el mensaje, con el sistema de claves asimétricas. *El proceso sería el siguiente:* el emisor encripta su mensaje (lo cifra), a través de una clave privada y secreta que sólo él conoce, y la clave pública es la que descifra ese mensaje por el receptor, una vez que se le da a conocer a éste la misma, por el emisor. Para determinar pues, la autoría del documento, basta aplicar esa clave pública de esa persona, a la firma electrónica. Si ello da un resultado positivo, se consigue, identificar al firmante del documento electrónico, y la de asegurarnos que el contenido del texto firmado, no ha sido modificado.

*En el artículo 3.º*, se ha mantenido el texto continuadamente, en el sentido de que los Estados Miembros no condicionarán la prestación de servicios de

certificación a la actuación de autorización previa. En este sentido, los informes de Justicia establecieron desde un primer momento la necesidad de este requisito de la autorización previa por creerlo esencial a la hora de que por parte de los Estados existiera un control previo de autorización o licencia debido a la importancia que tenían estos proveedores de servicio de certificación ya que las entidades certificante según los anexos de la certificación de Directiva se les atribuía facultades de identificación y de calificación jurídica, de capacidad de obrar y de legalidad así como de suficiencia de las facultades de sus apoderados sin exigirles una específica titulación, salvo que se diera esta facultad a aquellos que sí la tienen en nuestro sistema jurídico, como por ejemplo, los notarios. Esto no se ha conseguido, aunque se ha introducido un párrafo relativo a que los Estados Miembros establecerán un sistema apropiado que les permita la supervisión de los proveedores de servicios de certificación. La contrapropuesta era introducir un mecanismo de control, como por ejemplo, que los Estados Miembros establecieran los mecanismos legales que demandara la vigilancia del mercado.

En cuanto al *artículo 5.º referente a los efectos legales de las firmas electrónicas* en un primer momento se hablaba de que éstas tendrán fuerza ejecutiva. Ello planteaba muchísimos problemas desde el punto de vista de la legislación interna, en cuanto a la consideración de medio de prueba de este documento electrónico bajo firma electrónica, en relación con el sistema jurídico español. Hay que tener en cuenta, que en principio, la redacción genérica que establecía que los Estados Miembros velarán para que no se niegue efecto legal, validez, ni obligatoriedad a una firma electrónica por el hecho de que ésta se presente en forma electrónica, no era incongruente con nuestro propio derecho interno, donde existe este reconocimiento en diversas leyes y también por nuestro Tribunal Supremo siempre que se cumplieran una serie de requisitos. Para que estas firmas electrónicas, o firmas seguras electrónicas, o firmas avanzadas, en la última redacción, fueran admisibles como prueba en los procedimientos legales, requieren que estén basados en un certificado acreditado, que cumpla una serie de requisitos. Lo que ocurre que en el punto 2.º de este artículo se derrumbaba este aparente principio de seguridad al hablar de otras firmas electrónicas, dejando en el aire toda la problemática ya que en este caso no se requerían los requisitos de los certificados acreditados.

En cuanto al *artículo 6.º referente a la responsabilidad de los proveedores de servicios o entidades certificadoras*, el texto de la Directiva siempre ha sido demasiado ambiguo con términos poco claros, como por ejemplo estableciendo demasiados límites y salvaguardias a dicha responsabilidad, como por el ejemplo para el supuesto de que el prestador de servicios de muestra que ha adoptado todas las medidas razonables. Por ello es imprescindible para garantizar y asegurar la confianza de los consumidores en la contratación

electrónica que la responsabilidad de los proveedores de servicio de certificación no se imponga sólo para el caso de culpa o negligencia, sino que responda al principio de la responsabilidad objetiva. Así mismo es criticable, la posibilidad de limitar esa responsabilidad en operaciones que rebasen una determinada cantidad, esta debería darse en todo caso.

Estas circunstancias han ido cambiando, y alguna de estas cuestiones se han podido ir introduciendo en el sentido de ir quitando esos límites, no sabiendo como quedará el texto definitivo.

El artículo 7.º hace referencia a los aspectos internacionales, el artículo 8.º a la protección de datos, y el artículo 9.º al Comité. En relación a este Comité creemos que debería dársele una importancia mayor, que la que tiene en la redacción dada en la Directiva, en el sentido de que para poder aclarar muchos términos ambiguos que no van a poder ser consensuados, este Comité tenga un carácter mayor que el simple consultivo, y pueda emitir los informes a la Comisión, pero en forma vinculante. Ello sería de vital importancia.

En cuanto a los Anexos I y II, y un posterior III, relativo a los requisitos para la creación de firmas electrónicas, hacen referencia a los requisitos para los certificados garantizados así como también a los proveedores de servicios de estos certificados o autoridades certificadoras. El mismo comentario que realizamos con carácter general de que se están dando facultades de identificación y de calificación jurídica a personas, que en el ámbito por ejemplo del derecho interno no tienen. También deberían concretarse las cifras de capital mínimo para las Sociedades que se dedican a la emisión de esas certificaciones, a los efectos de la seguridad de los consumidores y de su responsabilidad.

Hasta aquí una visión genérica de lo que la Directiva está elaborando y como podemos observar existen muchos condicionamientos y puntos que aun quedan en el aire y que son esenciales, analizando algunos de los puntos que merecen una especial consideración en otras partes de este trabajo.

3. *Problemas que se plantean en el comercio electrónico, la firma digital, firma electrónica, documento electrónico, derivados del articulado de la Directiva.* No cabe duda que esta Proposición de Directiva aunque hable de la firma electrónica está en íntima relación con la contratación electrónica. Aunque ciertamente no quiere meterse en el tema de la validez del documento electrónico, indirectamente su conexión es clara y rotunda. Un primer aspecto es que la contratación electrónica está incardinada dentro de los llamados contratos entre ausentes o contratos a distancia, y ello plantea entre otras circunstancias la determinación del momento en que se entienda perfeccionado este contrato. Existe una Directiva 97/7 C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo del 97 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, que aun no ha sido traspuesta a la legislación interna, y en donde en su artículo 3.º establece un ámbito de exclusión

entre otros, a los contratos celebrados para la construcción y venta de bienes inmuebles y a los contratos que se refieran a otros derechos relativos a bienes inmuebles con excepción del arrendamiento.

Ello engarza con lo que indicábamos de excluir del ámbito de aplicación del Proyecto de Directiva de firma electrónica a determinados contratos, pues ambas Directivas están íntimamente relacionadas. Incluso esta Directiva de contratos a distancia intenta garantizar mucho más los derechos del consumidor que la Directiva de firma electrónica, que parece preocuparle únicamente el que no se ponga ningún impedimento u obstáculo al desarrollo del comercio electrónico. La prueba es que la Directiva de contratos a distancia impone una serie de requisitos que deben establecerse previamente a la celebración del contrato acerca de la identidad del proveedor, de su domicilio, las características del bien o servicio, el precio, gastos y modalidades de pago entre otros.

En la contratación electrónica es importante tener en cuenta el momento en que se pueda entender perfeccionado el contrato, bien por el sistema del Código Civil, que es el momento del conocimiento de la *aceptación de la oferta*, artículo 1.262, o bien en el sistema mercantil que es el momento de la emisión de aquella, contemplado en el artículo 54 del Código de Comercio.

En este sentido (2): «... Aunque ciertamente la contratación electrónica la diferencia práctica es casi irrelevante, ya que lo que se ha llamado el diálogo entre ordenadores se realiza en tiempo real, pero sí que es importante la diferenciación no entre el momento de emisión y de recepción de la oferta sino el del momento de emisión y de su conocimiento por el oferente, ya que en la comunicación electrónica el mensaje enviado se graba en un ordenador que no es del destinatario, de modo que el conocimiento de la aceptación por el oferente no se produce hasta que no abre esa correspondencia, por ello al depender sólo de la voluntad de su destinatario, cabe entender como perfectamente lógico el sistema de perfección de los contratos previstos en el Código de Comercio. Este criterio del artículo 51 del Código del Comercio, podría ser aplicado en el supuesto de la contratación electrónica, y ello en conexión con el Real Decreto 263/1996 de 16 de febrero relativo a la utilización de técnicas electrónicas en las Comunicaciones entre Administración y particulares en el sentido de que esos medios o soportes electrónicos sólo gozarán de validez y eficacia jurídica en caso de que hayan sido previamente aceptados de forma expresa».

Otro punto a tener en cuenta es que en la Directiva puede llevarse en determinados momentos a entender, que se privatizan o despublizan importantes funciones públicas, como por ejemplo, la fe pública notarial, judicial

---

(2) Siguiendo a DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA, en uno de los Informes elaborado para el grupo de trabajo, sobre firma electrónica.

y administrativa, desde el momento en que se atribuyen a las autoridades certificadoras el papel de notarios electrónicos.

Con posterioridad en otro apartado de este trabajo, haremos referencia a estas autoridades certificadoras, y al papel, por ejemplo, del notariado en este problema, como posible Autoridad Certificante, significando la importancia del mismo.

*En nuestro Derecho interno existen normas que regulan determinados aspectos de la comunicación electrónica.*

Así por ejemplo, siguiendo a DÍAZ FRAILE (3):

— La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter general, dictada en desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución («la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos»), de singular importancia por la debilidad de la posición no sólo contractual sino, sobre todo, técnica en que se encuentran los usuarios de sistemas de certificación de firmas electrónicas. La mera remisión que hace el artículo 8.º de la Propuesta de la Directiva sobre firma electrónica a la regulación contenida en las Directivas sobre protección de datos, Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 95/46/CEE y 97/66/CEE, no despeja todas las dudas en este aspecto. Así, por ejemplo, la autorización del uso de pseudónimos en la contratación electrónica pone de manifiesto la escasa confianza que merecen las transacciones electrónicas desde el punto de vista de su confidencialidad, sobre lo que no hay garantías plenas.

Igualmente problemático es el tema de las transacciones de información electrónica con terceros países no vinculados por la normativa europea (especialmente grave es el problema de las comunicaciones con los Estados Unidos, que cuenta con una legislación muy permisiva y, con los llamados «paraísos informáticos» —países y territorios sin restricciones en el uso de la información—).

— La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

— La Ley 30/1992, de 21 de noviembre, de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

— El Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, dictado en desarrollo de la Ley 30/1992.

Igualmente en el ámbito de las notificaciones se establece un sistema netamente garantista para el particular por cuanto la validez de las cursadas

---

(3) DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA, en el Informe reseñado.

por procedimientos electrónicos o telemáticos se condiciona a que exista constancia de la recepción, de la fecha y del contenido íntegro, que se identifique «fidedignamente» al remitente y destinatario, y que el particular haya no sólo autorizado la utilización del soporte o medio de comunicación empleado, sino que lo haya señalado como medio de comunicación preferente (artículo 6.2).

En cuanto al factor tiempo, como circunstancia modificativa de los actos jurídicos, en la Propuesta de Directiva, no se incorpora el «time stamping» o certificado de la fecha de declaración de voluntad realizada por vía electrónica, surgiendo así multitud de problemas de resolución insoluble salvo porque se haya ejercitado en el plazo la opción de compra.

— En el ámbito fiscal cabe destacar entre otras:

— La Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto del Valor Añadido.

— El Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, de desarrollo del Texto Refundido de 24 de septiembre de 1993 sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Pues bien, un problema no resuelto en este ámbito es el las contrataciones electrónicas, que por estar amparadas por el principio de la confidencialidad son fiscalmente opacas.

— Incluso en la ámbito de la Contratación Privada: la Ley 7/98 de 13 de abril de Condiciones Generales de Contratación, en especial su artículo 5.3.

— La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, atribuyendo a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre el carácter de proveedor de servicios de certificación de comunicaciones electrónicas de las Administraciones Públicas entre sí y de éstas con particulares. Así, el artículo 81 faculta a la citada FNMT para la prestación de los servicios técnicos y administrativos necesarios para garantizar la seguridad, la validez y la eficacia de la emisión y recepción de comunicaciones y documentos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos (EIT) en las citadas relaciones. Se prevé la extensión de tales servicios, mediante convenios, a las Comunidades Autónomas, Entidades Locales y demás Entes de Derecho Público, y sus requisitos serán los establecidos por el Consejo Superior de Informática. Entre tales requisitos parece que se incorporará un Registro de Usuarios, ya que por un lado la utilización de los procedimientos EIT tendrá carácter voluntario para los usuarios (ejerciendo tal voluntad a través de solicitudes de alta y baja en el Registro) y, por otro, la utilización del sistema se sujeta a la previa aceptación de las condiciones generales que se determine, que habrán de ser objeto de publicación oficial, por parte del propio usuario quien quedará obligado por las mismas.

Pues bien, nada dice la Propuesta de Directiva sobre requisitos de utilización de los sistemas de firma electrónica por los usuarios, carencia denunciada por diversas Delegaciones de Estados Miembros en el Consejo de Telecomunicaciones, aspecto sobre el que la situación de la tramitación del proyecto es muy abierta.

— El Acuerdo de 11 de marzo de 1998, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, para la implantación del sistema de Cifrado/CNMV (Sistema de Intercambio de Información a través de línea telemática).

*Los elementos básicos de esta regulación son:*

- **Ambito de aplicación:** se extiende a la tramitación prevista por la Ley 24/1988, de 24 de julio del Mercado de Valores, recepción de las informaciones que periódicamente deben enviar a la CNMV las entidades supervisadas, atención de reclamaciones y consultas y cualquier otro intercambio de información.

- **Medios a través de los que se realiza el intercambio de información.** Red Internet y Boletín Informático (BBS); en todo caso la CNMV adaptará su sistema de cifrado al previsto en el artículo 81 de la citada Ley 66/1997, cuando esté operativo.

- **Destinatarios:** las entidades sujetas a supervisión y las demás personas físicas o jurídicas en cuanto estén afectadas por la Ley 24/1988 de 24 de julio, del Mercado de Valores.

- **Régimen jurídico de la autorización:** las personas físicas o jurídicas que pretendan utilizar el sistema deben solicitar una autorización a la CNMV, que deberá ir acompañada de una aceptación del mismo en documento que será objeto de registro, la autorización podrá ser denegada por falta de medios técnicos del administrado o por cualquier otra causa fundada.

- **Uso del soporte de papel:** la CNMV podrá realizar la impresión de los documentos emitidos, recibidos y almacenados, considerándose como copia fiel del original tramitado, de acuerdo con lo señalado por el artículo 6 del Real Decreto 263/1996, pudiendo ser solicitada en todo momento por el remitente, las autoridades o a instancia de un terceros interesado, gozando de la misma validez y eficacia que el documento original.

- El titular de la autorización garantizará el uso exclusivo por las personas físicas incluidas en la relación nominal de operadores contenida en el documento de aplicación.

En todo caso, la compatibilidad de este sistema de cifrado, así como el previsto por el artículo 81 de la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos de 1998 respecto de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre y, en definitiva, el marco general diseñado por el Real Decreto 263/1996, respecto de la Pro-

puesta de Directiva es compleja, por cuanto en ésta última se parte del principio de libre establecimiento y acceso al mercado por parte de cualquier operador de servicios de certificación electrónica, sin que éstos estén sujetos siquiera a trámite alguno de autorización administrativa previa».

*Otro problema importante es el de la eficacia jurídica de los documentos firmados electrónicamente*, ya que la propia Directiva parte del principio de que toda firma electrónica certificada, tiene el mismo valor ejecutivo y probatorio que la firma manuscrita. En este sentido el problema es ver qué tipo de prueba de los admitidos en nuestro Derecho es asimilable a la firma electrónica por ejemplo el documento privado, el reconocimiento judicial y o pericial o confesión extrajudicial. Por ello dada la complejidad de asimilar plenamente el documento privado al electrónico parece preferible su reconducción a la categoría de prueba de reconocimiento judicial y pericial. Pero ello debe dejarse a las propias leyes procedimentales de los Estados Miembros, que determinen su eficacia y alcance. Otro tema sería, el de la necesidad de incorporar en nuestro Ordenamiento el valor probatorio de esos documentos electrónicos, ya que de la propia Jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de octubre de 1997 establece esa efectividad indicando que el documento electrónico es firmable, en el sentido de que el requisito de la firma autógrafa o equivalente puede ser sustituida por el lado de la criptografía por medio de cifras, signos, códigos, barras, u otros atributos numéricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su auditoría y la autenticidad de su contenido. Lo que ocurre es que aquel certificado de autenticidad, veracidad y fidelidad difícilmente se verá suplido por las certificaciones expedidas por unas entidades certificantes tan carentes de controles como las previstas en aquélla, ante cuya ausencia será preciso acudir a la vía del reconocimiento judicial (4).

#### IV. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA FUNDACION «FESTE»

«FESTE» es una Fundación entre cuyos objetivos está el de constituir una infraestructura que combine la seguridad tecnológica con la jurídica, y facilite la intervención de los fedatarios en el modelo de confianza, de modo semejante a como hoy éstos desempeñan su función en la sociedad española. Así se define por JULIÁN INZA, Director-gerente de FESTE, Fundación para el estudio de la seguridad de las telecomunicaciones, en un trabajo denominado la Función del fedatario en las nuevas tecnologías. Asimismo indica que «igualmente aspira a contribuir al desarrollo de una normativa adaptada a las

---

(4) Es este sentido DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA, en el Informe citado.

peculiaridades de nuestro país y al desarrollo de la tecnología, de forma que se desarrolle la situación competitiva de nuestras empresas en los entornos europeo e internacional.

La implantación de FESTE corresponde a la necesidad sentida por los integrantes de la misma (Colegio Nacional de Notarios, Colegio Nacional de Corredores de Comercio, La Universidad de Zaragoza y la Empresa Intercomputer, S. A), de que hace falta fomentar activamente el conjunto de investigaciones de carácter jurídico que está requerido por el fenómeno de la seguridad de las telecomunicaciones electrónicas, estableciendo que notarios y corredores sean fedatarios de las comunicaciones electrónicas, contituyéndose como servicio de certificación, mediante la publicación de la clave pública de sus usuarios como en el ejercicio de la salvaguarda de la seguridad y garantía de las comunicaciones electrónicas. Lo último, especialmente mediante la conservación en depósito por parte de los notarios que así lo decidan por encargo de sus propietarios de la clave privada de éstos. De ahí que se quieran establecer una serie de mecanismos de seguridad en el uso del comercio y contratación electrónica y de las técnicas de cifrado por ejemplo, a través de los contratos de certificación de firma electrónica que garantiza al usuario que lo concierne con el servicio de certificación, que los datos manifestados por el usuario al fedatario (notario, corredor de comercio o registro habilitado) identifican al usuario con respecto a las peticiones hechas al servicio de certificación por un tercero, que quiere comprobar la autenticidad de la firma de un mensaje emitido por el usuario. También, a través del contrato de notarización, de contrataciones electrónicas, por ejemplo la notarización de la identificación de los comunicantes, de sus claves, de la fecha y hora de los mensajes, del contenido cifrado de los mensajes, del contenido en claro de los mensajes, etc.

## V. INFORME GENERAL EN RELACION CON EL DOCUMENTO ELECTRONICO Y EL COMERCIO ELECTRONICO

En un informe, en el seno del Consejo General del Notariado, sobre este balance de investigación y de orientación se indica que «el notariado español está muy sensible en materia de comercio electrónico... algunos de sus miembros asisten a Coloquios, organizados por otros Notariados en materia de tráfico jurídico electrónico... y siendo miembros permanentes en Comisiones organizadas por la Unión Internacional del Notariado Latino... ejemplos de la utilización de la vía telemática son los de la conexión vía fax entre los notarios y el Registro de la Propiedad... el Registro Mercantil Central, aún sin eficacia jurídica sólo informativa... el mismo Registro de Actos de Ultima Voluntad que se crea por vía telemática... la Intranet creada por el Consejo

General... se está estudiando el deseo ampliamente sentido por notarios, asesores jurídicos... de que exista una conexión *on line* con los Registros Públicos, concretamente con el de la Propiedad y el Mercantil... que en la pantalla del notario en cuestión aparezcan los datos registrales necesarios para asegurar en tiempo real la existencia de la representación de las sociedades mercantiles, el ámbito de los poderes y la titularidad, descripción y cargas de los asientos del Registro de la Propiedad, así como la posibilidad de que el asiento de representación... sea también realizado *on line*...». Asimismo en este informe, se parte de unas ideas básicas que el notariado cree imprescindibles para este tráfico jurídico electrónico, exigencias de carácter técnico y exigencias de carácter jurídico. En las exigencias técnicas entre otras cuestiones para establecer la similitud entre el documento electrónico y el del papel se han de exigir unos requisitos: «... debe ser susceptible de ser guardado en un almacén... esto es, no se permite ningún cambio. El cambio sin autorización debe ser impedido... Las copias sin autorización deben ser impedidas... Dado que no hay posibilidad de firma autógrafa, la digitalizada dada su copiabilidad no sirve, por tanto se exige una función equivalente a una firma manual, o sea la firma electrónica. El autor debe ser indubitadamente identificado... En la transmisión... hay que guardar también una serie de medidas encaminadas a: evitar escuchas... la manipulación... el autor de la comunicación ha de ser claro. La integridad y autenticidad del origen de los datos debe poder ser demostrada. El documento debe ser fechado...». También en este informe se determinan una serie de exigencias de tipo jurídico en el sentido de que la manifestación y su soporte tienen que reunir una serie de requisitos jurídicos para que estos efectos se produzcan. En este sentido se indica que «ha de ser una manifestación de voluntad vinculante, ha de emanar de una persona con capacidad... creado el documento, este ha de reunir... los requisitos de auditoría, esto es que ha sido creado por el declarante, que su contenido es el mismo que ha expresado su autor... y se ha fijado en un soporte, esto es que ha sido grabado. El documento debe también ser impreso en papel... que ha de ser firmado por el oferente o parte y el propio notario quien asegura la identidad, la capacidad, la voluntad, y la auditoría. Creado el documento éste es transportado... el receptor, teniendo a la vista el documento manifestará su voluntad y consentimiento mediante los mismos procedimientos... el documento recibido tendría que ser trasladado a papel y el asentimiento debería ser al igual que el del emisor, constatado no sólo electrónicamente, sino reflejado en el papel, mediante la firma de la otra parte junto con el notario que daría fe de la identidad, capacidad, firma y auditoría... admitiendo la posibilidad de los negocios entre ausentes, el notariado sólo puede concebir estas posibilidades con la presencia de una de las partes ante el notario quien debe poseer una clave privada y pública para acceder a través del sistema notarial a la red propia y enviar su documento electrónico al

centro receptor de otro notario... Por tanto este código que identifica a una persona dentro de esa red, por el momento sólo puede ser creado de manera privada y producido por alguien que pertenezca a la red, sea su propietario, gestor o entidad encargada de certificar ese correo electrónico; en definitiva lo que los técnicos han llamado la notaría electrónica, esto es, la entidad que se encarga de certificar que ese tráfico electrónico se ha realizado. Esta es la que asignaría la clave privada a cada emisor. Por tanto sería un tercero ajeno a las partes el encargado de certificar que la clave pertenece a una determinada persona... los problemas técnicos en cuanto a seguridad podrían quedar resueltos si la gestión de la firma electrónica no quedase encomendada a una entidad privada sino al Ministerio de Justicia... a través de sus distintos servicios, Autoridades Certificantes, Juzgados, Notarías y Registros, Civil, de la Propiedad y Mercantiles. La red sería la pública o la privada, y el centro gestor, a través del organismo creado al efecto dentro del Ministerio o utilizando los existentes, tales como la propia organización notarial...».

## VI. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LAS LEYES ALEMANA E ITALIANA SOBRE FIRMA ELECTRONICA

### 1. LEGISLACIÓN ALEMANA

La Legislación alemana está compuesta por la Ley de Firmas Digitales aprobada por el Bundestag el día 13 de junio de 1997. Esta Ley forma parte integrante de una Ley más amplia denominada Ley Multimedia, que regula con carácter general las condiciones de los servicios de información y documentación. La Ley de firmas digitales, debe ser objeto de desarrollo mediante un Reglamento del que existen ya varios anteproyectos. Esta Ley empieza por hacer cuatro definiciones. Define la firma digital, como un sello de datos digitales creado por una llave privada que permite determinar a través de la llave pública asociada a ella y determinada en un certificado, quién es el titular de la firma y que los datos firmados no han sido alterados. Define al certificador, como a la persona física o jurídica que atestigua la atribución de una llave pública a una persona física, disponiendo para ello de la correspondiente licencia. Define dos tipos de certificados: el certificado de firma digital, es un testimonio relativo a la atribución de una llave pública a una persona física, a la que se asocia una firma digital. El certificado de atributos es un testimonio especial digital en el que se contienen datos adicionales sobre el mismo. Y define finalmente el sello temporal como un testimonio digital expedido por un certificador, que tiene unida una firma digital. La Ley establece un marco formal para la utilización de las firmas digitales. La utilización de una firma digital, con arreglo a la Ley exige la previa obtención de

un certificado de firma digital. Estos certificados los expiden los certificadores y para ser certificados, hay que obtener una licencia. En la cúpula del sistema, la Ley coloca a la denominada Autoridad, la Autoridad es el organismo encargado de conceder la licencia. Regula la Ley la emisión de los certificados, el certificador tiene que identificar al solicitante de una forma fiable. La Ley impone al certificador un cierto deber de información y de asesoramiento al solicitante del certificado.

El artículo 6 de la Ley establece un deber de asesoramiento en el sentido de que el certificador deberá advertir al solicitante, de acuerdo con el artículo 5 párrafo 1, en relación a las medidas necesarias para contribuir a dar seguridad a las firmas digitales y a su verificación fiable. El artículo 7, regula el contenido de los certificados que deberán tener como mínimo el nombre del titular de la firma llave pública, al que deberán añadirse una anotación adicional si hay posibilidades de confusión, una llave pública atribuida, un algoritmo con el que la llave pública del titular, así como la llave pública del certificador puede usarse, el número del certificado, el inicio y final de la validez del certificado, el nombre del certificador y la información sobre si el uso de la firma digital está limitado a aplicaciones determinadas. Asimismo en este artículo 7, se establece la información relativa al poder de representación de un tercero, o a la profesión u otra titulación. El artículo 8 hace referencia a la suspensión de los certificados, en el sentido, de que la autoridad podrá suspender certificados por ella expedidos, si un certificador ha cesado en sus actividades. Los artículos 9, 10 y 11 hacen referencia respectivamente a los sellos temporales, a la documentación relativa a las medidas de seguridad tomadas por el certificador, así como el fin de actividades, en el sentido de que al cesar en sus actividades, el certificador deberá notificarlo a la autoridad, tan pronto como sea posible. El artículo 12 relativo a la protección de datos intenta establecer los mecanismos para esa protección de los datos personales de la persona afectada. El artículo 13 regula el control y exigencia de responsabilidades, en el sentido de que la Autoridad, podrá tomar las medidas en relación a los certificadores para asegurar el cumplimiento de esta Ley y de su Reglamento, permitiendo éstos a la Autoridad el acceso a sus establecimientos y locales, teniendo en cuenta que en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley, la Autoridad deberá revocar tal licencia. El artículo 14 hace referencia a los componentes técnicos que se utilizan en todo el procedimiento, teniendo en cuenta que estos deberán estar suficientemente verificados, mediante las técnicas más modernas y el cumplimiento de los requisitos, deberá ser notificado por un Organismo reconocido por la Autoridad. Por último, hace referencia la Ley, a los certificados extranjeros en conexión con las firmas digitales que puedan ser comprobadas con una llave pública que haya sido certificada por otro Estado Miembro de la Unión Europea o por otro Estado firmante del Tratado

del Area Económica, previendo la Ley, la autorización al Gobierno Federal para promulgar mediante Reglamento, las disposiciones necesarias para desarrollar los artículos de la misma.

Como podemos observar, uno de los puntos más importantes de esta Ley es el control de la Autoridad con respecto a los certificadores en el sentido de que será necesaria una concesión de licencia por parte de la Autoridad, así como la supervisión del cumplimiento de la Ley. Esta licencia o autorización previa ha sido el caballo de batalla en la negociación que se está llevando a cabo para la ya tan comentada Directiva sobre firma electrónica, donde justamente la posición alemana era la de la exigencia de esa autorización previa, y esta fue la posición mantenida también en los informes del Ministerio de Justicia, para que existiese un control del Estado que exigiera la autorización previa para los certificadores, o como dice la Directiva aun en elaboración, los proveedores de servicio de certificación. Esta idea fue bastante rechazada por la mayoría de los Miembros del Grupo de Trabajo bajo la Presidencia austríaca, y como hemos indicado anteriormente a la hora de hablar de la elaboración de esta Directiva, el texto ha ido cambiando mediante diversas transacciones. En nuestra opinión es ciertamente este uno de los puntos esenciales, que se escapan de la Directiva, en el sentido de que parece lógico, que en un tema tan esencial los Estados Miembros de la Unión pudieran tener un control previo mediante la autorización o licencia, debido a la importancia que tienen esos proveedores de servicios de certificación, así como un control en la extensión de los certificados que se expidan, en cuanto al cumplimiento de los requisitos. Aunque esta opinión no está tan generalizada.

El proyecto de Reglamento de firmas digitales, de la Ley alemana de dichas firmas, establece un desarrollo más pormenorizado de los principios generales determinados en la propia Ley. Es de resaltar el artículo 3 relativo al procedimiento de solicitud para la obtención de certificados, el artículo 5 sobre la creación y custodia de llaves de firmas y claves de identificación, el artículo 7 sobre validez de los certificados que no podrá ser superior a 5 años, el artículo 8 sobre los Registros Públicos de certificados, el artículo 15 sobre el control de los certificados, en el sentido de que un certificador deberá sufrir un examen, en conexión con el artículo 4, párrafo tercero, frase tercera de las firmas digitales, pudiendo la Autoridad llevar a cabo exámenes en intervalos razonables.

## 2. LEGISLACIÓN ITALIANA

La Legislación italiana en esta materia está conformada por el Reglamento de actos, documentos y contratos en forma electrónica aprobado el

5 de agosto de 1997. El capítulo 1 hace referencia a los principios generales, dando en su artículo 1 un conjunto de definiciones de lo que debe entenderse por documento informático, que es la representación informática de actos hechos o datos jurídicamente relevantes; por firma digital, el resultado del proceso informático basado en un sistema de claves o llaves asimétricas, una pública y otra privada, que permite al firmante, a través de la llave privada, y al destinatario, a través de la llave pública respectivamente, hacer manifiesta y verificar la proveniencia y la integridad de un documento informático o de un conjunto de documentos informáticos. Asimismo define lo que debe entenderse por llave privada, por llave pública, por certificación, mediante la cual se garantiza la correspondencia biunívoca entre la llave pública y el sujeto titular a la que esta pertenece, se identifica a éste último, y se declara el período de validez de la citada llave; por certificador, el sujeto público privado, que efectúa la certificación. Existe un importante artículo 5 de este Reglamento acerca de la eficacia probatoria del documento informático, en el sentido de que el documento informático firmado con firmas digitales tiene la eficacia de documento privado y que el documento informático revestido de los requisitos previstos en el presente Reglamento tiene la eficacia prevista en el artículo 2712 del Código Civil. El artículo 10 habla en general de la firma digital y el artículo 16 hace una especial referencia a la intervención del notario, en el sentido de hablar de firma digital autenticada, teniendo por reconocida a los efectos del artículo 2703 del Código Civil, la firma digital cuya aposición sea autenticada por notario, u otro oficial público autorizado. El propio artículo 16 define lo que debe entenderse por la autenticación de la firma digital, que consistirá en la declaración por parte del oficial público, de que la firma digital ha sido puesta en su presencia por el titular, previo el aseguramiento de su identidad personal, de la validez de la llave pública y del hecho de que el documento firmado responde a la voluntad de la parte, y no es contrario a Ordenamiento Jurídico. Por su parte el artículo 9 hace referencia a la responsabilidad civil, con las obligaciones que asume el certificador, el artículo 12 referente a la transmisión del documento por vía telemática; se entiende enviado y recibido al destinatario, si se transmite a la dirección electrónica por este declarada, teniendo en cuenta que la fecha y hora de formación, de transmisión o de recepción de un documento informático redactado de conformidad con las disposiciones del Reglamento, será oponible a terceros y que la transmisión del documento informático por vía telemática con modalidad que asegura la futura recepción, equivale a la notificación por medio de correo en los casos permitidos por la Ley. También se hace una especial consideración, a los documentos informáticos de las Administraciones Públicas, así como la firma de esos documentos informáticos.

En este Reglamento de la Legislación italiana, se hace referencia específica a la actuación del notario, en relación a los actos, documentos y contratos en forma electrónica. Del comentario resumen de esta normativa italiana en la propia documentación del Consejo General del Notariado, se revela, las referencias que se hacen con respecto a los notarios: «... en primer lugar, el artículo 6 establece que las copias sobre soporte informático de los documentos formados en origen sobre soporte papel o de cualquier modo no informático, sustituyen a todos los efectos legales, a sus originales si su conformidad con el original está autenticada por un notario u otro funcionario público autorizado, con declaración escrita en el documento informático. En segundo lugar, el artículo 7 establece que el titular de la copia de llaves asimétricas podrá obtener el depósito en forma secreta de la llave privada en la oficina de un notario u otro depositario público autorizado. Y acaba haciendo una revisión al artículo 605 del Código Civil. El artículo a que se remite es precisamente el que regula el testamento cerrado. Así, por aplicación de dicho artículo el sobre que sirva de envoltorio a la llave privada que se deposite, deberá ser sellado de tal manera que no pueda ser abierto ni extraerse sin rotura o alteración. En el mismo envoltorio se firma el acta de recepción, en la que se indicará el hecho del depósito y de la declaración del titular de la llave privada... tal acta debe ser suscrita por el titular de la firma digital por los testigos y por el notario... Finalmente el artículo 16 regula la firma digital autenticada estableciendo que se tendrá por reconocida a los efectos del artículo 2703 del Código Civil, la firma digital cuya aposición sea autenticada por notario u otro oficial público autorizado. Lo siguiente que hace este artículo constituye una novedad, ya que establece que la aposición de la firma digital por parte del oficial público integra y sustituye a todos los fines de las leyes, la aposición de los sellos, punzones, timbres, contraseñas, y marcas de cualquier modo previsto. Con ello los notarios italianos entran en la era digital, al poder firmar, al menos este tipo de legitimaciones de firmas con su firma digital, sustituyendo a la tradicional, y a los sellos y otras marcas que la acompañan».

Como podemos observar en este punto la Legislación italiana es mucho más específica que la alemana en relación a la eficacia de la firma digital autenticada, al carácter del documento informático, y sobre todo a la intervención de los notarios en cuanto al documento electrónico y sus efectos.

### 3. EL PROYECTO DEL NOTARIO TIP DE LA CORPORACIÓN REAL DE NOTARIOS DE LOS PAÍSES BAJOS (KNB)

En un informe elaborado por la Corporación Real de los Notarios de los Países Bajos, se establece una serie de consideraciones en torno a la comu-

nicación informática y al comercio jurídico electrónico, así como al papel que debe jugar el notario en estos avances tecnológicos, y su implicación cara a la sociedad. En este informe se indica que ha existido una evolución desde que en otoño de 1995, el Consejo de Administración de la Corporación Real de Notarios de los Países Bajos decidió empezar un estudio para ver, en que medida de los servicios en el marco de la Comunicación Informática, deberían ser elaborados en beneficio del notariado holandés.

Teniendo en cuenta que tres años antes con ocasión del Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino que tuvo lugar en Cartagena de Indias (Colombia), se consideró que, el notario no tenía ningún papel a desarrollar en el campo del comercio jurídico electrónico. Pero la modificación o cambio de actitud en el seno de la KNB, pueden explicarse en el hecho del entendimiento de las posibilidades e implicaciones de la revolución electrónica, teniendo en cuenta que la técnica moderna no constituye una amenaza para el acto auténtico. Asimismo habrá una necesidad de funciones notariales en el campo de los documentos electrónicos, habiendo por tanto suficientes argumentos estratégicos para comenzar el estudio con energía.

Un argumento importante utilizado por los notarios holandeses para tomar en serio este nuevo campo de actuación, era que los Países Bajos han sido muy progresistas en el campo de la comunicación electrónica así los contactos del notario con el Catastro, el Fisco, las Cámaras de Comercio, se desarrollarán cada vez más en un campo electrónico.

En septiembre de 1996, la KNB, ha presentado, con ocasión de su Asamblea Científica un libro titulado *el Notario y el Comercio Jurídico Electrónico*. En el mismo, se aborda con detalle las funciones de la firma en el comercio jurídico sobre el papel y las posibilidades de la firma electrónica para la comunicación informática.

En noviembre de 1996, la Comisión de Estudios «Notario TTP», ha publicado los primeros resultados de su estudio y una de las más importantes conclusiones fue que la legalización de la firma electrónica y el establecimiento del Derecho del usuario podría ser realizada de manera simple en breve tiempo. Se trataba de la presentación de servicios donde la firma electrónica con la que un emisor de un mensaje envía éste por Internet está reforzado por un certificado electrónico. La identidad del usuario de la firma electrónica está mejor garantizada y el Consejo de Administración de la KNB ha pedido a la Comisión el estudio de elaborar el servicio TTP (TRUSTED THIRD PARTY).

En base a estas circunstancias se han creado varios grupos de trabajo para determinar las prescripciones precisas sobre la manera en que el notario deberá expedir sus certificados, así como proyectos para adaptar la legislación y especializar a los notarios como notarios TTP.

#### 4. COMENTARIO GENERAL

De una u otra forma, existe una preocupación en el notariado europeo sobre la problemática de la firma electrónica del documento electrónico y del comercio electrónico, con países como Italia y Alemania que tienen una legislación sobre estas firmas digitales, y en especial la legislación italiana que prevee expresamente la intervención del notario en la contratación telemática. En una reciente visita, que realicé a Bruselas, en el contacto con el notariado belga también se veía una tendencia a que el notariado estudiase en esta nueva era de la informática, siendo el notariado francés el más cauteloso sobre esta cuestión. El sentido general es el que hay necesidad de establecer los marcos de estudio adecuados, para ver cual puede y debe ser el papel del notario en toda esta revolución informática, acercándose al planteamiento de los problemas, y no quedándose atrás.

#### VII. LA INTERVENCION DEL NOTARIO CARA A LA FIRMA ELECTRONICA, EL DOCUMENTO ELECTRONICO Y EL COMERCIO ELECTRONICO

Hemos tenido ocasión de analizar desde la Proposición de Directiva de firma electrónica con los problemas que de ella se derivan, así como las posiciones del Consejo General del Notariado Español y el estado de la cuestión en las legislaciones extranjeras, y en el seno de algunos notariados de la Unión Europea. Debemos partir de la base de que la realidad de las redes informáticas, y los avances en la tecnología deparan un nuevo campo de actuación en la que el notario debe tener un protagonismo importante, cumpliendo su labor de servicio público notarial. No se nos escapan las dificultades que toda revolución tecnológica implica en un sistema asentado a través de los tiempos, y basado por una parte en el documento en soporte papel y en la firma manuscrita como bases fundamentales de la documentación. Documento en soporte papel y firma manuscrita que han dado, no cabe duda, una permanencia al soporte material, y una fiabilidad más o menos segura en el contenido, así como en la autoría de las personas que firman o suscriben el documento.

*En la actual elaboración de la Directiva Comunitaria sobre firma electrónica, ya hemos hecho los análisis correspondientes al ámbito de aplicación que debe tener la misma siendo competencia de las legislaciones nacionales el uso, destino, formalidades y efectos de los documentos en general y de los documentos electrónicos, relativos a entre otros aspectos las consideraciones sobre la validez de los contratos y de las obligaciones en general, teniendo en cuenta que determinados actos o contratos, pueden y deben ser excluidos de*

esta firma electrónica, por razón de la diferente significación de los sistemas jurídicos que coexisten en cada uno de los Estados Miembros de la Unión Europea. Esta cuestión podrá ser discutible en cuanto al ámbito de exclusión de determinados contratos sobre bienes inmuebles, negocios de derecho de familia, contratos societarios, etc., pero hay que partir de una base, y sobre todo de nuestra legislación interna, ratificándonos en este momento en lo que indicamos a la hora de hablar de los contratos excluidos, o del ámbito de exclusión de la firma electrónica de determinados negocios jurídicos, que en este momento distorsionarían el esquema general dentro del concepto básico de seguridad jurídica preventiva. No obstante, podemos establecer en el sistema notarial de tipo latino, un ámbito de actuación del Notario en cuanto al documento electrónico o documento informático, y sobre todo en relación con las Autoridades certificadoras que van a cumplir un papel esencial a la hora de identificar a la persona que emite un mensaje, asegurándose que es ella realmente, así como del contenido e incluso de la representación que aduce tener. Partiendo de la idea de que la Directiva de firma electrónica puede estar determinada con relación al documento privado electrónico, para planteamos en una situación de futuro y de *lege ferenda*, la creación de la categoría del documento público electrónico.

En cuanto al *documento privado electrónico* creo que efectivamente el notariado, y en este caso con especial mención al notariado español, puede tener un papel esencial como Autoridad certificante, ya que la propia Directiva establece los requisitos del certificado que emite el proveedor de servicios de certificación, que implica en muchos casos la exigencia desde el punto de vista material y práctico de tener unos conocimientos especiales para poder actuar con seriedad. En este campo la Organización Notarial puede aportar toda una base organizativa, técnica y de conocimientos esencial. En este sentido se ha indicado que «el papel de tales Autoridades de certificación consiste en recoger la certificación de voluntad del titular de una firma digital, asumiendo la obligación de quedar obligado por aquellos documentos cuya firma pueda ser comprobada mediante el uso de una llave pública determinada. Esta declaración tiene como medio ideal de su expresión el documento público notarial y, dentro de éste, siguiendo la distinción entre Actas y Escrituras públicas que establece la legislación notarial, el de la escritura pública. Además, puesto que la firma podrá servir no sólo para obligar a una persona física, sino también para obligar a una persona jurídica, a través de sus órganos de administración o de sus apoderados, el notario deberá juzgar si la persona que ostenta la representación de tal persona jurídica tiene o no la legitimación adecuada para autorizar el uso de una firma digital...» (5).

---

(5) DE PRADA GUAITA, VICENTE, «El Documento Informático: su encaje en el Sistema de Notariado Latino». Septiembre de 1997.

Otro avance más, sería el plantearse, si los notarios actúan como Autoridades Certificantes, convendría en su caso conservar, en lo que podríamos llamar «protocolo electrónico», esos certificados, con el carácter y significado, que tiene en nuestro Sistema Notarial dicho Protocolo. Hemos reseñado en otra parte de este trabajo uno de los Informes del Consejo General del Notariado sobre la Contratación Electrónica y el papel del notario, incluso en cuanto a la consideración de que determinados certificados, puedan tener el carácter de documento público, si reúnen determinados requisitos y exigencias. En este sentido (6), en relación con la intervención notarial en el documento privado, referido a la firma electrónica, y al documento privado electrónico, entiende la importancia de estar presentes en este ámbito. La actuación notarial, indica, puede suministrar como valor añadido distintivo, un asesoramiento jurídico imparcial y un especial rigor en la comprobación del contenido de los certificados, teniendo en cuenta que la presencia notarial en este campo debe ir acompañada de una idea esencial: la necesidad de una gradación jurídica en la labor de certificación, no debiendo admitirse que las «autoridades de certificación» privadas se conviertan en fedatarios. Esta idea, ha sido apuntada cuando hicimos referencia al análisis de la Proposición de Directiva sobre firma electrónica, y los efectos jurídicos de la firma electrónica. También las cuestiones que se plantean en torno a las Autoridades Certificantes, las del Registro, lo que el notario, determina como identidad, juicio de capacidad, poder de representación, etc, quienes han de ser Autoridades de Certificación, etc.... Otro punto a debatir sería la posibilidad del depósito de claves privadas en el notario.

También la Conferencia de los Notariados de la Unión Europea (C.N.U.E.) ha mostrado su preocupación por el tema, en diversas reuniones, y comunicaciones a la Comisión Europea, y con distintas perspectivas según los países.

A continuación, vamos a intentar analizar el problema, en relación *con el documento público notarial y el documento electrónico con firma electrónica, yendo a la posibilidad del documento público notarial electrónico.*

Las opiniones han sido variadas, en el sentido de la oportunidad o no, del momento de hablar del documento público electrónico, en definitiva de la autorización por ejemplo, de escrituras públicas electrónicas, como tipo emblemático de documento público, ello conllevaría, la desaparición por ejemplo, de la unidad de acto documental, incardinándose dentro de la contratación a distancia, entre ausentes, que ya analizamos al hacer el comentario sobre la Proposición de Directiva. También arrastraría los nuevos mecanismos de la oferta y de la aceptación del contrato, con la presencia física de un notario en cada uno de esos momentos, con la utilización de la telemática en las redes de infor-

---

(6) SIMO SEVILLA, DIEGO, en el estudio sobre el «Papel del Notariado en la criptografía de clave pública».

mación, para su elaboración; los cambios normativos, tanto en Derecho Público como en Privado, por ejemplo la contratación entre ausentes, la forma, la fuerza y los medios probatorios, y un largo etc., además de las Reformas correspondientes en la legislación notarial, en cuanto al Protocolo, expedición de copias, etc.. En mi opinión, en este momento, esta cuestión específica debe quedar en suspenso, debiendo ser prudentes, aunque no aparcarse el estudio del tema, y ello, no es contrario a que pueda haber algunos casos en sectores muy específicos y en ámbitos muy concretos, donde puede existir la introducción de algún documento público notarial informático, pero no con carácter general, y menos aún ahora, por lo que entendemos por escritura pública. Sin desechar algunos supuestos de aplicación como los poderes.

Se puede plantear, *la expedición de copias en documento electrónico*, de matrices que están realizadas en soporte papel. En este sentido, se ha indicado (7), que: «... la idea no me parece descabellada, siempre que se arbitren los medios técnicos necesarios para garantizar el sistema de firmas digitales, que hagan inviable la utilización de la firma del notario por otra persona ... en este punto, la admisión de este tipo de copias chocará con algún precepto...». Ello plantea en nuestra opinión, muchos problemas, en cuanto a la libre circulación de esas copias en las redes informáticas, con los problemas de su numeración a efectos ejecutivos, asimismo en las copias de poderes en cuanto a la legitimación que el Reglamento Notarial exige para poder solicitar una copia del mismo, y si se enviara por vía telemática se podrían duplicar las mismas con facilidad, sin existir control en principio para su utilización. Quizás debería reducirse a la expedición de copias simples.

Todo este campo, esta inmerso en el uso, y la regulación del uso de la informática, en la actuación notarial. En el marco de este último apartado, se ha indicado (8), que: «... LA PROTOCOLIZACION DE DOCUMENTOS EXTENDIDOS EN SOPORTE INFORMATICO ... la incorporación al protocolo tanto puede hacerse por medio de un Acta, específica, como por consecuencia de que el documento en cuestión deba quedar unido a una escritura o a cualquier tipo de acta ... EXPEDICION DE COPIAS POR PROCEDIMIENTOS INFORMATICOS ... se propone también que los notarios puedan expedir copias simples de los documentos extendidos en papel .. se trata de una opción del notario, y no de una facultad del peticionario ... LEGITIMACION DE FIRMAS INFORMATICAS: En este punto se regula la forma de hacer la legitimación ... AUTORIZACION NOTARIAL INFORMATICA ... REQUERIMIENTOS HECHOS POR CORREO ELECTRONICO ... La posi-

---

(7) DE PRADA GUATA, VICENTE, *ob. cit.*

(8) MARÍN CALERO, CARLOS, en «Informe al Consejo General del Notariado, sobre Propuesta de Regulación del Uso de la Informática en la Actuación Notarial». Asimismo, el «Informe a la Comisión Especial del Senado, sobre el uso de Redes Informáticas».

bilidad reglamentaria de requerir la actuación del notario, por medio de escrito enviado por correo ... deberá permitir en el futuro que los notarios puedan usar también el correo electrónico para el envío de cédulas de notificación, y otros documentos ... de que una persona requiera específicamente del notario, que envíe una carta por medio de correo electrónico ... *Sistema de comunicaciones propio y exclusivo para notarios ...*».

También la utilización de la telemática, en el campo específico, con determinados Registros Públicos es muy interesante. Los Reales Decretos del 92 y del 94, sobre Coordinación entre Notarías y Registros de la Propiedad, han dado hasta el momento en mi opinión, buenos frutos y contribuido a conseguir un elemento más en el principio de la seguridad jurídica preventiva. Como siempre la cuestión del espacio-tiempo y la inmediatez de la información, hacen aconsejable, la utilización de los medios telemáticos, para solucionar estos temas, tanto en la fase de la información registral que se solicita, como en la posterior comunicación al Registro, para practicar el correspondiente asiento de presentación. Ello nos llevaría quizás, a que en el momento inmediatamente anterior a la firma de una escritura de compraventa de un piso, por ejemplo, el notario pueda tener e informar en ese mismo instante, de la situación jurídico registral de la finca objeto de la compraventa, así como una vez autorizada la escritura comunicarla al Registro de la Propiedad, por los mismos medios, sin entrar ahora en los mecanismos que se pueden utilizar desde el punto de vista jurídico entre la reserva de rango, y el cierre registral.

Carlos Marín (9), además se plantea la posibilidad de este procedimiento telemático, en otros Registros, tanto en el aspecto de consulta al mismo, como en el de la información notarial a cada uno de los Registros Públicos, con distinto alcance, posibilidad y necesidad; así, con el Registro de Actos de Última Voluntad, Registro de la Propiedad, Registro Mercantil Central, Registro Mercantil Provincial, Catastro; la posibilidad de creación de un Registro de Revocación de Poderes, de Testimonio de Poderes, incluso de Prohibiciones Judiciales de Contratar.

Por último, otras aplicaciones notariales, se darían en el campo de las legitimaciones de firmas electrónicas.

En definitiva, las espadas están en alto, no hay que cerrar los ojos a los nuevos tiempos, pero es necesario analizar con sosiego cada paso que se vaya dando.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS  
Notario de Cuéllar  
Letrado Adscrito a la Dirección General  
de los Registros y del Notariado

---

(9) MARÍN CALERO, CARLOS, en el Informe, «Conexión Telemática de los Notarios con Catastros y Registros Públicos».

# La dote en el panorama de la codificación civil española

**SUMARIO.**—I. INTRODUCCION.—II. CONCEPTO.—III. CONSTITUCION.—  
III.1. PERSONAS OBLIGADAS A DOTAR.—III.2. BIENES CON LOS QUE DEBE PAGARSE LA  
DOTE OBLIGATORIA.—IV. CUANTIA DE LA DOTE OBLIGATORIA.—V. REGI-  
MEN DOTAL.—V.1. PROPIEDAD, ADMINISTRACIÓN Y USUFRUCTO DE LOS BIENES DO-  
TALES.—V.1.1. *Situación anterior al Código Civil de 1889.*—V.1.2. *El Código*  
*Civil.*—V.2. ENAJENACIÓN DE LOS BIENES DOTALES.—VI. ASEGURAMIENTO DE  
LA DOTE.—VII. GARANTÍA DE LA DOTE PRESTADA POR EL CONSTITUYENTE: RESPON-  
SABILIDAD POR EVICCIÓN.—VII.2. GARANTÍA DE LA DOTE PRESTADA POR EL MARIDO.—  
VII. RESTITUCION.—VII.1. CAUSAS QUE LA PROVOCAN.—VII.2. FORMAS DE RES-  
TITUCIÓN.—VII.3. TIEMPO DE RESTITUCIÓN.—VIII. REFLEXION FINAL.

## I. INTRODUCCION

Es conocido por todos que el derecho histórico de Castilla adopta el sistema de gananciales, de origen germánico, como fórmula común de organización de la economía matrimonial, primero —como suele ocurrir— a través de la costumbre, y más tarde, cuando empiezan a surgir conflictos, en el marco de las leyes. Pero la influencia del Derecho común se hace notar también en este ámbito y el resultado de ello va a ser el trasplante de dos instituciones de derecho romano, la dote y los parafernales, al sistema de gananciales castellano. La inserción de estos elementos extraños tiene lugar gracias a la labor de los juristas que, a instancias de Alfonso X, elaboran el *Código de las Siete Partidas*. Pocos años antes el monarca había promulgado el *Fuero Real*, cuerpo normativo que copiaba los gananciales del *Liber iudiciorum*, no sólo para modernizar y unificar el derecho, sino sobre todo porque el *Liber* contenía el principio del monopolio legislativo regio, fin perseguido en este momento especialmente por el monarca. Pero en las *Partidas*, Alfon-

so X recoge las nuevas corrientes de la Recepción con la intención de elaborar un texto más doctrinal que legal y en este afán la dote romana aparece insertada en nuestro ordenamiento.

Es evidente que la institución dotal, en su estado puro o natural, no encajaba en el sistema de gananciales, por lo que fueron necesarias algunas transformaciones para su puesta en práctica. Con el transcurso del tiempo se fue integrando junto con el resto de los elementos que formaban parte del régimen ganancial, pero siempre provocó —precisamente por la manera en que apareció en el ordenamiento castellano— entre la doctrina y los juristas un sin fin de dudas y discusiones que ponían de manifiesto las lagunas y confusiones que caracterizaban su regulación legal.

En pleno movimiento coficador, el panorama legal y doctrinal que rodea a la dote aparece excesivamente ambiguo. Como en tantas otras materias —éste será uno de los motivos que provoquen dicho movimiento—, su aplicación viene ordenada por normas de las *Partidas*, código promulgado seis siglos antes, así como de las *Leyes de Toro* y de la *Nueva y la Novísima Recopilación* castellanas; esto sin aludir al ámbito de los derechos forales, alguno de los cuales —el catalán especialmente— había permanecido fiel en esta cuestión al derecho romano. Consecuencia directa de la confusión normativa es la confusión que muestra la doctrina en determinados aspectos relativos a la regulación de la dote. Todo ello desemboca en la necesidad urgente de contar con disposiciones definitivas y claras que se ocupen de ordenar la institución dotal y, sobre todo, que la adapten a las nuevas circunstancias.

En este contexto, el Proyecto de Código Civil de 1851 intenta subsanar los defectos de la legislación civil anterior en torno a la materia, decantándose por las soluciones ya conocidas en nuestro derecho histórico cuando las considera útiles, e introduciendo reformas allí donde las nuevas circunstancias, bajo su criterio, lo requieren. Este sistema dotal proyectado en 1851 pasará casi en su integridad —no sin algunas variaciones, como veremos— al Código Civil de 1889.

Pero si originariamente las dificultades que rodean a la dote en el ordenamiento castellano provienen de su inserción en un sistema en el que era desconocida, en su evolución final los problemas surgen de una inadaptación a la realidad presente, donde los privilegios que se concedían en favor de los bienes dotales se muestran incompatibles con el movimiento de equiparación entre los cónyuges que va tomando forma en nuestro derecho. Finalmente, tras la reforma de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, la dote desaparece definitivamente como institución en nuestro derecho civil general (1).

---

(1) Los antiguos artículos 1.336 a 1.380, constitutivos del capítulo IV, título III, libro IV, del Código Civil no han pasado al nuevo texto. Las consecuencias que se derivan

## II. CONCEPTO

El mismo concepto de dote no parece estar totalmente claro en el panorama decimonónico. Las *Partidas* (4,11,1) la habían definido como «el algo que da la mujer al marido por razón de casamiento..., con entendimiento de se mantener, e ayuntar al matrimonio con ella»; pero cuando los textos legales posteriores y los documentos de aplicación del derecho hablan de dotes se refieren a las donaciones que los padres, conjuntamente y de sus bienes comunes, hacen a sus hijas en atención a su próximo matrimonio, a cuenta de sus derechos sucesorios, con el fin de colaborar en el mantenimiento de la nueva familia y de garantizar la subsistencia de la hija, y sus posibles descendientes, para el caso de que enviudara (2). El inicial modelo romano de la dote ha ido moldeándose y adquiriendo unas peculiaridades propias que le van a permitir formar parte del sistema económico matrimonial que con carácter general se aplica en Castilla —el de gananciales—, sistema al que es extraño en su origen. Todos los bienes de la mujer que no tuvieran expresamente el carácter de dotales se consideran parafernales (3); ambos, dote y

de tal suspensión, en opinión de CASTÁN, son: 1.<sup>a</sup>, que la dote ha dejado de ser un régimen pactado de carácter típico; 2.<sup>a</sup>, que la abolición de esta institución no tiene alcance retroactivo, por lo que los regímenes dotales subsistentes al tiempo de entrar en vigor la Ley de 13 de mayo de 1981, se mantendrán, en principio, y ello obliga a considerar aquella regulación válida como derecho transitorio; 3.<sup>a</sup>, que la reforma española de 1981 no prohíbe de modo expreso la constitución del régimen dotal; y 4.<sup>a</sup>, que en todo caso, tanto a las dotes ya existentes, como a las que eventualmente puedan establecerse en el futuro, resulta ineludible aplicar los nuevos principios imperativos de nuestro régimen económico matrimonial (Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, T. 5.º vol. 1.º 10.ª edic. revisada y puesta al día por GABRIEL GARCÍA CANTERO y JOSÉ M.ª CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, 1983, págs. 561-563).

(2) Vid. M. J. COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, *El régimen económico del matrimonio en el derecho territorial castellano*, Valencia, Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz-Tirant Lo Blanch, 1997, pág. 482.

(3) Según *Partidas* 4,11,17, «paraferna son llamados en griego todos los bienes, e las cosas, quier sean muebles, o rayzes, que retienen las mugeres para sí apartadamente, e non entran en cuento de la dote; e tomo este nome a para, que quiere tanto dezir en griego, como a cerca, e ferna, que es dicho por dote, que quier tanto dezir en romance, como todas las cosas que son yuntadas, e allegadas a la dote. E todas estas cosas que son llamadas en griego paraferna, si las diere la muger al marido, con entencion que aya el seniorio dellas, mientras que durare el matrimonio, auerlo ha; bien assi como de las quel da por dote. E si las non diere al marido señaladamente, nin fuere su entencion que aya el seniorio en ellas, siempre finca la muger por senora dellas. Eso mismo seria, quando fuessen en dubdas, si las diera al marido, o non. E todas estas cosas que son dichas paraferna, han tal priuilejo, como la dote; ca bien assi como todos los bienes del marido son obligados a la muger, si el marido enagena, o malmete la dote, assi son obligados por la paraferna, a quien quier que passen. E maguer que tal obligacion como esta non sea fecha por palabra, entiendese que se faze, tan solamente por el fecho. Ca luego que el marido rescibe la dote, o las otras cosas que son llamadas paraferna, son obligados porende a la muger todos sus bienes; tambien los que ha estonce, como los que aura despues».

parafernales —unos y otros tomados del derecho romano— conformaban el patrimonio individual o propio de la mujer.

Esta configuración de los bienes femeninos va a ser alterada en el Proyecto de Código Civil de 1851, donde se eliminan los parafernales, para ser absorbidos por la dote. Esta, a tenor del artículo 1.272 (4), integra no sólo los bienes que tienen propiamente ese carácter, sino también los que adquiere la mujer después de casada por donación, herencia o legado, es decir, los parafernales. Todos los bienes que la mujer aporta al matrimonio o adquiere después, aun por título lucrativo, se consideran dotales según el precepto citado (5).

El motivo de esta novedad es puesto de manifiesto con bastante claridad por GARCÍA GOYENA, responsable principal del Proyecto del que nos ocupamos. Reproducimos sus palabras porque nos parecen muy ilustrativas: «Esto es sencillo, moral, y necesario para mantener el orden y disciplina en la familia: *vir est caput mulieris*: nada más natural y justo que la máxima proclamada por la ley 9 Romana, y 29 de Partida, aunque ambas la conculcaron en la parte dispositiva con lastimosa contradicción: ¿es posible concebir la dependencia o sumisión personal de una mujer que administra sus bienes, y goza de rentas con absoluta independencia de su marido?. Yo no sé si habrá estado jamás en uso la citada ley 17 de Partida sobre bienes parafernales, pero la he tenido siempre por incompatible con las recopiladas 11 y siguientes, título 1, libro 10 (55 etc, de Toro), y la 7 del título 2» (6).

Los parafernales amenazaban desde varios frentes la concepción que GOYENA tenía de la economía matrimonial, y por ello abogó por suprimirlos. En primer lugar, atentaban contra la unidad de jefatura y administración de la sociedad conyugal, puesto que la mujer podía decidir si conservaba la administración de estos bienes o la otorgaba, junto con la de la dote, a su marido; además, no respetaban la situación en la que se había colocado a la mujer en el matrimonio, según la cual necesitaba licencia marital para todo acto o contrato que quisiera realizar —fuerte obstáculo para la admisión de

---

(4) «La dote no solo se compone de los bienes y derechos que la mujer aporta al matrimonio al tiempo de contraerlo, sino de los que durante él adquiere por donación, herencia o legado».

(5) Esto constituye una novedad también respecto del Proyecto de Código Civil de 1836, que definía la dote siguiendo de cerca lo establecido en las *Partidas*. En el artículo 1.520 del citado proyecto se caracterizaba la dote como «... aquella porción de bienes que la mujer u otro en su nombre da al marido para ayudarle a soportar las cargas del matrimonio, con el gravamen de responder de ellos y quedar obligado a restituirlos en especie o en dinero disuelto el matrimonio, ya a la misma mujer, ya a quien por derecho corresponda».

(6) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. III, Madrid, 1852 (edic. fács. Barcelona, Editorial Base, 1973, vol. II, comentario al artículo 1.240, pág. 259).

unos bienes sobre los cuales, como propietaria, había de realizar actos de este tipo (7).

Al quedar suprimidos los parafernales y ser absorbidos por la dote, los bienes que hasta entonces los integraban adquieren los privilegios y restricciones de aquélla y, sobre todo, pasan necesariamente a la administración marital como el resto de los bienes dotales. El Proyecto de Código Civil de 1851 propone, por tanto, hacer coincidir el patrimonio femenino con la dote (8): salvo estipulación en contrario, se consideraría dotal todo el haber que la mujer aportara al matrimonio y todo lo que durante el mismo adquiriese por donación, herencia o legado. El concepto de dote se alteraría, así, respecto al que se había venido manteniendo hasta entonces por las leyes castellanas y la jurisprudencia.

El sistema concebido por el Proyecto en este punto es objeto de una valoración positiva por parte de CÁRDENAS, siempre que fuera acompañado de dos requisitos o correctivos: que se conceda a los cónyuges facultad para derogar dicho sistema en virtud de estipulaciones particulares y que se supriman los privilegios dotales en cuanto puedan ceder en perjuicio de tercero. Con estas modificaciones, que admite el Proyecto en otro lugar, lo establecido en el artículo 1.272 le parece aceptable (9).

El Anteproyecto de Código Civil (1882-1888) hace ya variaciones en el concepto de dote que había elaborado el Proyecto del 51, al establecer en el artículo 1.365 que «la dote, no sólo se formará de los bienes y derechos que la mujer aporte al matrimonio, con el carácter dotal, al tiempo de contraerle, sino de los que durante el mismo matrimonio adquiera por donación, herencia o legado, con el propio carácter». Las últimas palabras son indicativas de que es necesaria la declaración expresa del carácter dotal de un bien para que tenga esta consideración. Además, el artículo 1.419 introduce una, al parecer insignificante, modificación en la redacción del artículo 1.314 del Proyecto del 51 (que sólo consideraba propios de la mujer «los que constituyan la dote»). A tenor del nuevo texto, «serán bienes propios de la mujer los que, según ese Código le pertenezcan, incluso los que constituyan la dote...». Esto es, la dote es un bien propio, pero no el único. A su lado hay otros, los extradotales, que tienen igualmente ese carácter de bienes privativos. El Anteproyecto prevé la existencia, por tanto, de bienes extradotales, e incluso aparece en él la denominación *parafernales* (art. 191), pero, contra lo que en

---

(7) Vid. M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *De los bienes parafernales*, Salamanca, Publicaciones del Dpto. de Derecho Civil. 2.ª cátedra, 1976, pág. 380.

(8) Así se reitera en el artículo 1.314: «Son bienes propios de la mujer los que constituyen la dote...».

(9) F. CÁRDENAS, «De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España, y de las reformas que para subsanarlos se proponen en el Proyecto de Código Civil», en *El Derecho moderno*, t. XI, Madrid, 1851, págs. 193-482, esp. pág. 348.

éstos es característico, supone que, en principio, la administración de los bienes corresponderá al marido (art. 1.332). De este modo, se incluye en la redacción definitiva del Código Civil a última hora el capítulo sobre los bienes parafernales asignando a la mujer su administración (10).

Hay, por tanto, un cambio radical en cuanto a la admisión de los parafernales, que afectará paralelamente al concepto de dote. Como hemos visto, GARCÍA GOYENA se mostraba contrario a su admisión y los hace desaparecer en el Proyecto de Código Civil de 1851. El Proyecto de Ley de Bases de Alonso Martínez no se refiere a los bienes parafernales y en la base 21 del Proyecto de Silvela se prevé la supresión de los mismos. Se declaran expresamente contrarios a su admisión ALONSO MARTÍNEZ —quien nos informa que éste era también el sentir de la Comisión Codificadora»— (11), ALBACETE y BENITO GUTIÉRREZ, y en el Congreso jurídico español de 1886 la tesis de la desaparición de los parafernales había obtenido triple número de votos que la contraria (12). ¿Por qué se admitieron entonces a última hora los parafernales en el Código Civil de 1889? El motivo común que había llevado a rechazar su admisión radicaba en no querer admitir unos bienes que otorgaban a la mujer facultades de administración contrarias a su sumisión al marido como cabeza de familia y único administrador del patrimonio conyugal. Esto, sin embargo, se muestra en clara contradicción con la libertad de administración y la facultad de enajenar los parafernales de la que goza la mujer casada catalana. Precisamente fueron dos parlamentarios catalanes (DURÁN Y BAS y GAMAZO) los que, al parecer, propulsaron la inclusión de esos bienes en nuestro Código Civil. En general, las críticas, no sólo respecto a la situación de los bienes parafernales en el derecho común sino a la organización de toda la familia y a la situación de la mujer dentro de ella, habían de venir de los foralistas catalanes que, con un sistema económico matrimonial basado en principios tan diferentes a los del derecho común, no les era fácil admitir la manera en que se colocaba a la mujer en relación con los bienes.

La base del Proyecto de Silvela sobre supresión de los parafernales se había aprobado en el Senado sin modificación. Esta se produce por obra de la Comisión dictaminadora nombrada en el Congreso, de la que formaba parte

(10) Después del R. D. de 6 de octubre de 1888, por el que se ordena publicar «el Código Civil adjunto», la Sección continúa con sus trabajos introduciendo modificaciones muy esenciales, entre ellas la introducción de los parafernales, que se incluye en la sesión de 10 de noviembre (*Vid.* M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)», en *Centenario de la Ley del Notariado, Sección Cuarta. Fuentes y Bibliografía*, vol. I, Madrid, 1965, pág. 44, nota 128).

(11) M. ALONSO MARTÍNEZ, «El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales», en *Biblioteca Judicial*, t. II, Madrid, 1885, pág. 177.

(12) *Vid.* M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El Anteproyecto del Código...», cit., pág. 44, n.º 128.

DURÁN Y BAS, que encontraría allí el decidido apoyo de Gamazo, defensor también de la personalidad de la mujer dentro del matrimonio y, por tanto, respecto a los bienes, partidario de los parafernales, que se manifestaría como defensor de las soluciones del Código, en defensa de la personalidad y derechos de la mujer (13).

El 4 de mayo de 1889 se aprueba definitivamente por el Congreso el Proyecto de Ley autorizando al Gobierno para hacer en la edición oficial del Código Civil las enmiendas y adiciones cuya necesidad se demuestre en los cuerpos colegisladores. Por Real Decreto de 24 de julio de 1889 se promulga el nuevo texto corregido, segunda edición oficial, que ha de ser el definitivo texto legal del Código Civil. El Título III del libro IV contiene un capítulo, el IV, con once artículos dedicados a la regulación de los bienes parafernales, con lo que se culmina el tránsito del sistema de negación de los parafernales (Proyecto de 1851) a un sistema que los acoge (Código Civil de 1889).

Sobre la dote se dirá en el artículo 1.336 que «se compone de los bienes y derechos que en este concepto la mujer aporta al matrimonio al tiempo de contraerlo y de los que durante él adquiere por donación, herencia o legado con el carácter dotal». Considera dotales, igualmente, «los bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio: 1.º, por permuta con otros bienes dotales; 2.º, por derecho de retracto perteneciente a la mujer (14); 3.º, por dación en pago de la dote; 4.º, por compra con dinero perteneciente a la dote» (art. 1.337). El Código no trata de definir la dote, sino simplemente de especificar los bienes que la constituyen, pero al hacerlo está determinando que sólo tienen carácter dotal los bienes a los que expresamente se les da ese carácter; en otro caso, se presumen parafernales. O lo que es lo mismo, que los bienes privativos de la mujer son, como regla general, extradotales o parafernales, y así han de considerarse mientras no conste de modo expreso lo contrario. El fundamento de ello está, tal vez, en que es más ventajoso para la mujer que los bienes sean parafernales, ya que sobre ellos conserva más derechos.

Una definición de dote la ofrece MANRESA cuando comenta el citado artículo 1.336. «La dote -----dice----- es el capital o conjunto de bienes de la mujer

---

(13) *Ibid.*

(14) En opinión de G. BURÓN GARCÍA no hay fundamento que justifique que los bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio por derecho de retracto perteneciente a la mujer se consideren dotales, «porque si es justo que pertenezcan á ésta por que *qui actionem habet rem ipsam habere videtur* (Digesto 50,17,15), no lo es de igual suerte declararles dotales cuando el derecho no tenga este concepto, sin contar con la voluntad de la mujer, que es la dueña, porque tal disposición pugna con los principios relativos á la constitución de la dote [...] y porque con ella se conceden derechos de importancia al marido, contra los que rigen en esta materia, según el mismo Cód. Civ.» (*Vid Derecho civil español según los principios, los códigos y leyes precedentes y la reforma del Código Civil*, t. 1, Valladolid, Imp. y Librería Nacional y Extranjera de Andrés Martín, 1898, pág. 382).

que se entrega al marido para facilitar a éste medios y ayuda en el sostenimiento de las cargas matrimoniales, con obligación de restituirlo o devolverlo cuando esas cargas no existan, y de asegurar con hipoteca la efectividad de la restitución» (15). Relacionando este artículo con el 1.337 y otros preceptos de la misma sección, apunta MUCIUS SCAEVOLA que en el Código español «se llama dote el conjunto de bienes y derechos que en ese concepto aporta la mujer al matrimonio, ya por sí misma, ya donándoselos sus padres (en algunos casos, obligatoriamente), su esposo, los parientes de ambos y las personas extrañas a la familia, y los que la misma mujer adquiera por donación, herencia o legado con el carácter dotal, por permuta con otros bienes dotales, por derecho de retracto, reciba en pago de dote o compre con dinero a ésta perteneciente» (16). LACRUZ, por su parte, la define así: «consiste en un conjunto de bienes que, bien en sustancia y constituyendo un patrimonio autónomo, bien en valor y representados por un crédito, son disfrutados por el marido constante matrimonio, y entregados luego a la mujer o sus herederos, con sujeción a las normas del Código Civil (17).

### III. CONSTITUCION

#### III.1. PERSONAS OBLIGADAS A DOTAR

En relación a la constitución de la dote, la situación con la que se encuentran los redactores del Proyecto de Código Civil de 1851 tampoco es pacífica, puesto que aparece un claro desfase entre la ley y la práctica. En cuanto a la primera, la norma vigente era la correspondiente del *Código de las Partidas* (4,11,8-9), que obligaba al padre a constituir la dote a la hija, correspondiendo en su defecto dicha obligación al abuelo o bisabuelo paterno, ya que a ellos les incumbía la patria potestad a falta del padre; la obligación de éste no desaparecía ni siquiera cuando la hija fuera rica. La madre, en cambio, podía voluntariamente decidir si dotaba o no a la hija —ya que ella no gozaba de la patria potestad sobre sus hijos—, salvo en el caso en que la hija fuera cristiana y la madre no, en el que la ley le imponía la obligación de constituir la dote (muestra, quizá, de la «cristianización» que sufre el derecho romano

---

(15) J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, t. IX, 6.<sup>a</sup> edic., revisada por don Miguel Moreno Mocholi, Madrid, Reus, 1969, comentario al artículo 1.336, pág. 340.

(16) Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la edición oficial*, t. XXI, Madrid, Obras de Q. Mucius Scaevola, 1904, pág. 376.

(17) J. L. LACRUZ-M. ALBALADEJO, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, Librería Bosch, 1963, pág. 326.

clásico en manos de los juristas bizantinos). Por tanto, la circunstancia que daba lugar al nacimiento de la obligación de dotar era, al parecer, la patria potestad. En la práctica, sin embargo —por eso hablamos de desfase—, eran los padres, las madres, o ambos a la vez, quienes solían constituir las dotes a sus hijas, y no hay noticia de que ningún abuelo haya sido obligado a dotar a su nieta, como ponen de manifiesto algunos autores (18).

El Proyecto de Código Civil de 1851 propone continuar con el mismo criterio que las leyes de *Partidas* —el de la patria potestad—, según nos dice GARCÍA GOYENA, para determinar quién tiene obligación de constituir la dote a las hijas, aunque acomodándolo a las alteraciones hechas respecto de la madre, y con otras modificaciones dictadas por la equidad y la razón respecto de la hija rica (19). La propuesta del Proyecto se plasma en el artículo 1.269, párrafo 1º: «El padre y la madre, o el que de ellos viviere, están obligados a dotar a sus hijas legítimas, fuera del caso en que, necesitando su consentimiento para contraer matrimonio con arreglo a la ley, se casaren sin obtenerlo».

GARCÍA GOYENA considera que en virtud de las primeras palabras del precepto, a la madre le incumbe la obligación de dotar a su hija sólo cuando sustituye a su marido en la patria potestad o cuando él sea pobre y ella rica (20). Para CÁRDENAS, en cambio, la ley se está refiriendo a ambos progenitores conjuntamente, correspondiendo dicha obligación sólo a uno de ellos cuando el otro hubiera fallecido. No se trataría, en su opinión, propiamente de una carga inherente a la patria potestad, sino al matrimonio, como lo es dar alimentos o educar a los hijos, y por ello debe pesar igualmente sobre el padre y la madre (21).

Son varias las novedades que incorpora el Proyecto de 1851 en cuanto a la constitución de la dote obligatoria. En primer lugar, como ya hemos visto, la de imponer también a la madre la obligación de dotar a las hijas (22); en segundo lugar, la de excluir de dicha obligación en todo caso a los abue-

(18) Vid. F. CÁRDENAS, «Ensayo histórico sobre la dote, arras y donaciones esponsalicias, desde el origen de la legislación española hasta nuestros días», en *Estudios Jurídicos*, II, Madrid, 1884, págs. 5-62, esp. pág. 55.

(19) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., comentario al artículo 1.269, págs. 282-283.

(20) *Ibid.*

(21) F. CÁRDENAS, *De los vicios y defectos...*, cit., pág. 344.

(22) PABLO GOROSÁBEL, en el Código Civil que redactó por iniciativa propia en 1832, no sigue este criterio, sino el de *Partidas*, excluyendo a la madre de la obligación de dotar a la hija, salvo en el caso de ser ésta cristiana y la madre no ( Vid. *Redacción del Código Civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación. Escrita bajo el método de los códigos modernos*, Tolosa, En la Imprenta de la Viuda de La Lama, 1832, artículo 339, págs. 76-77). En cambio, el Proyecto de Código Civil de 1836 introduce ya esta novedad de señalar la obligación de la madre, junto a la del padre, de dotar a las hijas (art. 1.521).

los (23); asimismo, quedan liberados el padre y la madre cuando la hija tenga bienes propios equivalentes a la mitad de su legítima; también quedan liberados cuando la hija se hubiera casado sin el consentimiento de sus padres y éste fuera necesario (24); finalmente, se especifica que sólo tienen derecho a la dote las hijas legítimas, terminando así con las dudas que existían entre los autores en relación a las hijas naturales (25).

Conferida a la madre la patria potestad en defecto del padre sobre sus hijos legítimos no emancipados por la Ley de Matrimonio Civil de 1870 (art. 64), se hace más evidente para ella la obligación de dotar que ya apuntaba el Proyecto de 1851. J. ESCRICHE opina que es precisamente a partir de este momento cuando corresponde a la madre la obligación de dotar a las hijas, puesto que la misma, en su opinión —que coincide con la de GARCÍA GOYENA— es inherente al derecho de patria potestad (26).

El Proyecto también alude a otras personas que, de forma voluntaria, pueden constituir la dote —estamos ante la clásica distinción entre dote necesaria u obligatoria y dote voluntaria—. En concreto se refiere a parientes e, incluso, extraños. Todos ellos, al igual que los padres, podrán constituir la dote con anterioridad o posterioridad a la celebración del matrimonio (art. 1.265). El Proyecto añade que «el esposo puede igualmente constituir dote a la esposa antes del matrimonio, pero no después de contraído» (art. 1.266). Con ello se trata de respetar la prohibición de donaciones entre cónyuges realizadas durante el matrimonio.

A pesar de las críticas que sufrió este sistema de constitución dotal (27), precisamente por su carácter obligatorio, pasó de forma literal al Código Civil

(23) El Proyecto de Código Civil de 1836, por el contrario, sigue involucrando en dicha obligación —como se hacía en *Partidas*— a los abuelos paternos y maternos cuando fueran ricos y los padres pobres (art. 1.521).

(24) B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ considera liberados a los padres, no en todos los casos en que la hija se casa contra la voluntad de ellos, sino cuando lo hace con sujeto indigno, entendiéndose por tal el que lo es por su calidad o sus costumbres (Vid. *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, T. 1.º, Madrid, 1862, pág. 391).

(25) Dudas que en el Proyecto de 1836 se habían resuelto en sentido contrario, pues imponía al padre la obligación de dotar no sólo a la hija legítima o legitimada, sino también a la natural reconocida por él; la madre debía hacer lo mismo, incluso cuando la hija natural no hubiera sido reconocida por el padre (arts. 1.532 y 1.533).

(26) J. ESCRICHE, s.v. «dote», en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, nueva edición reformada y considerablemente aumentada*, por los Doctores D. León Galindo y De Vera y D. José Vicente Caravantes, T. 2.º, Madrid, 1874, pág. 726.

(27) Baste citar como ejemplo de las mismas la disertación del señor Azcárate ante el Congreso en la sesión de 9 de abril de 1889: «...la negación más grave que encuentro de la patria potestad es la obligación de dotar, y la forma en que está establecida en el Código. No temais que os moleste disertando largamente acerca del régimen dotal; solo diré unas palabras, que no son mías, sino de un escritor italiano, Cogliolo, el cual, exponiendo el origen y motivo de aquél, dice: «el hombre ha cesado de comprar á la mujer; es ésta la que compra al hombre: hé ahí el régimen dotal.» Basta esto, aunque no

de 1889 (arts. 1.336 y ss.). Se aclara ahora la duda planteada en relación al Proyecto de si la obligación de dotar correspondía al padre y a la madre de forma conjunta o alternativa, pues el artículo 1.340 dispone que «el padre o la madre, o el que de ellos viviese, están obligados a dotar a las hijas legítimas». Estas palabras no dejan duda de que la obligación de dotar, viviendo ambos progenitores, es alternativa, y que solo dotarán conjuntamente cuando así lo quieran. CASTÁN opina al respecto que, queriendo dar facilidades, la ley permite que, en caso de vivir el padre y la madre, pueda cumplirse la obligación por ambos o por cualquiera de ellos (28). Para BURÓN, que se muestra en la misma línea que CÁRDENAS —cuando comentaba este punto en el Proyecto del 51—, no se hace depender la obligación de la patria potestad, sino más bien del deber natural de protección de los padres en favor de las hijas legítimas, o de las que gocen legalmente de esta condición como consecuencia de la legitimación por subsiguiente matrimonio o por declaración de la ley, como las putativas; pero no respecto a las naturales, sean o no reconocidas, ni a las demás ilegítimas (29).

Como pone de manifiesto MANRESA, la mayoría de los códigos, incluso los más favorables al régimen dotal, consideran la dote como una donación voluntaria. El nuestro ha aceptado los precedentes patrios, aunque modificándolos, pues ya sólo tienen obligación de dotar los padres. Es voluntaria respecto a cualquier otra persona, incluso el marido, los ascendientes de segundo o ulterior grado, los padres naturales o ilegítimos, los parientes, los tutores y los extraños. «Ha creído el legislador —dice MANRESA— que los padres no deben consentir por propio decoro, cuando tienen bienes, en entregar sus hijas a un marido sin darles algo que les ayude a vivir, algo que afirme su propia

---

hubiera además la negacion que implica de los derechos de la patria potestad, para que mereciera censuras el artículo. Y no es que puedan ampararse los autores del Código con las exigencias de la realidad, cuando por fortuna, nuestro pais en esto forma contraste con la Nacion vecina; porque si allí la mujer que no tiene dote no se casa, en España la mujer que vale, sin ella se casa, y cuando la costumbre iba encaminando las cosas hácia ese lado, cumpliendo los padres y los futuros hijos delicadamente deberes, sin pensar que fuera esa una obligacion jurfídica, ni hacerla cuestion de ajuste, se viene á consignar en el Código con tasa y medida! ¿Qué me importa que no sea más que la sexta parte de la herencia repartida entre las hijas, si el mal no está en eso, sino en el principio? ¿Por qué no habeis dicho, como el Código argentino, que el padre no está obligado a dotar á las hijas ni á dar nada á los hijos para que se establezcan? De esta manera resultaria enaltecido el poder del padre de familia» (Vid. *Código Civil. Debates parlamentarios 1885-1889*. Estudio preliminar de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS; edición preparada por Rosario Herrero Gutiérrez y Marfa Angeles Vallejo Ubeda, Madrid, Dirección de Estudios y Documentación, Secretaría General del Senado, 1989, vol. 2.º, núm. 90, pág. 2404).

(28) Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, 5.ª edic., totalmente refundida, con arreglo al Cuestionario de 25 de noviembre de 1940, t. 3.º, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1941, pág. 656.

(29) G. BURÓN GARCÍA, *Derecho civil español...*, cit., t. I, pág. 387.

personalidad, su independencia, su participación en los gastos de la familia y en las cargas de la sociedad. Ha creído que este algo significa sólo un pequeño sacrificio, que se compensa con las obligaciones que en los padres se extinguen al casar a sus hijas, y al marido pasan por el matrimonio. Ha estimado que, en suma, se trata de continuar el deber de alimentación y de anticipar en parte la legítima, y bajo estas bases impone la obligación de dotar» (30).

### III.2. BIENES CON LOS QUE DEBE PAGARSE LA DOTE OBLIGATORIA

Las *Partidas* señalaban los bienes propios del padre como los adecuados para constituir la dote, recogiendo con ello los precedentes romanos, que desconocían los gananciales. Pero como éstos tenían como principal objeto hacer frente a las cargas del matrimonio, y como la dote era una de estas cargas, no parecía justo que la misma se atendiera exclusivamente con bienes propios del padre. La ley 53 de Toro, recogida en las dos recopilaciones castellanas, intentó solucionar esta cuestión ordenando, primero, que cuando marido y mujer, durante el matrimonio, constituyeran la dote de una hija común, debían hacerlo con bienes gananciales, y en lo que faltara, por mitad, con sus bienes propios; segundo, que si es exclusivamente el padre, y no la madre, quien ofrece la dote, habrá de pagarla de los gananciales, y en su defecto, con sus bienes propios, pero no con bienes de la madre.

Esta regulación pone de manifiesto la concepción de la familia que consagraba el derecho tradicional castellano. Las palabras de GONZÁLEZ SERRANO cuando comenta la citada ley de Toro son muy ilustrativas: «... está basada en los principios que constituyen la familia. El padre lo representa todo, goza de los derechos de patria potestad, administra los bienes de la mujer —incluso los parafernales, cuando la esposa no reclama para sí dicha administración— y sobre todo, es árbitro absoluto para manejar, emplear y hasta gastar los bienes gananciales. Quien de tales prerrogativas goza en conformidad a la ley, equitativo es que en compensación tenga mayores responsabilidades que la mujer, y una de ellas es la obligación de dotar a las hijas con sus bienes propios cuando no existan gananciales» (31).

Sin embargo, empieza a no verse justo por parte de muchos juristas que, siendo la constitución de la dote una carga del matrimonio, los bienes de la mujer no queden obligados a ello en los mismos términos que los del marido.

---

(30) J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., t. IX, comentario a los arts. 1.340-1.343, pág. 360.

(31) J. GONZÁLEZ Y SERRANO, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las leyes de Toro*, t. II, Madrid, 1876, págs. 257-258.

O, más concretamente, que si constituyeron la dote ambos cónyuges, en defecto de bienes gananciales, o en lo que no alcancen, se utilicen en el pago de la misma, por mitad, bienes propios de los consortes; pero si la constiuyó el marido solo, en defecto de gananciales se atienda exclusivamente con bienes de su propiedad, y nunca de la mujer. Así lo expresa la ley 53 de Toro, y también CÁRDENAS, para quien la solución más conveniente sería que, a falta de pacto en contrario, y considerándose la dote como carga del matrimonio, cada cónyuge debería contribuir a ella en proporción a su haber, ya sea prometida por uno o por ambos. «Si los dos la han prometido, debe entenderse que lo hicieron en cumplimiento de una obligación común, que la equidad exige se reparta según los medios de cada uno: si la prometió uno solo, debe entenderse que lo hizo en nombre de la sociedad conyugal, que era la obligada, y si el capital social o los gananciales no bastan para cubrirla, justo es que ambos asociados contribuyan con sus medios propios y en proporción de los que cada uno tuviere, al cumplimiento de su obligación» (32).

El deseo de CÁRDENAS no se ve cumplido en el Proyecto de Código Civil de 1851 (33), donde se establece que la dote que prometan ambos cónyuges deberán pagarla por mitad cuando no estipulen otra cosa, y la que prometa uno solo deberá ser pagada por él con sus bienes propios, y nunca con los del otro consorte (art. 1.271); pero sí se ve finalmente plasmado en el Código Civil de 1889, en cuyo artículo 1.343 se establece que «cuando el marido solo, o ambos cónyuges juntamente, constituyeren dote a sus hijas, se pagará con los bienes de la sociedad conyugal; si no los hubiere, se pagará por mitad, o en la proporción en que los padres se hubieran obligado respectivamente, con los bienes propios de cada cónyuge. Cuando la mujer dotara por sí sola, deberá imputarse lo que diere o prometiere a sus bienes propios».

Por tanto, cuando la dote se constituye por ambos cónyuges, debe pagarse con bienes de la sociedad conyugal, es decir, con bienes gananciales, y si no los hay, con bienes propios de los padres en la proporción convenida, o por mitad si no hubo convenio. Para CASTÁN hubiera sido más justo adoptar un criterio de proporcionalidad con la fortuna de los padres, como dispone el Código en algunos casos análogos, por ejemplo, el de la obligación alimenticia (34).

Cuando la constituye el padre, la regla es la misma: si hubiera bienes de la sociedad conyugal, se paga con ellos, puesto que la ley supone que obra

---

(32) F. CÁRDENAS, *De los vicios y defectos...*, cit., pág. 345.

(33) A pesar de que fue éste el criterio adoptado en el Proyecto de 1836 (*Vid.* M. J. COLLANTES DE TERÁN, «La economía del matrimonio en el Proyecto de Código Civil de 1836», en *Homenaje al Profesor Díaz Rementería* (en prensa), págs. 165-185, esp. págs. 175-176).

(34) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, 5.ª edic. cit., t. 3.º, pág. 658.

como administrador de la sociedad conyugal, y no exclusivamente en su propio nombre; si no los hubiere, se paga por mitad con bienes propios de ambos progenitores. A CASTÁN esta solución no le parece lógica (pues está en contradicción con la que se establece para el caso de que sea la mujer la que constituya la dote) ni justa (pues el marido no debe disponer de los bienes propios de la mujer sin consentimiento de ésta) (35). Según MANRESA, el precepto no impide al marido que dote sólo con sus bienes propios si esa es su voluntad, o si no hay bienes gananciales ni privativos de la mujer (36).

Finalmente, dispone la norma que si es la madre sola la que constituye la dote, como no puede obligar en casos normales a la sociedad conyugal, la regla es distinta, y se le ordena que la pague con sus bienes propios. Como dice MANRESA (37), la naturaleza misma del precepto indica que se trata de casos en los que, o no existe el padre, o carece de bienes, o la mujer obra voluntariamente. Hay que tener en cuenta que el citado precepto parte de la base de subsistir la sociedad conyugal, regir el sistema de gananciales y obrar de acuerdo los padres en cuanto a la constitución de la dote, que para ellos es obligatoria.

#### IV. CUANTIA DE LA DOTE OBLIGATORIA

Las leyes castellanas se habían mostrado terminantes al imponer a los padres la obligación de dotar, pero no aclaran qué cantidad pueden exigirles las hijas por este concepto. Para fijar el montante de la donación, solía atenderse al importe de los bienes del dotante, al número de hijos que tuviera, a la dignidad o posición social de los contrayentes y a la costumbre del lugar. El problema principal que acontecía en esta cuestión venía siendo los excesos de los padres a la hora de fijar la dote de una hija, en perjuicio de los demás hijos y de su propio patrimonio. En diversas ocasiones se intentó frenar esta tendencia con diferentes medidas: se prohíbe que la dote supere el importe de la legítima que corresponda a la hija, junto con el tercio de mejora y el quinto de libre disposición que el disponente podía otorgar en su favor; se prohíbe, igualmente, que la hija sea mejorada por dote o contrato *inter vivos*; se niega la posibilidad de escoger, para computar el valor de la dote, entre el momento de su constitución o el de la muerte del donante; se introduce como parámetro el valor de las rentas anuales que produzcan los bienes del padre en el momento en que constituye la dote, fijándose unas proporciones que, en

---

(35) *Ibid.*

(36) J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., t. IX, comentario a los arts. 1.340-1.343, p.363.

(37) *Ibid.*

la práctica, resultan de difícil cálculo y carentes de sentido, que no tienen en cuenta el número de hijas. Nada de esto soluciona el problema y las cartas de dote evidencian que con excesiva frecuencia los padres siguen endeudándose por esta causa, en perjuicio de las herencias del resto de sus hijos (38).

En otras ocasiones se producía el problema contrario, cuando la dote constituida resultaba mezquina y desproporcionada al caudal del padre. En ninguna ley se fijaba el tipo mínimo de la dote, pero para estos casos los autores coinciden en señalar que la hija podía pedir su aumento, para que la obligación de dotar no resultara ilusoria (39). Sobre ello estaba ordenado en el proyecto privado de Código Civil elaborado en 1832 por GOROSÁBEL que «la cantidad de dote que está obligado a dar el padre a la hija, ha de ser proporcionada a la riqueza y circunstancias del novio y de la novia. Sin embargo, la hija no puede reclamar contra lo que el padre le señalare, a no ser que la cantidad ofrecida sea excesivamente pequeña en proporción a la riqueza de éste» (40).

Esta ambigüedad en las leyes provoca incertidumbre entre la doctrina, que plantea situaciones no previstas por las normas legales e intenta darles solución. En este contexto leemos a E. TAPIA, quien afirma que el padre, si quiere, puede dar a una hija en dote más que a la otra, con tal que no exceda la dada a aquélla más de lo que le corresponda por su legítima paterna; y no está obligado a dar en dote todo lo que la ley permite, sino a guardar los límites que prefija el derecho en la dotación de las hijas (41).

El Proyecto de 1851 pretende obviar todos estos inconvenientes señalando en relación a la cuantía de la dote que la misma consistirá en la mitad de la legítima rigurosa presunta de la hija», y cuando ésta tenga bienes propios, lo que falte de su valor para cubrir esa cantidad (42). Si normalmente la legítima se computa según el valor de los bienes con relación al día del fallecimiento de los padres, en este caso debe determinarse conforme al tiempo en que se otorga la dote; éste es el significado del término «presunta». Como es necesario, para determinarla, una cuidadosa investigación de los bienes del padre, el Proyecto propone, para evitar los posibles perjuicios que de ello pudieran

---

(38) Vid. M. J. COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, *El régimen económico...*, cit., pp. 403-410.

(39) Vid. F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código Civil, e Historia general de la legislación española*, t. V, vol. 1.º, 2.ª edic., reformada, corregida y aumentada, Madrid, 1912, pág. 683.

(40) P. GOROSÁBEL, *Redacción del Código Civil...*, cit., artículo 342, pág. 77.

(41) E. TAPIA, *Febrero Novísimo o Librería de jueces, abogados y escribanos*, t. I, Valencia, 1828, pág. 42, n.º

(42) Lo único que se decía al respecto en el Proyecto de 1836 era que la dote «no podrá exceder de lo que corresponda a la hija por su legítima» (art. 1.546).

derivarse, que los tribunales se atengan a la declaración de los padres dotantes y de los parientes más próximos a la hija, uno de la línea paterna y otro de la materna (art. 1269) (43). GARCÍA GOYENA aplaude esta medida: «los juicios para esta averiguación eran largos, difíciles, de mucho coste, y sobre todo odiosos. El artículo ataja todos estos inconvenientes, haciendo del juez un árbitro arbitrador, amigable componedor, un varón bueno, de cuya conciencia y decisión no haya ulterior recurso» (44).

La Audiencia de Mallorca, la Universidad de Salamanca y R. ORTIZ DE ZÁRATE (45), en los informes que emiten sobre el Proyecto de Código Civil de 1851, están de acuerdo en que debe reducirse la cuantía de la dote fijada en el mismo, porque unida a otras circunstancias puede resultar muy gravosa a los padres de edad. Proponen reducirla al tercio de la legítima, fijada con referencia al día del matrimonio, y no de la legítima presunta, como dice el Proyecto. Según Zárate, la dote calculada para la primera hija que se casa debe valer para las demás, y debe poder reducirse si los padres empobrecieron, sin necesidad de más averiguaciones (46).

Todo lo dispuesto por el Proyecto en relación a la cuantía de la dote pasa íntegramente al artículo 1.341 del Código Civil de 1889, donde se añade simplemente que los parientes a los que debe interpelarse para averiguar el patrimonio de los donantes han de residir en la misma localidad o partido judicial, y que, en defecto de ellos, los tribunales resolverán atendiendo solamente a las declaraciones de los padres (47). Se incorpora, eso sí, un artículo, en virtud del cual se permite a las personas obligadas a dotar que elijan entre entregar un capital o señalar una renta anual en concepto de frutos o intereses del mismo, de modo que les sea más cómodo y sencillo cumplir con esta obligación (art. 1.342).

MANRESA pone de manifiesto los inconvenientes que supone siempre el tener que señalar un límite a la dote, ya que una cuota fija supone desentenderse de la desigual fortuna de cada familia, y una cuota proporcional a los bienes requiere la investigación de esos bienes. Una vez que el legislador escogió el segundo sistema, quiso huir de toda averiguación inquisitiva de la

(43) «... Esta dote consistirá en la mitad de la legítima rigurosa presunta. Si la hija tuviere bienes equivalentes a la mitad de su legítima, cesará esta obligación; y si el valor de sus bienes no llegare a la mitad de la legítima, suplirá el dotante lo que faltare. El juez hará la regulación sin más investigaciones que la declaración de los padres dotantes, y la de los parientes más próximos de la hija que sean varones y mayores de edad, uno de la línea paterna y otro de la materna» (art. 1269).

(44) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., comentario al art. 1.269, pág. 283.

(45) *Vid. Observaciones al proyecto de Código Civil español*, Burgos, 1852.

(46) *Vid. J. F. LASSO GAITE, Crónica de la Codificación española. 4: Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, vol. 1º, Madrid, 1970, pág. 269.

(47) La Ley de 24 de abril de 1958 suprime la cualidad de varones que se exigía a los parientes que eran reclamados para prestar declaración en estas cuestiones.

fortuna de los donantes, para lo cual prohibió tal investigación; asimismo, para evitar que los padres se vieran molestados con demandas y juicios costosos con los que se intentara exigirles el cumplimiento de su obligación, tuvo que marcar un procedimiento sencillo y dictar reglas especiales, lo más suaves posibles, para que se llevase a efecto el precepto legal ante el supuesto de resistencia de los padres y reclamación de los hijos (48).

También interpreta MANRESA que la cuantía que señala la ley no coincide en todo caso con la sexta parte del caudal (49), sino a la porción que dentro de ella deba corresponder a la hija, atendiendo al número de hermanos que existan en el momento de la donación. En su opinión no cabe racionalmente otra interpretación, porque en el caso de que un padre tuviese, por ejemplo, nueve hijas, no sería posible obligarle a que diese en dote nueve veces la sexta parte de su caudal; y añade que por legítima presunta hay que tomar la que correspondería a la hija en el momento de la donación (50).

En definitiva, no podrán dejarse de tener en cuenta a la hora de fijar la dote aquellos criterios tradicionales que atendían a la fortuna de los padres, a su posición social y al número de hermanos de la dotada.

## V. REGIMEN DOTAL

### V.1. PROPIEDAD, ADMINISTRACIÓN Y USUFRUCTO DE LOS BIENES DOTALES

#### V.1.1. *Situación anterior al Código Civil de 1889*

El derecho castellano tenía a la mujer como propietaria de los bienes dotales, pero debido a que el marido era el cabeza de familia y quien se encargaba de la administración del patrimonio conyugal, ella le entregaba dichos bienes, no para su consumo, sino para que los conservara, se hiciera cargo de los frutos, que debía emplearlos en el sostenimiento de las cargas del matrimonio, y, finalmente, se los restituyera al término de la sociedad conyugal. Desde el momento en que los bienes dotales entraban en poder del marido, éste comenzaba a ejercer sus funciones de administrador respecto de

---

(48) J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit, t. IX, comentario a los arts. 1.340-1.343, págs. 360-361.

(49) La legítima la constituyen los bienes a los que, como sucesión respecto de los padres, tienen derecho los hijos por ministerio de la ley. La misma equivale a los dos tercios de la herencia, pero como de uno de ellos pueden los padres mejorar a alguno de sus descendientes legítimos, quedaría como legítima rigurosa presunta sólo un tercio; de modo que la mitad de la legítima rigurosa presunta, que es la tasa de la dote, correspondería a la sexta parte de la herencia.

(50) *Ibid*

los mismos, los cuales permanecían en sus manos hasta el término de la unión conyugal. Las leyes de *Partidas* hacían una salvedad para el caso de que la dote se estimara en el momento de su constitución, con una estimación que causara venta. En este caso, los bienes dotales pasaban a propiedad del marido, mientras que la mujer veía incrementado su patrimonio con un crédito equivalente al valor de los bienes cuya propiedad había pasado al marido.

Este último aspecto va a ser puesto en tela de juicio por la doctrina decimonónica, que se interroga sobre la conveniencia de mantener la tradicional división entre dote estimada e inestimada, según se tasaran o no los bienes al constituirse la dote. La estimada, a su vez, se subdividía en *venditionis causa* y *taxationis causa*, según que la valoración causara o no venta de los bienes a favor del marido.

CÁRDENAS se muestra claramente contrario a esta distinción: «...¿en qué puede fundarse la diferencia entre la dote estimada y la inestimada? ¿En que unos bienes suelen apreciarse y otros no? ¿En que unos se consumen forzosamente con el uso y otros no se consumen? ¿En que siendo el marido dueño de la dote estimada y ganando los aumentos de ella, debe responder también de su disminución? Estas consideraciones no justifican los trascendentales efectos que se les atribuyen, pues con dar apreciados todos los bienes dotales o estimarlos por el precio en que se vendieron, o por el que se les dé al tiempo de traerlos a colación, cesan las dificultades de la dote inestimada. Con mandar que los bienes fungibles se restituyan en especie, no habrá inconveniente en su devolución; y con no hacer al marido dueño de la dote, no hay necesidad de atribuirle sus aumentos ni sus deterioros, ni de obligarle a restituir sino lo que legítimamente quede de lo que recibiera» (51).

Conforme el Proyecto de 1851 con esta doctrina, declara al marido usufructuario y administrador de la dote, sin distinguir entre la estimada y la inestimada (diferenciación a la que sí confiere determinados efectos en lo relativo a la restitución de la dote, como más tarde veremos). En relación a la administración marital, el Proyecto atiende al supuesto de que la mujer pudiera tener fundados motivos para considerar en peligro la dote, confiriéndole facultad para solicitar a los tribunales «limitar las facultades del marido, y dictar cualquiera providencia que pareciere conveniente para evitar aquel peligro». Lo mismo se prevé cuando el marido «no provea a la conveniente subsistencia de la familia» (art. 1.294). Las *Partidas* concedían a la mujer este derecho cuando «el marido viene a pobreza por su culpa». En cambio, el Proyecto —como señala GARCÍA GOYENA—, en la línea de los códigos modernos, prescinde de que el peligro de la dote venga o no de culpa del marido; si lo hay realmente es forzoso aplicar un remedio. Pero se aparta de

---

(51) F. CÁRDENAS, *De los vicios y defectos...*, cit., pág. 349.

los textos modernos para seguir el derecho romano y patrio —continúa GOYENA— en cuanto a no limitar la acción de la mujer y las facultades de los tribunales a la rigurosa separación de bienes. Entre este extremo y el peligro hay todavía medidas que, según las circunstancias particulares de cada caso, podrán adoptarse con igual éxito y sin «tanto ruido y desagrado» (52).

La Ley Hipotecaria de 1861 (art. 187) ratificará en este punto lo prescrito en las *Partidas* (4,11,29), disponiendo que cuando el marido no hubiere constituido hipoteca dotal y comenzare a dilapidar sus bienes, quedará a salvo a la mujer el derecho que le confieren las leyes para exigir que los que subsistan de su dote se le entreguen, se depositen en lugar seguro o se pongan en administración.

### V.1.2. *El Código Civil*

El Código de 1889, en cuya génesis participan en esta cuestión el derecho histórico y la publicación de la Ley Hipotecaria de 1861, sí atiende a la clasificación dote estimada/dote inestimada. La misma, sin embargo, ya no se basa en la valoración, sino en la naturaleza jurídica de la dote. En él no hay más que una dote estimada y otra inestimada, sin más distinciones. De la primera es propietario el marido; de la segunda, la mujer.

Dice el artículo 1.346 que será estimada la dote «si los bienes en que consiste se evaluaron al tiempo de su constitución, transfiriendo su dominio al marido y quedando éste obligado a restituir el importe», y que será inestimada «si la mujer conserva el dominio de los bienes, háyanse o no evaluado, quedando obligado el marido a restituir los mismos bienes». De estas definiciones resultan los caracteres esenciales de ambas. De la estimada, la evaluación necesaria de los bienes al tiempo de la constitución de la dote, la transferencia de su dominio al marido, la atribución al mismo del incremento o deterioro de la dote y la obligación marital de devolver el importe por el que la recibió. De la inestimada, la evaluación potestativa de los bienes, la conservación de su dominio por la mujer, la atribución a la misma del incremento o deterioro de la dote, la enajenación de los bienes por la mujer con consentimiento de su marido y la obligación de éste de restituir los mismos bienes que recibió, por regla general.

---

(52) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., comentario al artículo 1.294, pág. 307.

## A) Dote estimada

El marido detenta el dominio de los bienes dotales, que se le transfiere en virtud del acto de constitución de la dote (art. 1.346). Según LACRUZ, los bienes que comprende la dote estimada pasan en plena propiedad al marido y se disuelven en su patrimonio. Tales bienes dejan de ser dotales y apenas están sometidos a alguna regla especial, como la obligación de inscribirlos para hipotecarlos a continuación en favor de la mujer —si la hipoteca no se constituye sobre otros bastantes para garantizar la estimación de los dotales transferidos (art. 1.349, núm. 1.º), la obligación de depositar determinados bienes muebles (art. 1.355) y la prohibición de enajenar los que señala el artículo 1.359, ambas hasta la prestación de la garantía hipotecaria (53).

Sin embargo, como señala CASTÁN, con relación a la dote misma el marido es, más que dueño, deudor, pues es deudor del precio de estimación (54), idea de la que el Tribunal Supremo ha deducido que la mujer, respecto a terceros, no está desposeída en absoluto de los bienes dotales estimados (55).

Otros derechos del marido sobre los bienes dotales estimados, derivados de su posición de propietario de los mismos, son: pedir que se deshaga el error o agravio cuando se vea perjudicado por la valoración de la dote (así se establece en el artículo 1.348, que no concede el mismo derecho a la mujer (56); hacer suyo el incremento de la dote, como lo son también las disminuciones (art. 1.347); administrar los bienes y usufructuarlos a título de dueño, aunque sin olvidar que los frutos pertenecen a la sociedad de gananciales y se emplearán en el levantamiento de las cargas del matrimonio; disponer libremente de los bienes; si se trata de efectos públicos, valores cotizables o bienes fungibles, que no estén asegurados con hipoteca, puede el marido sustituirlos con otros equivalentes o enajenarlos, con consentimiento de la mujer si ésta fuese mayor, y con el de las personas a que se refiere el

(53) J. L. LACRUZ-M. ALBALADEJO, *Derecho de familia...*, cit., págs. 353-354.

(54) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, t 5.º, vol. 1.º, 10.ª edic... cit., pág. 572.

(55) La idea de que los bienes constituidos en dote estimada no quedan completamente desvinculados del patrimonio de la mujer palpita en el Código de Comercio y en la doctrina civil del Tribunal Supremo. El primero (art. 909, núm. 1.º) considera de dominio ajeno, por no haberse transferido al quebrado por un título legal e irrevocable. Los bienes dotales estimados que se conservaren en poder del marido, y concede a la mujer, frente a los acreedores de éste, el derecho de separar dichos bienes de la masa de la quiebra, si constare su recibo por escritura pública inscrita con arreglo a los artículos 21 y 27 de aquel Código. Y el Tribunal Supremo ha establecido que, siendo el marido deudor del precio, no debe considerarse a la mujer desposeída en absoluto de los bienes dotales estimados, y ha sacado de esta idea diversas consecuencias (Sentencias de 26 de mayo de 1908 y 31 de marzo de 1914).

(56) Las *Partidas* eran más justas en este punto, ya que le otorgaban también a ella la posibilidad de pedir que se deshiciera el error o agravio si se consideraba perjudicada por la valoración dada a los bienes de la dote estimada (P. 4,11,16).

artículo 1.352 si fuese menor, a condición, si los enajena, de invertir su importe en otros bienes, valores o derechos igualmente seguros (art. 1.359); enajenar sus bienes propios, hipotecados en seguridad de la dote, sin consentimiento de la mujer, dejando subsistente la hipoteca legal constituida sobre ellos a favor de aquélla (así lo establecía el artículo 189 de la Ley Hipotecaria de 1861 y, aunque las posteriores han prescindido de dicho precepto, cree CASTÁN hay que seguir entendiéndolo así (57).

La mujer, por su parte, se convierte en acreedora del marido por el importe de la estimación de los bienes cuya propiedad ha pasado a aquél. El crédito dotal no tiene hoy, a diferencia de lo que ocurría en el derecho histórico, un privilegio *per se*; abolida la hipoteca tácita, es preciso constituir hipoteca expresa para que adquiera rango preferente. De lo contrario, y tratándose de dote estimada entregada en escritura pública, sólo tendrá la condición de crédito escriturario, y habrá de graduarse con arreglo a su fecha, no teniendo preferencia sino sobre los créditos de fecha posterior. Así lo pone de manifiesto LACRUZ, y añade que en el Código Civil se refleja esto no sólo de una manera negativa, al no conceder privilegio alguno al crédito dotal, sino positiva (art. 1.422): la preferencia de la dote en la liquidación proclamada en el artículo 1.421, no existe frente a los acreedores (58).

La mujer tiene en la dote estimada derechos o garantías específicas, como son: pedir la constitución de la hipoteca dotal (arts. 1.349 y 1.352) y mientras no se constituya, pedir que los efectos públicos y valores cotizables se depositen a su nombre, con conocimiento del marido, en un establecimiento público de los destinados al efecto (art. 1.355); reclamar de su marido la subrogación de la hipoteca (o sea, la constitución de una hipoteca nueva en sustitución de la anterior) cuando con su consentimiento se extinga, reduzca o posponga la constituida para garantizar el importe de la dote (art. 183 de la Ley Hipotecaria); exigir la restitución del importe por el que fue valuada la dote (arts. 1.346, ap. 2.º, y 1.366) (59).

## B) Dote inestimada

La dote inestimada es una masa de bienes, propiedad de la mujer, sobre la que tiene el marido derechos muy amplios. Constituida inicialmente por los que ella aporta como dotales o en tal calidad le dona el marido o terceras personas, puede incrementarse por las adquisiciones de la mujer, constante

---

(57) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. 5.º vol. 1.º, 10.ª edic., cit., pág. 573, n. 1.

(58) J. L. LACRUZ-M. ALBALADEJO, *Derecho de familia...*, cit., págs. 354-355.

(59) *Vid.* J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. 5.º, vol. 1.º, 10.ª edic., cit., págs. 573-574.

matrimonio, a título lucrativo con carácter dotal. Estos bienes no responden de las deudas del marido por tratarse de bienes de la mujer, y tampoco responden ilimitadamente por las deudas de ésta.

Dispone el artículo 1.357 que «el marido es administrador y usufructuario de los bienes que constituyen la dote inestimada». Sin embargo, las facultades que ostenta sobre la dote inestimada exceden de las correspondientes a un administrador y usufructuario. Dice LACRUZ que el marido no puede ser comparado con el administrador extraño de un patrimonio ajeno, ni con un simple usufructuario: la dote es un patrimonio destinado al mantenimiento de la familia, y el marido, como jefe de la misma, la gobierna con libertad, si bien con el criterio de un *diligens pater familias*. Su derecho-deber no puede limitarse a los actos de simple administración o a la exclusiva percepción de los frutos: se asemeja al goce y administración de un propietario (60). Las facultades del marido sobre la dote inestimada han llegado a ser consideradas por algunos como la emanación de un derecho unitario *sui generis* de carácter familiar y absoluto, como una especie de *dominium civile*, cuyo titular, el marido, se halla equiparado a un poseedor de buena fe (art. 1.368).

Siguiendo a CASTÁN (61), los derechos que corresponden al marido sobre la dote inestimada pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1.º Administrar los bienes que constituyan la dote, teniendo, en general, los derechos y obligaciones anexos a esa administración (art. 1.357), sin poder dar en arrendamiento los inmuebles por más de seis años, y siendo en todo caso nulas las anticipaciones de rentas de tres o más años (62) (art. 1.363).

2.º Usufructuar los bienes de la dote, también con los derechos y obligaciones anexos al mismo que no sean objeto de modificación especial (art. 1.357); no estando obligado el marido a prestar la fianza de los usufructuarios comunes, pero sí a inscribir en el Registro, si no lo estuvieren, a nombre de la mujer y en calidad de dote inestimada, todos los bienes inmuebles y derechos reales que reciba en tal concepto, y a constituir hipoteca especial suficiente para responder de la gestión, usufructo y restitución de los bienes muebles (art. 1.358), y respondiendo del deterioro que por su culpa o negligencia sufran los bienes dotales (art. 1.360, apartado 2.º).

3.º En relación a las expensas y mejoras hechas por el marido en las cosas dotales inestimadas, el artículo 1.368 le aplica lo dispuesto en relación

(60) J. L. LACRUZ-M. ALBALADEJO, *Derecho de familia...*, cit., págs. 354-368.

(61) *Derecho civil español, común y foral*, t. 5º, vol. 1º, 10.ª edic., cit., pág. 574 y ss..

(62) G. BURÓN aplaude la limitación de tiempo que impone el Código al marido en este punto, que tiende a evitar que la mala fe del marido pueda hacer ilusorio el derecho de dominio que corresponde a la mujer (*Vid. Derecho civil español...*, cit., t. I, pág. 402).

al poseedor de buena fe. Por tanto, el marido puede exigir como tal el abono de los gastos necesarios (los que exige la conservación de las cosas, pues sin ellos éstas hubieran perecido o disminuido de valor), porque éstos se abonan a todo poseedor; y los útiles (aquéllos que aumentan el valor de las cosas con relación al que tenían antes), pudiendo retener la cosa hasta que se le satisfagan, si bien puede optar la mujer o sus herederos por abonar su importe o el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa; respecto de los de mero lujo o recreo (los que adornan las cosas sin hacerlas aumentar de valor), no le son abonables, como tampoco al poseedor de buena fe, pero puede llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa principal si no sufriere ésta deterioro, y si la mujer o sus herederos no prefieren abonar el importe de lo gastado (arts. 1.368, 453 y 454 CC). *Las Partidas* (4,11,32) habían establecido un sistema semejante, en virtud del cual el marido sólo podía exigir el abono de los gastos necesarios y útiles, no los de mero lujo, a no ser que con ellos hubiesen sido mejorados los bienes, aumentando sus productos.

4.º Corresponden al marido los frutos naturales o industriales de los bienes dotales inestimados desde que se alzan o separan y los civiles desde que se devengan (art. 451 y, por analogía, artículo 1.401, núm. 3.º). En la sociedad de gananciales dichos frutos se consideran comunes y, por ello, más que al marido corresponden a la sociedad conyugal.

5.º Intervenir en las enajenaciones de bienes hechas por la mujer, prestando su consentimiento a las mismas (art. 1.361).

6.º Sustituir o enajenar, con las mismas condiciones que en la dote estimada, los efectos públicos, valores cotizables o bienes fungibles no asegurados con hipoteca (art. 1.359)

En cuanto a la mujer, sólo cuando el marido contravenga los criterios de una buena administración, perjudicando la integridad de los bienes usufructuados sobre los que no puede disponer, podrá instar la adopción de medidas destinadas a mantener tales bienes en su integridad. A pesar de ello, la mujer goza de importantes derechos en relación a estos bienes (63): conservar el dominio de los bienes dotales (arts. 1.346 y 1.360), procediendo la inscripción de los inmuebles en el Registro, si no lo estuvieren ya, a nombre de la mujer y en su calidad de dote inestimada (art. 1.358); hacer suyo, en consecuencia, el incremento de la dote, así como son también de su cuenta los deterioros (art. 1.360, apdo. 1.º); exigir al marido responsabilidad de los deterioros que los bienes hayan sufrido por culpa o negligencia de éste (art. 1.360, apdo. 2.º); prestar su consentimiento para los arrendamientos a que se refiere el artículo 1363 antes citado; enajenar, gravar e hipotecar los bienes,

---

(63) Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. 5.º, vol. 1.º, 10.ª edic., cit., págs. 574-575.

con consentimiento de su marido (art. 1.361, apdo. 1.º); exigir del marido constitución de hipoteca por el importe de los bienes enajenados (art. 1.361, apdo. 2º) (64); comprometer los bienes de la dote inestimada en los términos del artículo 1.362, a cuyo tenor responden aquéllos de los gastos diarios usuales de la familia, causados por la mujer o de su orden, bajo la tolerancia del marido, si bien debiendo hacerse previamente exclusión de los bienes gananciales y de los del marido.

## V.2. ENAJENACIÓN DE LOS BIENES DOTALES

El derecho romano trató de asegurar con la dote un patrimonio intangible a la familia, haciendo muy difícil la enajenación de los bienes dotales, aun con el acuerdo de ambos cónyuges. En esta misma línea, las *Partidas* (4,11,7) prohibieron al marido vender «nin enagenar, nin malmeter mientras que durase el matrimonio, la dote que rescibió della; fueras ende, si la diese apreciada porque si acaesce que se departa el matrimonio, que finque á cada uno dellos libre é quitto lo suyo».

Este rigor había desaparecido en el derecho español en virtud de la práctica, pues se consideraban válidas las enajenaciones con tal de que interviniera la mujer en el contrato, prestase su permiso jurado y renunciase especialmente a sus derechos. Y para hacerle menos gravosa dichas enajenaciones, podía ella reclamar en los bienes de su marido el precio en que se vendió la finca dotal, y no siendo suficientes, recobrar del comprador dichos bienes o su importe, a elección de éste. Esto no se permitía, sin embargo, cuando ella celebraba por sí sola el contrato de venta con licencia de su marido y recibía el precio, ni si cuando consintió y juró el contrato, el marido no tenía bienes con que reintegrarle su importe, aunque si era gravemente engañada o perjudicada, podía reclamar, precediendo la relajación del juramento (65).

La propuesta de la Comisión de Códigos en el tema presenta algunas ventajas respecto del sistema anterior, aunque no por ello deja de tener también algunos inconvenientes. El Proyecto de Código Civil de 1851 permite al marido disponer de los bienes dotales muebles, pero está obligado a constituir hipoteca por ellos antes o al tiempo de recibirlos, y si no tuviera inmuebles propios, hipotecará los primeros que adquiriera para sí o para la sociedad legal (arts. 1.278 y 1.279). En este momento todavía la garantía de la que gozan

---

(64) El Código sólo habla de que «los enajenare», pero se cree que procederá también esta hipoteca cuando la mujer grave o hipoteque los bienes de su dote inestimada, porque es principio de derecho que el gravamen e hipoteca están equiparados hipotecariamente a la enajenación en sentido estricto.

(65) Vid. G. BURÓN GARCÍA, *Derecho civil español...*, cit., pág. 413.

estos bienes es la hipoteca general tácita, aunque los autores ven ya las ventajas que reportaría una hipoteca especial, que salvaría muchos fraudes en perjuicio de terceros (66).

En cuanto a los inmuebles dotales, la regla general será que ni el marido, ni la mujer, ni ambos conjuntamente, pueden enajenar ni obligar los bienes raíces dotales, salvo en ciertos casos y con determinadas condiciones. Así, el marido podrá enajenarlos siempre que haya asegurado la restitución de su valor con hipoteca especial, constituida en las capitulaciones matrimoniales o después, pero con intervención de los padres o de los dos parientes más cercanos de la mujer, o constituyendo la hipoteca sobre los mismos bienes que enajena (arts. 1.280 y 1.281). CÁRDENAS entiende que la necesidad de vender estos bienes es poco frecuente y dicha venta pone mucho más en peligro la subsistencia de la dote que la venta de los muebles; por ello, el legislador establece mayores dificultades para la enajenación de estos bienes (67).

J. ESCOBAR critica la innovación que introduce el Proyecto en el artículo 1.281, esto es, que se permita al marido enajenar los bienes inmuebles dotales sin el consentimiento de su mujer —requisito exigido hasta entonces por el derecho— sustituyendo dicho consentimiento por una hipoteca que responda del valor de la finca vendida. Aunque GARCÍA GOYENA había entendido que en el artículo se presupone también el requisito del consentimiento de la mujer, ESCOBAR no lo cree así, pues si esa hubiera sido la intención de quienes elaboraron el artículo, lo habrían establecido expresamente. Tampoco está de acuerdo este autor con GOYENA en que el precepto sea una mejora del derecho existente, pues si radica en que se satisface la exigencia de interés público de que no esté fuera de circulación durante el matrimonio la masa de inmuebles dotales, aunque esto se consigue con el fondo que se enajena, no ocurre lo mismo con el que se hipoteca, ya que la finca sujeta a fianza no es enajenable. La innovación del Proyecto introduce, según ESCOBAR, dos perjuicios: 1.º, que, al no necesitarse para la enajenación el consentimiento de la mujer, puede ocurrir que ésta vea desaparecer de su caudal, por la enajenación caprichosa del marido, aquellas fincas a las que tenga un afecto especial; y 2.º, que, pudiendo el marido constituir la hipoteca en la forma prevista en el artículo 1.285, puede que esa garantía no satisfaga los deseos ni la seguridad de los intereses de la mujer, a la cual no hay que consultar, a pesar de ser más interesada que los parientes y personas que se mencionan en él (68).

---

(66) Vid. F. CÁRDENAS, *De los vicios y defectos...*, cit., págs. 349-350.

(67) *Ibid.*

(68) J. ESCOBAR, «Algunas reflexiones sobre el Proyecto del Código Civil español», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año tercero, t. VII, Madrid, 1855, pág. 135 y ss, esp. págs. 137-138.

En los casos en que convenga al matrimonio la enajenación de algunos bienes inmuebles dotales, y no sea posible constituir hipoteca que garantice su devolución, el proyecto permite dicha venta exigiendo para ello la autorización del juez y otras condiciones: que se pruebe la necesidad de enajenar; si tiene por objeto alguna transacción o permuta, u otra causa de considerable utilidad, han de solicitar la enajenación ambos cónyuges; cuando la misma tenga por objeto favorecer a algún descendiente o cumplir algún oficio de piedad respecto al marido, ascendientes o descendientes, habrá de solicitarlo la mujer, ser oído el marido y quedar bienes con que cubrir las cargas del matrimonio; en todo caso la venta habrá de hacerse en subasta pública y sólo de los bienes que basten para cubrir la atención de que se trate (art. 1.282). Además, se establece que la disminución que experimente la dote por esta causa es indemnizable a la mujer sólo en cuanto haya aprovechado al marido (art. 1.283).

El sistema de inalienabilidad se consideró contrario a la circulación de la riqueza y a los mismos intereses de la familia. Por ello, la Ley Hipotecaria de 1861 (69), rompiendo con los principios de las *Partidas* y de acuerdo con la legislación desvinculadora de la época y las aspiraciones más generales estableció en su artículo 188, aunque con redacción técnicamente defectuosa, la libre alienabilidad de los bienes dotales conjuntamente por el marido y la mujer: «quedando a salvo a la mujer el derecho de exigir que su marido le hipoteque otros bienes, si los tuviere, en sustitución de los enajenados o gravados, o los primeros que adquiriera cuando carezca de ellos al tiempo de verificarse la enajenación o de imponerse el gravamen».

Luego, el artículo 1.361 del Código Civil va a disponer que «la mujer puede enajenar, gravar e hipotecar los bienes de la dote inestimada, si fuese mayor de edad, con licencia de su marido, y, si fuere menor, con licencia judicial e intervención de las personas señaladas en el artículo 1.352. Si los enajenare, tendrá el marido obligación de constituir hipoteca, del propio modo y con iguales condiciones que respecto a los bienes de la dote estimada».

Los bienes dotales estimados, por su parte, se pueden enajenar, gravar e hipotecar por el marido, porque son suyos (art. 1346). Ciertamente es que pueden estar hipotecados para seguridad de la restitución de la dote, pero, como señala CLEMENTE DE DIEGO, por la enajenación no desaparece la hipoteca, y las que imponga nuevas serán posteriores a la de la mujer. Si la dote estimada consiste en muebles, no hay duda que puede enajenarlos, porque es dueño de ellos, y la mujer no perderá, porque estarán suficientemente garantizados (70).

---

(69) En su Exposición de Motivos explicaba que «el derecho antiguo dejaba fuera de circulación la gran masa de bienes dotales en perjuicio de las necesidades del propietario, que en medio de riquezas considerables puede encontrarse reducido a la indigencia».

(70) F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, Nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, t. II, Madrid, 1959, págs. 521-522.

En relación a los inmuebles, establece el Código que si se vende una finca o derecho real, y en equivalencia se adquiere dinero, valores u objetos muebles, el marido tiene obligación de constituir hipoteca, como si se tratara de dote estimada (art. 1.361, apdo. 2.º). Si no se tratara de venta y sí de permuta, la obligación del marido consistirá en inscribir a favor de la mujer, y con la cualidad de dotales, las fincas o derechos adquiridos. En cuanto a los muebles, la cosa dada será sustituida por la recibida o por su precio o equivalente.

Finalmente, y en relación a los bienes fungibles, valores o efectos no asegurados con hipoteca, establece la ley que el marido deberá sustituirlos por otros equivalentes o invertir su importe en otros bienes, valores o derechos igualmente seguros (art. 1.359).

## VI. ASEGURAMIENTO DE LA DOTE

Al tener la dote como objeto atender las cargas del matrimonio, y al ser un patrimonio que debe ser devuelto a la mujer o sus descendientes al término de la unión conyugal, los bienes que la integran o su importe deben conservarse en la sociedad conyugal todo el tiempo que ésta dure, debiendo la ley adoptar para su conservación todas las garantías necesarias. Las medidas existentes en el derecho decimonónico español para la conservación de la dote resultan insuficientes o perjudiciales. De ello nos da noticia CÁRDENAS (71), que nos hace una descripción muy clara de la situación con la que se encuentra el legislador en 1851 cuando se dispone a abordar esta cuestión. Explica que el marido, como dueño de la dote estimada, puede enajenarla libremente sin más responsabilidad que devolver su precio bajo la garantía de la hipoteca tácita de todos sus bienes; pero como todos los maridos no son acaudalados, suelen disiparse las dotes de las mujeres, se deja de atender con ellas las cargas del matrimonio y cuando éste se disuelve, no hay bienes para restituir su importe. Otras veces, aprovechándose el marido de la dote de su mujer, realiza especulaciones arriesgadas, pero de cuyo beneficio, si lo hubiere, ha de participar la sociedad conyugal; contrae deudas, y cuando llega el momento de pagarlas, invoca los privilegios del crédito dotal, deja burlados a sus acreedores y la mujer no pierde nada de sus bienes, a pesar de haber participado en las ganancias. En cuanto a la dote inestimada, el marido no puede enajenar ni obligar los bienes en que consista, porque se lo prohíbe expresamente la ley; pero a pesar de la prohibición, en la práctica suelen hacerse enajenaciones si intervienen determinados requisitos. Así, el derecho canónico permite la enajenación del fondo dotal inestimado siempre que la mujer consienta a ello con juramento; y aunque esto es inconsecuente con los prin-

---

(71) F. CÁRDENAS, *De los vicios y defectos...*, cit., págs. 350-351.

cipios que determinan la inalienabilidad de la dote y la fuerza del juramento en los contratos, lo admiten la mayor parte de los autores, eludiendo la ley de *Partidas* que dispone lo contrario.

El sistema de garantías que protege la dote es susceptible de división, a la hora de realizar un análisis más detallado, en virtud de la persona que las preste.

#### VI.1. GARANTÍA DE LA DOTE PRESTADA POR EL CONSTITUYENTE: RESPONSABILIDAD POR EVICCIÓN

En el derecho romano, si la dote era estimada, el constituyente estaba obligado a prestar la garantía, porque se consideraba al marido como comprador. Si era inestimada y se había constituido bajo la forma de la *promissio* o de la *dictio*, sucedía lo mismo, porque, habiendo contraído el constituyente la obligación de transferir la propiedad, no podía decirse que lo había conseguido dando cosas susceptibles de evicción; pero se si había constituido bajo la forma de la *datio*, como el constituyente sólo declaraba que aquéllos eran los bienes que daba en dote, únicamente era responsable de evicción en el caso de que la hubiera estipulado expresamente.

En nuestro derecho histórico, las *Partidas* habían establecido la responsabilidad por evicción en tres supuestos: cuando se prometió la dote, cuando hubo dolo en su constitución y cuando la cosa dotal se dio estimada con una estimación que causó venta. Este último supuesto era criticado por la doctrina, ya que no parecía equitativo por parte de la ley que se sujetara en todo caso a la evicción y saneamiento de las cosas dadas en dote apreciada al que la constituía. Según CÁRDENAS, para determinar este punto deberían tenerse en cuenta la obligación del dotante, el perjuicio de la dotada y si hubo o no fraude en la constitución dotal. Estando el padre obligado a dotar a sus hijas, si alguna de ellas pierde su dote a consecuencia de la evicción, o una parte de ella, de forma que le quede menos de la mitad de su legítima, es justo que pueda reclamar del padre una dote nueva o el complemento de la que le corresponde. Pero si la pérdida que sufre la hija no deja reducida su dote a menos de la mitad de su legítima, o si el que la dio no tenía obligación de dotarla, tanto éste como el padre son verdaderos donantes y no deben responder de la evicción, salvo que expresamente se obliguen a ello. Si hubo fraude en la constitución de la dote, no sería lícito que quien obró de mala fe no respondiera del perjuicio causado (72). Esta es también la doctrina del Proyecto de 1851, que en su artículo 1.270 establece que quienes tienen obliga-

---

(72) F CÁRDENAS, *Op. cit.*, pág. 347.

ción de dotar y quienes no teniéndola, constituyeron la dote fraudulentamente, quedan sujetos a responsabilidad por evicción.

Cuando la dote se constituye voluntariamente por quien no tiene obligación de hacerlo, se entiende *a contrario sensu* que el constituyente no queda sujeto a la responsabilidad por evicción; lo contrario supondría un perjuicio para el dotante, que optaría por no constituir aquella dote.

El artículo 1.270 del Proyecto de 1851 no se recoge en el Código Civil de 1889, que a diferencia de otros códigos extranjeros, no dice nada sobre garantía de la dote por el constituyente. Este silencio significa que no hay, en principio, saneamiento de dote. El artículo 1.339 nos lleva, para suplir las normas de la dote, no a las de la venta, sino a las de la donación, entre las cuales está el artículo 638, que prescribe que el donante no está obligado al saneamiento de las cosas donadas.

CASTÁN cree, sin embargo, que no habría inconveniente en admitir que tendrá excepcionalmente obligación de responder de evicción el constituyente de la dote en los casos siguientes: 1.º, si la dote tiene el concepto de obligatoria; 2.º, si se ha prometido o estipulado expresamente la evicción; 3.º, cuando la evicción proceda de dolo o fraude del donante (arts. 1.102 y 1.397); 4.º, cuando se trate de donación que imponga cargas al donatario y en los límites de dichas cargas (73).

## VI.2. GARANTÍA DE LA DOTE PRESTADA POR EL MARIDO

Desde el derecho romano el marido está obligado a restituir la dote, en especie o en valor, según su naturaleza. Para ello es necesario el establecimiento de determinadas garantías, entre las cuales destaca casi por su exclusividad la hipoteca dotal. Justiniano establece ya una hipoteca tácita general sobre los bienes del marido, a favor de la mujer y de aquellos que pueden pedir la restitución de la dote, hipoteca que nace el día del matrimonio, y que es privilegiada sobre todas las demás, incluso anteriores al matrimonio. Esta hipoteca dotal, a través del Derecho común, pasa a las *Partidas* (5,13,23 y 5,13,33) con los caracteres de general (porque recaía sobre todos los bienes del marido, presentes y futuros), tácita (se constituía sin palabras o sin ser necesaria la reclamación de la mujer, supuesta la celebración del matrimonio y la entrega de la dote), legal (era impuesta por ministerio de la ley) y privilegiada (se concedió a la mujer, por el favor que ha merecido al legis-

---

(73) Todo ello se ve reforzado, después de la reforma de 1981, por lo dispuesto en el artículo 1.340: «El que diere o prometiere por razón de matrimonio sólo estará obligado a saneamiento por evicción o vicios ocultos si hubiere actuado con mala fe» (Vid J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. 5.º vol. 1.º, 10.ª edic., cit., págs. 575-576).

lador la conservación de la dote, el beneficio de prelación sobre otros acreedores del marido, excepto de la Cámara del rey). Así duró hasta que la Ley hipotecaria de 1861, al establecer los principios de especialidad y publicidad, la sustituyera por una hipoteca especial y expresa, sujeta a los mismos principios que las restantes hipotecas. La ley, desde entonces, se limita a facultar a determinadas personas para pedir su constitución, a compeler al marido para constituirla y, en un caso especial, a presumir *iuris et de iure* la voluntad de hipotecar del marido. La hipoteca, por otra parte, no es condición *sine qua non* para la constitución de la dote, con el fin de facilitarla al máximo.

En nuestro Código Civil, las garantías establecidas para asegurar la restitución de la dote son las siguientes: la inscripción como propios de la mujer de los inmuebles que constituyen la dote inestimada (arts. 1.358 CC, 169-2.º LH, y 254 y 256 RH); la hipoteca dotal por el importe de la estimación de los muebles de la dote inestimada y de todos los bienes de la estimada (art. 1.351 y concordantes); la obligación de hipotecar los bienes futuros de que tratan los artículos 1.354 CC, 180 LH y 258 RH. Hay un caso en que la no prestación de garantía obliga a tomar medidas especiales (art. 1.355, concordante con el 1.384): «Siempre que el todo o una parte de los bienes que constituyan la dote estimada consista en efectos públicos o valores cotizables, y mientras su importe no se halle garantizado por la hipoteca que el marido está obligado a prestar, los títulos, inscripciones o documentos que le representan se depositarán a nombre de la mujer, con conocimiento del marido, en un establecimiento público de los destinados al efecto».

Hay que diferenciar (según hacen todos los autores, siguiendo el método del maestro JULIÁN ARRIBAS) cuatro hipótesis, combinando las divisiones de la dote en estimada o inestimada, mueble e inmueble, para determinar la forma en que el marido debe cumplir su obligación de garantizar la dote de su mujer (74).

1.º Respecto de la dote estimada inmueble, el marido está obligado a hipotecar en favor de la mujer los mismos bienes inmuebles y derechos reales que reciba u otros bastantes para garantizar la estimación de aquéllos (arts. 1.349-1.º CC y 169-1.º LH). El Código, a diferencia de la Ley Hipotecaria antigua, que sólo hablaba de la hipoteca constituida sobre los mismos bienes dotales, admite también la constituida sobre otros distintos. El nuevo texto se ha fundado —dice CASTÁN— en que puede convenir al marido y no perjudicar a la mujer quedar dueño absoluto, sin gravamen, de los bienes que forman la dote estimada inmueble. Sin embargo, en algún caso esa facultad puede ser perjudicial para la mujer, como en aquél en que el valor de los bienes hipotecados por el marido no guarde relación exacta con el de los inmuebles

---

(74) Seguimos a CASTÁN (*Op. cit.*, págs. 669-673). *Vid.* además, G. BURÓN GARCÍA, *Derecho civil español...*, cit., págs. 408 y ss.

componentes de la dote, cosa que es imposible que ocurra cuando los mismos bienes recibidos son los responsables de su estimación (75).

2.º En cuanto a la dote estimada mueble, si puede constituirse hipoteca, el marido está obligado a asegurar con hipoteca especial suficiente los bienes que se le entreguen (art. 1.349-2.º CC y 169-3.º LH). La misma puede ser constituida por el marido o una tercera persona en su nombre y la cantidad que debe asegurarse no excederá del importe de la estimación (art. 1.350 CC). En cuanto a la posibilidad de su reducción, si se redujere el importe de la dote por exceder de la cuantía que el derecho permite, se reducirá la hipoteca en la misma proporción (art. 1.350 CC y 176 LH). Dejará de surtir efecto la hipoteca y podrá cancelarse siempre que por cualquier causa legítima quede dispensado el marido de la obligación de restituir (art. 1.351 CC y 174 LH).

Si no puede constituirse hipoteca, para asegurar la dote estimada mueble se prevé una doble garantía. Primera, la obligación de hipotecar los bienes futuros: si el marido careciese de bienes propios con que constituir la hipoteca lo declarará así y se obligará a hipotecar los primeros inmuebles o derechos reales que adquiriera (art. 1.354 CC), pero sin que esta obligación pueda perjudicar a terceros mientras no se inscriba la hipoteca (art. 186 LH y 220 RH). Segunda, el depósito de los efectos públicos o valores cotizables: mientras su importe no esté garantizado por la hipoteca, los títulos, inscripciones o documentos de aquéllos, se depositarían a nombre de la mujer, con conocimiento del marido, en un establecimiento público de los destinados al efecto (art. 1.355 CC). Dice MANRESA que el requisito de que se depositen a nombre de la mujer significa que no se realiza la transmisión del dominio a favor del marido, sino que se suspende la transferencia, quedando realmente como inestimada la dote hasta que se constituya la hipoteca legal procedente (76). La frase «con conocimiento del marido» que se incluye en la ley no resulta suficientemente explícita. Cree CASTÁN que el Código debiera emplear, en su lugar, la de «intervención del marido», pues si éste sólo tuviera conocimiento y no otra intervención, la mujer podría retirar aquellos valores en cualquier momento (77).

3.º La tercera posibilidad a tener en cuenta es la del aseguramiento de la dote inestimada inmueble. Respecto de ella, no hace falta hipoteca, porque los inmuebles llevan en sí mismos la seguridad de su restitución mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad. Por ello la ley se limita a ordenar que se inscriban dichos bienes como propios de la mujer, expresando su

---

(75) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, 5.ª edic., cit., t. 3.º, pág. 670.

(76) J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., t. IX, comentario a los arts. 1.347-1.355, pág. 403.

(77) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, 5.ª edic., cit., t. 3.º, pág. 671.

cualidad de dotales inestimados (art. 1.358 CC y 173, apdo. 2º, LH), y si ya estaban inscritos a nombre de ella, que se haga constar por nota marginal dicha cualidad (art. 173, apdo. 2º, LH).

4.º Finalmente, para asegurar la dote inestimada mueble, se aplican en su garantía las mismas reglas de la dote estimada (art. 1.356 CC), pues aunque retenga el dominio la mujer y el marido tenga obligación de devolver los mismos bienes, éstos pueden desaparecer, haciendo ilusorio el derecho de aquélla.

## VII. RESTITUCION

### VII.1. CAUSAS QUE LA PROVOCAN

Desde las *Partidas*, el destino normal de la dote era retornar a la mujer —quien a pesar de no tener la posesión seguía siendo su propietaria— o a sus herederos tras la disolución del matrimonio. La causa más común que provocaba este efecto era la muerte de uno de los cónyuges, aunque hubo otras que también se tuvieron en cuenta, como la nulidad del matrimonio e, incluso, la separación. En esta línea, el Proyecto de Código Civil de 1836 prevé que la restitución de la dote tenga lugar no sólo tras la muerte de uno de los cónyuges, sino también cuando el matrimonio se declare nulo o exista sentencia judicial de separación. En este último caso, si la causa de la separación radica en adulterio de la mujer, perderá la mitad de los bienes dotales en favor de su marido (arts. 1.563-1.566). El Proyecto de 1851, por su parte, se referirá a la disolución del matrimonio y a la declaración de nulidad del mismo, así como a aquellos casos en que pasa a la mujer la administración de la dote, aparte de los supuestos en que así lo declaren los tribunales (art. 1.295). Este precepto pasó al Código Civil de 1889, en cuyo artículo 1.365 puede leerse: «La dote se restituirá a la mujer o a sus herederos en los casos siguientes: 1º. Cuando el matrimonio se disuelva o se declare nulo. 2º. Cuando se transfiera a la mujer la administración de su dote en el caso previsto por el párrafo segundo del artículo 225. 3º. Cuando los tribunales lo ordenen con arreglo a las prescripciones de este Código».

Junto a la inhabilitación del marido como administrador de la dote y la disolución del matrimonio, habría que tener también en cuenta entre las causas que dan lugar a la restitución de la dote, las circunstancias de condición o plazo que se estipulen en el acto de su constitución cuando se trate de dote voluntaria (78).

---

(78) Hoy habría que aludir a una nueva circunstancia, la mutación del régimen económico matrimonial, al amparo del artículo 1.320, tal como fue redactado en 1975, y

Las leyes de *Partidas* incluían algunos casos en los que el marido no estaba obligado a restituir la dote: cuando la mujer es condenada por adulterio (79), cuando ambos consortes lo hubiesen pactado para el caso en que muera ella antes que él, por costumbre del país y cuando el matrimonio se disuelve o anula por algún impedimento dirimente que la mujer ocultó con malicia y él ignoraba al tiempo de celebrar el contrato (*Partidas* 4,11,23 y 5,14,50). CÁRDENAS critica todos estos supuestos, calificándolos de inconvenientes y peligrosos. El primero de ellos da ocasión «á que algunos hombres de costumbres depravadas abandonen ó inciten á sus mujeres al adulterio y la corrupcion, á fin de ganarles las dotes que aportaron, satisfaciendo con este tráfico inícuo su indigna codicia»; no imponiéndolo ya el Código Penal, debe desaparecer también de la ley civil. Los otros casos tampoco están en uso, por lo que el Proyecto de Código Civil de 1851 (y antes el de 1836), no dispensa al marido por ningún motivo de la restitución de la dote (80).

Del Código Civil de 1889 pueden deducirse, sin embargo, determinados supuestos en los que no tiene lugar dicha restitución:

----- En relación a la separación o divorcio, la mujer culpable pierde la dote constituida por el marido inocente o por otra persona en consideración a éste (arts. 73, núm. 3º, y 1351) (81). En cambio, no gana el marido la dote constituida en contemplación a la mujer, que es la más frecuente, ni aún en el caso de adulterio, que tomaba en cuenta el derecho anterior al Código.

— La mujer pierde el derecho a la restitución de su dote cuando procede de donación que le hizo el marido antes del matrimonio y éste se declara nulo, mediando, por parte de ella, mala fe (arts. 1.333, núm. 3º, 1.373 y 1.378).

— Por convenio, cuando en las capitulaciones o en acto anterior al matrimonio se acuerda que al disolverse el mismo queden, bajo determinado supuesto, los bienes dotales como propiedad del marido, o cuando en el momento de la restitución la mujer o sus herederos ceden al marido la dote. Para SÁNCHEZ ROMÁN, dada la libertad con que las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse, a tenor del originario artículo 1.315, el pacto de no

---

que corresponde al vigente artículo 1.317. Y el número primero del citado artículo 1.365 habría que interpretarlo ahora conforme al artículo 85 y entender, por tanto, que la dote ha de restituirse no sólo en el caso de muerte de cualquiera de los cónyuges, sino también por declaración de fallecimiento y sentencia firme de divorcio.

(79) Vid. M. J. COLLANTES DE TERÁN, «El delito de adulterio en el derecho general de Castilla», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXVI (1996), págs. 201-228, esp. págs. 223-228.

(80) F. CÁRDENAS, *De los vicios y defectos...*, cit., págs. 355-356.

(81) Tras la reforma de 1981, aquellos artículos han quedado derogados y las consecuencias patrimoniales de la separación se articulan sin tener en cuenta la culpabilidad o inocencia de los cónyuges, por lo que habría que replantearse esta cuestión.

restitución de la dote será válido, siempre que con él no se desconozcan derechos de otras personas, como serían los de la prole, por razón de su legítima (82). LACRUZ también acepta dicho pacto, pero advirtiendo que altera la esencia de la dote, convirtiéndola en una aportación de caracteres especiales (83).

— Por confusión, cuando el marido es heredero de la mujer, por testamento o abintestato, en concepto de pariente o de cónyuge (art. 952).

## VII.2. FORMAS DE RESTITUCIÓN

En relación a este punto, se ha insistido siempre en la preferencia del pacto que los consortes incluyan en las capitulaciones matrimoniales. A falta de pacto, la regla general fue la devolución de los mismos bienes de la dote inestimada (siendo no fungible), otro tanto de la misma especie (en los fungibles no tasados), el valor con que hubiesen sido apreciados, en la estimada, o el precio en que hubiesen sido enajenados los inmuebles de la dote inestimada.

Siguiendo estas líneas fundamentales, la regulación que establece el Proyecto de 1836 (arts. 1.550-1.578) es la siguiente (84):

— Bienes muebles formalmente apreciados por peritos. Al término del matrimonio o a más tardar dentro del año siguiente, el marido tendrá que restituir la misma cantidad, si se trata de dinero, o su valor al tiempo de la entrega si se trata de bienes que se consumen con el uso. La pérdida o deterioro de dichos bienes será de cuenta y riesgo del marido, incluso cuando provenga de caso fortuito, puesto que es su propietario.

— Bienes muebles no apreciados por perito. Estos bienes deben ser empleados en utilidad de la sociedad conyugal y si son vendidos o empleados con este fin con el consentimiento de la mujer, no tienen que serle restituidos tras la disolución del matrimonio. Si el marido los utiliza en beneficio propio, debe restituir a la mujer el valor de lo utilizado con este fin al término del matrimonio o dentro del año siguiente. El marido sólo será responsable de la pérdida o deterioro de estos bienes si no ha puesto en su administración el mismo cuidado que en sus bienes privativos. Como novedad se especifica que «el deterioro de los muebles que sirven de adorno o comodidad en las cosas es de cuenta de los dos consortes, a no probarse que aquél procedió de culpa

(82) F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil...*, cit., t. V, vol. 1, pág. 760.

(83) J. L. LACRUZ-M. ALBALADEJO, *Derecho de familia...*, cit., pág. 380, n.º 3.

(84) Vid. M. J. COLLANTES DE TERÁN, *La economía del matrimonio en el Proyecto de Código Civil de 1836*, cit., págs. 177-179.

o abandono del marido, en cuyo caso éste sólo será responsable del menoscabo» (art. 1.558).

— Bienes inmuebles. Los bienes de esta naturaleza que puso la mujer en manos del marido, o los adquiridos en su lugar, deberán ser restituidos a aquélla en todo caso inmediatamente tras la disolución del matrimonio.

El Proyecto de 1851, por su parte, obliga al marido a devolver los inmuebles dotales en el estado en que se hallaren, si subsisten al tiempo de la entrega, y su precio si hubieran sido enajenados. En cuanto a los bienes muebles sigue distinta regla: si fueran estimados y subsistieran, podrá optar la mujer entre recibirlos en el estado en que se hallen o tomar su precio; si no fueron estimados, los devolverá el marido en el estado en que se encuentren, y si no existieran entregará el precio en que fueron enajenados o el que se probara que tuvieron. Y como el marido suele perjudicarse entregando en dinero el precio de los muebles dotales que, usándose, se consumieron, se le permite restituir su precio en otros bienes de la misma especie (arts. 1.276, 1.296, 1.298 y 1.299). Los créditos o derechos aportados en dote serán restituidos en el estado que tengan, a no ser que por negligencia del marido se hubieren dejado de cobrar o resultaran incobrables, en cuyo caso tendrá la mujer o sus herederos la facultad de exigir su importe (art. 1.302).

Respecto al último punto señala ESCRICHE —teniendo delante las *Partidas* (4,11,15) que cuando la dote comprende créditos o derechos a favor de la mujer, que el marido no pudo hacer efectivos a pesar de haber practicado las diligencias convenientes, no habrá más obligación que la de restituir los títulos o documentos que los contengan. Pero si el cobro dejó de efectuarse por negligencia o culpa del marido, y entre tanto el deudor cayó en insolvencia, debe cubrirse con los bienes del marido el importe del crédito que hubiese llegado a ser incobrable, a menos que el deudor fuese padre o ascendiente de la mujer, porque no puede apremiarse judicialmente al padre o al suegro (85). TAPIA había insistido también en esta cuestión —fijándose en la misma ley de *Partidas*— y señalaba que siendo el deudor un extraño, deberá hacerse una triple distinción: si la deuda fuera necesaria, por proceder de venta o empréstito de alguna finca o alhaja de la mujer, o de contrato oneroso celebrado a favor de ella, el marido estará obligado a satisfacer íntegramente la deuda si por su culpa o negligencia se quedó sin cobrar; si la deuda fuera voluntaria y consistiera en cosa cierta y determinada, incluyéndola como tal la mujer en su dote y fuere el marido negligente en cobrarla, dando lugar a que se imposibilite su cobro, estará obligado a satisfacerla de sus propios bienes a la mujer; pero si la deuda voluntaria consistiera en cosa incierta, por ejemplo, cuando uno ofrece dar

---

(85) J. ESCRICHE, s.v. «dote», en *Diccionario razonado...*, cit., t. 2.º, pág. 732.

a la mujer alguna cosa o cantidad diciendo al marido que le entregará lo que ofreció a su mujer, sin designarlo, nada tiene que satisfacer (86).

Los gastos hechos en el cobro de los créditos dotales deben ser de cuenta de la mujer, y no del marido, como se especificaba en el Proyecto de 1851, y en ello insisten los autores alegando diversas razones. ESCRICHE hace referencia a la utilidad que con ello obtiene la mujer y a la disminución que experimenta el importe de los créditos que el marido recibe como dote (87). TAPIA, por su parte, trae a colación diversos motivos: 1.º, porque la dote debe ser líquida y efectiva, y por ello cuando se hacen gastos para cobrar deudas es evidente que debe disminuirse aquéllas en lo que éstos importen, pues sería injusto que el marido restituyera una cantidad que no entró en su poder; 2.º, porque las expensas necesarias hechas en la finca dotal son de cuenta de la mujer según la ley y el marido puede repetir las; 3.º, pues sólo cuando hay culpa o negligencia de parte del marido se le imputa la falta de cobro, y en sentido contrario, cuando hace gastos en pleitos o diligencias dirigidos al cobro no hay negligencia, y por ello no le deben ser imputados; 4.º, porque si el marido y la mujer, teniendo deudas contra sí, cuando se casan deben pagarlas de su caudal privativo, no hay ninguna razón para que la mujer no pague los gastos que en su utilidad hace el marido, y más cuando si ella los hubiera hecho antes de casarse, habrían disminuido su patrimonio (88).

El sistema que recoge el Código Civil de 1889 no es sino el ya previsto en sus proyectos. Distinguiendo entre dote estimada e inestimada, respecto de la primera hay que restituir el precio en que hubiese sido estimada al recibirla del marido; en cuanto a la segunda, hay que estar, en primer lugar, a lo que se haya convenido por los interesados en las capitulaciones o en pacto hecho con posterioridad, y en su defecto, establece la ley reglas diversas atendiendo a la naturaleza de los bienes. Los inmuebles se devolverán en el estado en que se hallen al tiempo de restituirlos; y si hubiesen sido enajenados, se entregará el precio de la venta, menos lo invertido en cumplir obligaciones exclusivas de la mujer. Los bienes muebles no fungibles se han de restituir en el estado en que se hallen, y si no existiesen, aquéllos que los hubieran sustituido, y en su defecto se pagará la dote en dinero; no obstante, el precio de los bienes muebles que no existan se podrá pagar con otros bienes muebles de la misma clase si los hubiere en el matrimonio. Finalmente, en cuanto a los bienes fungibles no tasados, se devolverán otros tantos de la misma especie y calidad (arts. 1.366. 1.367 y 1.372).

El Proyecto de 1851 (art. 1.304) deduce de la dote que ha de devolverse a la mujer determinadas partidas cuando hayan sido satisfechas por el mari-

(86) E. TAPIA, *Febrero Novísimo...*, cit., t. I, pág. 52, n° 8.

(87) J. ESCRICHE, s.v. «dotes», en *Diccionario razonado...*, cit., t. 2.º, pág. 732.

(88) E. TAPIA, *Febrero Novísimo...* cit., T. I, págs. 52-53, n° 9.

do: el importe de las costas y gastos empleados para su cobro y defensa, las deudas y obligaciones inherentes o afectas a la dote que no sean de cargo de la sociedad conyugal, así como las cantidades que sean de responsabilidad peculiar de la mujer. Este precepto será copiado por el Código Civil de 1889 (art. 1.377), y establece como deducciones de la dote estimada, o mejor dicho, del precio de la estimación, la dote constiuida a las hijas en cuanto sea imputable a los bienes propios de la mujer, las deudas contraídas por ella antes del matrimonio que hubiese satisfecho el marido, así como aquellas otras cantidades pagadas por el marido imputables a los bienes de la mujer.

Las *Partidas* (4,11,32) permitían al marido deducirse también, a la hora de restituir la dote —y así lo resalta ESCRICHE (89)—, el importe de las cantidades invertidas en mejoras necesarias o útiles, pero no en «voluptuarias» que no aumentasen el valor o renta de las fincas. Tanto el Proyecto de 1851 (art. 1.297) como el Código de 1889 (art. 1.368) siguen este derecho al equiparar al marido al poseedor de buena fe en relación a las impensas o mejoras que hubiera realizado en las cosas dotales. Por ello, siguiendo el derecho romano y patrio, le permite repetir las que se hayan convertido en utilidad y, por supuesto, las impensas necesarias, ya que estas últimas se abonan incluso al poseedor de mala fe. En relación a los gastos útiles, la mujer o sus herederos pueden elegir entre satisfacer su importe o el aumento de valor que por ellos hayan adquirido las cosas (art. 453). Las mejoras de lujo no son abonables, pero el marido podrá llevarse los adornos con que hubiera embellecido los bienes dotales si no sufrieran deterioro, y si la mujer o sus herederos no prefieren abonar el importe de lo gastado (art. 454).

### VII.3. TIEMPO DE RESTITUCIÓN

En cuanto al momento en que la dote debe ser restituida, las *Partidas* (4,11,31), copiando el derecho romano, habían establecido distinta regla para los bienes muebles y los inmuebles, debiendo éstos ser restituidos inmediatamente, y aquéllos en el plazo de un año. Fijándose en esta ley señalaba ESCRICHE que cuando el marido no pudiera entregar toda la dote dentro de los plazos designados en ella, el juez debía hacer que pagara lo que pudiera, de forma que le quedara alguna cosa para vivir, tomándole caución de que la satisfaría en cuanto pudiera (90). En el mismo sentido declaraba TAPIA que si el marido era pobre, su mujer o los herederos de ésta debían dejarle con qué alimentarse, no reconviniéndole o demandándole en más de los que pudiera

(89) J. ESCRICHE, s.v. «dotes», en *Diccionario razonado...*, cit., t. 2.º, pág. 732.

(90) J. ESCRICHE, s.v. «dotes», *Op. cit.*, t. 2.º, pág. 733.

restituir, pues él cumple con prestar caución de pagarla si viniere a mejor fortuna (91).

GARCÍA GOYENA se muestra contrario a la regulación que hacen las *Partidas* de este tema, pues no encuentra una razón que justifique la diferencia de trato y el hecho de que haya que esperar un año para la devolución de los muebles cuando éstos existen tras la disolución del matrimonio. Muestra, además, su asombro frente a la postura de aquellos autores que declaran su conformidad con el plazo de un año para la restitución de la dote estimada incluso cuando el marido sea rico y tenga dinero para entregarla en el acto. Y concluye su reflexión señalando que «los miramientos de loable delicadeza hacia el marido o sus herederos sólo debieran tener lugar cuando no exista dinero: no deben ser acosados, añadiéndose aflicción al afligido. Pero en el caso contrario, el retardo de un año en el cobro sería un nuevo motivo de aflicción para la viuda y los suyos» (92).

La postura de GARCÍA GOYENA se plasma en el Proyecto de 1851, que introduce, por tanto, una novedad en este punto respecto al derecho anterior, al establecer que la restitución de los bienes dotales existentes y la que deba hacerse en dinero, si lo hay, se hará inmediatamente; si debe hacerse en dinero y no lo hay, la devolución deberá tener lugar en el término de un año, con abono de los intereses legales (art. 1.307).

BENITO GUTIÉRREZ muestra su conformidad con la novedad del Proyecto en cuanto a la supresión del plazo de un año para la restitución de la dote estimada si el marido se encuentra en circunstancias de hacerlo inmediatamente, aunque no lo está tanto con que al fin del año haya de entregarse el capital y sus intereses. «Nos hacemos cargo de la razón que tiene para ello: los intereses son frutos civiles; no hay motivos para no computarlos habiendo cesado las cargas del matrimonio. Pero ¿entonces qué favor adquiere el marido con la prórroga del año? El plazo es un beneficio dispensado en la posibilidad de que falte dinero y tenga que procurárselo; si se le exigen réditos es como si se le hiciera un préstamo» (93).

El Código del 89 también copia el Proyecto al establecer el tiempo de restitución de la dote. Comienza su regulación insistiendo en que primero habrá que atender a lo establecido en capitulaciones matrimoniales, o al constituirse la dote, o a lo convenido por los interesados después de la disolución del matrimonio. En defecto de pacto, y en relación a la dote inestimada, dispone como regla general que tanto respecto a los bienes muebles como a

(91) E. TAPIA, *Febrero Novísimo...*, cit., t. I, pág. 54, n.º 12.

(92) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., comentario al artículo 1.307, pág. 319. 93.

(93) B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales...*, cit., t. 1.º, pág. 417.

los inmuebles, una vez disuelto o declarado nulo el matrimonio, podrá compelerse al marido o a sus herederos para la inmediata restitución. Si consiste en dinero, bienes fungibles o valores públicos, y existen en todo o en parte al disolverse la sociedad conyugal, puede exigirse al marido su inmediata devolución; si no existen, no puede exigirse dicha restitución hasta que transcurra un año, contado desde la disolución del matrimonio, o desde que exista el hecho que motiva aquélla. Pero el marido o sus herederos tienen que pagar a la mujer, o a los suyos, el interés legal del dinero o el del importe de los bienes fungibles, o lo que los valores hayan producido desde la disolución, salvo que la mujer puede optar entre percibir estos frutos, o recibir alimentos (art. 1.369, 1.370 y 1.371).

A la restitución de la dote estimada no se refiere el Código expresamente, pero puede aplicarse lo dispuesto en el artículo 1.369 (94) para la inestimada, pues su regulación afecta, como su antecedente del Proyecto del 51, a todos los casos de existencia de bienes dotales o los bienes con que hacer efectivo el crédito dotal. La aplicabilidad del artículo 1.370 (95) se limita así a aquellos supuestos en los que, habiendo una dote de cantidad —originaria o sobrevenida— no hay en el patrimonio del marido dinero o bienes fungibles con que pagar los que se constituyeron en dote. Ambos preceptos son aplicables, pues, a la dote de cantidad, según se deduce de los términos generales del artículo 1.370 (que, contra lo que ocurría en su antecedente, el 1.400 del Proyecto de 1882, no se refiere expresamente a la dote inestimada); de ser en la dote estimada más necesario el plazo; y de los datos del derecho comparado, del cual surge la regulación española —a través, en parte, del Proyecto del 51—, y en el cual la concesión del plazo se refiere a toda dote de cantidad. Incluso el nuevo Código italiano, que concede el plazo de un año para restituir los bienes fungibles de la dote de especie, suprime la norma que aplica dicho plazo a la dote de cantidad, por sobreentenderse en ella (96).

Por tanto, como indica LACRUZ, la distinción, a efectos del plazo para restituir, debe establecerse sin consideración al carácter estimado o inestimado de la dote, entre la obligación de abonar cantidades o bienes fungibles no existentes en el patrimonio del marido (y aun salvo el caso de dolo o culpa de éste) y los restantes supuestos de restitución. Ni es exigible que existan los bienes dotales, pues también cuando en el patrimonio del marido haya bienes idénticos, aun no siendo propiamente dotales, tendrán derecho la mujer o sus

---

(94) «Una vez disuelto o declarado nulo el matrimonio, podrá compelerse al marido o a sus herederos para la inmediata restitución de los bienes muebles o inmuebles de la dote inestimada».

(95) «No podrá exigirse al marido o a sus herederos, hasta que haya transcurrido un año, contado desde la disolución del matrimonio, el dinero, los bienes fungibles y los valores públicos que en todo o en parte no existan al disolverse la sociedad conyugal».

(96) Vid. J. L. LACRUZ-M. ALBALADEJO, *Derecho de familia...*, cit., págs. 381-382.

herederos a exigir el pago sin sujeción a término alguno (97). Tanto el Proyecto de 1851 como el Código de 1889 equiparan al marido al poseedor de buena fe en relación a las impensas o mejoras que hubiera realizado en las cosas dotales. Por ello, siguiendo el derecho romano y patrio, puede repetir las que se hayan convertido en útiles y, por supuesto, las impensas necesarias, ya que estas últimas se abonan incluso al poseedor de mala fe.

### VIII. CONSIDERACION FINAL DE LA DOCTRINA

Con la desaparición de los artículos que regulaban la dote después de la reforma llevada a cabo por la Ley 13 de mayo de 1981, la única forma de atribución o aportación que se conserva en favor de los cónyuges son las donaciones por razón de matrimonio. Lo cierto es que en la propia época del Código Civil había desaparecido ya la práctica de la dote (98), y aunque la reforma española de 1981 no prohíbe de modo expreso la constitución del régimen dotal, parece muy difícil que simplemente en virtud de pacto, sin apoyo en una reglamentación legal, pueda conseguirse el mismo efecto de práctica inembargabilidad e inalienabilidad del derecho dotal aislado de cada cónyuge. La reflexión que hace DE LOS MOZOS sobre esta cuestión parece especialmente oportuna para finalizar este estudio sobre la dote: «...la igualdad jurídica, como todo el mundo reconoce, hace imposible la subsistencia de la dote, tal y como venía regulada en el Derecho anterior, y de alguna manera a ello se opone, claramente, el artículo 1.328 (99), implícitamente, pero de forma bastante expresiva. Lo único que cabría, es que llamáramos *dote* a una donación nupcial atribuida por un tercero a uno de los cónyuges, o por uno de los esposos al otro, estableciendo que la administración y el usufructo

---

(97) *Ibid.*

(98) Y ello a pesar de las ventajas que ofrece la dote a los ojos de autores como SÁNCHEZ ROMÁN, que se muestra como un acérrimo defensor de la misma: «favorece y facilita el matrimonio de hombres jóvenes con capacidad para trabajar en una profesión, arte, industria u oficio y con escaso o nulo capital, los cuales pueden de esta suerte, ayudados por los productos de la dote que la mujer aporta, fundar nueva familia, cuyas necesidades no podrían tal vez satisfacer por sí solos [...] la dote sirve para establecer los matrimonios sobre cierta base de igualdad o al menos de cooperación en cuanto al sostenimiento de las cargas derivadas del nuevo orden familiar y a cuyo sostenimiento es justo contribuir el caudal y esfuerzo comunes de ambos cónyuges [...] constituye a favor de la mujer un patrimonio independiente, en el cual encuentre medios de librar su existencia, no sólo ella misma para el caso de viudez, sino que también la familia toda, cuando los reveses de la fortuna puedan destruir el capital del marido y otras causas imposibilitarle para el trabajo, y, por tanto, para sufragar los gastos de la misma (*Estudios de Derecho civil...*, cit., t. V, vol. I, págs. 679-680).

(99) «Será nula cualquier estipulación contraria a la Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge».

corresponderán al otro cónyuge, o al esposo que haya efectuado la donación, con lo que, a la disolución por muerte del cónyuge administrador y usufructuario, el donatario consolida la plenitud de facultades que entraña el dominio pleno; y con la posibilidad de revocación, en el caso de que la sociedad conyugal, o el matrimonio, se disuelva o anulen, en los términos que establece, para unos y otros supuestos, el artículo 1.343, párrafos 3 y 4» (100).

También enfoca la cuestión bajo la perspectiva del artículo 1328 ALVAREZ-SALA, llegando a una conclusión similar: «...habría que diferenciar, en este sentido, según entendamos la dote como una liberalidad individualizada o como un régimen de organización jurídica de un patrimonio o masa patrimonial. La constitución capitular de un régimen dotal sobre la totalidad o parte considerable del patrimonio de la mujer sí quedaría afectada, creemos, por la sanción de nulidad del artículo 1.328, al tratarse entonces de una cláusula capitular estatutaria [...]. Sería nula, pues, la aportación capitular al matrimonio por la mujer de todos sus bienes presentes en concepto de dote, o la previsión capitular que atribuyese naturaleza dotal a cualesquiera liberalidades que, a título de donación o de herencia, pueda adquirir la mujer en el futuro. Lo que queda, sin embargo, al margen de la prohibición del artículo 1.328 (por no tratarse ya de una estipulación integrante del contenido nuclear de los capítulos, sino de una concreta liberalidad contenida en las capitulaciones), es la posibilidad de que los propios desposados en las capitulaciones prenupciales o los terceros, dentro o fuera de capitulaciones y antes o después de celebrado el matrimonio, confieran a una liberalidad individualizada carácter dotal» (101).

M.<sup>a</sup> JOSÉ COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA  
Profesora asociada de Historia del Derecho  
Universidad de Cádiz

---

(100) J. L. DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, tomo XVIII, vol. 1.º, 2.ª edic., 1982, artículo 1.336, pág. 267.

(101) J. ALVAREZ-SALA WALTHER, «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», en *Revista de Derecho Notarial*, año XXVIII, núm. CXII (abril-junio, 1981), págs. 7-56, esp. pág. 1.



# La mención registral: Su justificación y contenido

**SUMARIO:** I. RAZON DE UN ESTUDIO SOBRE LA MENCIÓN REGISTRAL.—II. LA MENCIÓN REGISTRAL EN NUESTRA LEGISLACION HIPOTECARIA DE 1861, 1869-1870 y 1909-1915 1. LA CONFIGURACIÓN ADJETIVA DE LA MENCIÓN COMO CONTENIDO ACCESORIO DE UN ASIENTO REGISTRAL —DE INSCRIPCIÓN O DE ANOTACIÓN—, Y SU CONFORMIDAD, POR SU FORMA EXPRESA, CON LA EXIGENCIA DE PUBLICIDAD. 2. LA CONSIDERACIÓN SUSTANTIVA DE LA MENCIÓN COMO EXPRESIÓN DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA QUE, SIN ESTAR REGISTRADA, SE CONSTITUYE O, YA ESTABLECIDA, SE RECONOCE EN EL MISMO TÍTULO DEL DERECHO QUE SE INSCRIBE O ANOTA Y AL CUAL AQUÉLLA AFECTA. 3. EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA MENCIÓN Y SU JUSTIFICACIÓN CONFORME A LOS PRINCIPIOS DE ROGACIÓN, PUBLICIDAD Y ESPECIALIDAD. 4. LA EFICACIA HIPOTECARIA PURAMENTE DEFENSIVA DE TODA MENCIÓN REGISTRAL EN CUANTO CONDICIÓN DE OponIBILIDAD.—III. LA MENCIÓN REGISTRAL TRAS LA REFORMA HIPOTECARIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1944: 1. NECESARIA MATIZACIÓN ACERCA DE LAS MENCIONES PRACTICADAS BAJO EL ANTIGUO RÉGIMEN HIPOTECARIO: LA EXTINCIÓN FORMAL DE UNAS Y LA APARENTE SUPERVIVENCIA DE OTRAS. 2. LA ACTUAL INOPERANCIA REGISTRAL Y CONSIGUIENTE CANCELABILIDAD DE LAS MENCIONES DE DERECHOS SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCIÓN ESPECIAL Y SEPARADA.—3. ADMISIÓN ACTUAL DE LAS MENCIONES DE SITUACIONES NO SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCIÓN ESPECIAL Y SEPARADA: 3.1. *La posible, pero cuestionable, mención de ciertos límites legales y naturales del derecho real inscrito o anotado.* 3.2. *La necesaria mención de las limitaciones convencionales y accidentales del derecho real inscrito.*

## I. RAZON DE UN ESTUDIO SOBRE LA MENCIÓN REGISTRAL

Aunque la casi unanimidad de la doctrina científica se remonte a la Ley Hipotecaria de 1909 para rastrear el origen de la llamada «mención registral» (1), ésta aparecía regulada, ya con anterioridad, en la Ley Hipotecaria

---

(1) Entre muchos otros: DE CASSO ROMERO, I.: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.<sup>a</sup> edición revisada, ampliada y actualizada, Madrid, 1951, pág. 555, nota (1); CHICO ORTIZ, J. M.: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo I, 3.<sup>a</sup> edición,

de 8 de febrero de 1861 (en adelante LH 1.861), en cuyo artículo 29, párrafo primero, se disponía: «Todo derecho real de que se haga mención expresa en las inscripciones o anotaciones preventivas, aunque no esté consignado en el Registro por medio de una inscripción separada y especial, surtirá efecto contra tercero desde la fecha del asiento de presentación del título respectivo» (2). Cambiando sólo el inciso inicial («el dominio o cualquier derecho real que se mencione expresamente...»), la redacción del artículo 29.1 será mantenida en las Leyes Hipotecarias de 21 de diciembre de 1869 y de 16 de diciembre de 1909 (en adelante LH 1.869 y LH 1.909, respectivamente). Asimismo, el artículo 25 del Reglamento Hipotecario de 21 de junio de 1861 (en adelante RH 1861) exigía en su regla 7.<sup>a</sup> que «para dar a conocer la extensión, condiciones y cargas del derecho que deba inscribirse, se hará mención circunstanciada y literal de todo lo que, según el título, limite el mismo derecho y las facultades del adquirente en provecho de otro, ya sea persona cierta, o ya indeterminada, así como los plazos en que venzan las obligaciones contraídas, si fuesen de esta especie las inscritas». La necesidad de esta última mención también subsistiría, aunque con alguna modificación redaccional, en el artículo 25.7.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario de 29 de octubre de 1870 (en adelante RH 1870) (3)

---

Madrid, 1994, pág. 689; Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, III: Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Madrid, 1995, pág. 506; FUENTE NORIEGA, M. y otros: *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1988, pág. 298; MANZANO SOLANO, A.: *Derecho registral inmobiliario. Para iniciación y uso de universitarios, vol. II: Procedimiento registral ordinario*, Madrid, 1994, pág. 982; PAU PEDRÓN, A.: *Curso de práctica registral*, Madrid, 1995, pág. 49; DÍAZ GONZÁLEZ, C.: *Iniciación a los estudios de Derecho Hipotecario, II: Temas 36 a 66*, Madrid, 1967, pág. 193, quien además se refiere a los arts. 9.2.º LH de 1909 y 61.5.º RH de 1915. Por su parte, DE COSSÍO Y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.ª edición, Barcelona, 1956, pág. 282, al referirse a «la primitiva redacción del artículo 29 de la L.H.», reproduce la LH de 1869.

(2) En cuanto al Derecho extranjero, destaca la mención registral del *Derecho suizo*, denominada *Anmerkung* y regulada como asiento complementador que constata hechos, elementos accesorios y limitaciones de Derecho público. Para un estudio más detallado al respecto: GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *Estudios de Derecho Hipotecario (Orígenes, sistemas y fuentes)*, Madrid, 1924, págs. 290 y 291, y apéndice C; SERRANO Y SERRANO, I.: *El Registro de la Propiedad en el Código Civil suizo (Comparado con el Derecho español)*, con Prólogo de don Jerónimo González Martínez, Valladolid, 1934, págs. 92 a 95. Por su parte, MORELL Y TERRY, J.: *Comentarios a la legislación hipotecaria, Tomo Segundo. Artículos 6 a 41*, Madrid, 1917, pág. 580, se refiere al *Derecho australiano*, en el que la mención registral equivale al reconocimiento de un gravamen o derecho real. En cualquiera de los sistemas indicados, no obstante, dadas las singularidades de los mismos, el régimen adjetivo y material de la mención diferirá del nuestro; de ahí la no conveniencia de trasplantar sin más a nuestro sistema lo que en aquéllos se legisle.

(3) En dicha norma se suprimirá la referencia a las «condiciones», y en vez de emplear el vocablo «especie», para referirse a las obligaciones a plazo, utilizará el de «naturaleza».

y en el correlativo artículo 61.9.<sup>a</sup> del Reglamento de 6 de junio de 1915 (en adelante RH 1915), donde, evitando ya la registración de elementos sin trascendencia real y con indeterminaciones subjetivas, se dirá que «para dar a conocer la extensión del derecho que deba inscribirse se hará mención circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente copiándose literalmente las condiciones establecidas en aquél» (4).

Sin embargo, tras la reforma acaecida por la Ley de 30 de diciembre de 1944, que tendrá su reflejo en la nueva Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 (en adelante LH 1946) y su desarrollo en el Reglamento de 14 de febrero de 1947 (en adelante RH 1947), la mención registral, a primera vista, parece totalmente abolida: Según la Exposición de Motivos de la Ley de 1944, «las más relevantes características de la presente reforma pueden así sintetizarse: una más acusada protección a los derechos inmobiliarios inscritos; una creciente flexibilidad en el régimen hipotecario, y una mayor facilidad para mantener el adecuado paralelismo entre la realidad jurídica y el Registro, expurgando a éste de numerosas cargas, virtualmente prescritas, que tanto entorpecen la contratación». En particular, por lo que respecta a las anteriores menciones, convendrá dicho texto expositivo en su caducidad y consiguiente cancelación en aras de la agilización de la contratación inmobiliaria y del saneamiento del Registro (5); añadiendo, por lo que afecta a las

---

(4) Otros muchos preceptos de nuestra normativa hipotecaria anterior se refieren a la mención de un derecho, de una circunstancia o de un simple hecho. Así sucede en la normativa de 1861: cfr. arts. 10, 29, 32 —en relación con 9, 13 y 30—, 111, 253 y 290 —en relación con 30— LH 1861, y arts. 24 a 27, 33, 35, 64.2.<sup>a</sup>, 78, 121, 129, 132, 140.10.<sup>a</sup>, 141, 151.11.<sup>a</sup>, 231, 325 y 333 RH 1861. Asimismo acontece en la normativa hipotecaria de 1869-1870: arts. 7, 29 y 402 LH 1869, y arts. 13, 25.7.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup>, 26, 35, 64.15.<sup>a</sup>, 121 y 332 RH 1870. Y también serán diversas las ocasiones en que la legislación hipotecaria de 1909-1915 se refiera a la mención: arts. 7, 8, 10, 20, 29, 32, 111.1, 253, 290, 393, 395, 401 y 402 LH 1909, y arts. 26, 59, 61.5.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup>, 69, 110, 157, 179, 217, 220, 228, 270, 313, 364, 378 y 508 RH 1915. A todos estos supuestos se hará precisa y oportuna alusión en lugar adecuado.

(5) Según la Exposición de Motivos de la Ley de 1944 se prescinde «del llamado expediente de liberación, que, según opinión acorde de la doctrina, no cumple hoy finalidad alguna. En su lugar, se regula el de cancelación de cargas prescritas. El farragoso lastre de las que inútilmente continúan mencionándose y arrastrándose en el Registro, en detrimento de la contratación, principalmente en las regiones españolas en que la inscripción es una realidad viva, podrá ser extinguido o aligerado sin recurrir a lentos y dispendiosos procesos, con mudable beneficio para los titulares registrales. (...) Con idéntica aspiración se admite la caducidad de las anotaciones pasado cierto plazo, y se faculta a los interesados para solicitar directamente del Registrador de la Propiedad la cancelación de los derechos personales no asegurados especialmente, de las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada y de los legados no legitimarios que, pudiendo, no hubiesen obtenido anotación preventiva de sus derechos, coadyuvando así a la urgente e imprescindible tarea de saneamiento del Registro».

posibles menciones futuras, que ninguna razón abona que continúen mencionándose en el Registro los derechos susceptibles de inscripción separada y especial. Su consignación en el mismo, según la forma actual, dificulta el comercio inmobiliario y el crédito territorial. No se concibe cómo nuestro Derecho, tan escrupuloso en la calificación e ingreso de los derechos inscribibles, permite que puedan adquirir naturaleza de verdaderos rangos hipotecarios derechos inciertos, de eficacia dudosa y, muchas veces, de no fácil identificación».

En efecto, la anterior práctica registral posibilitó que bajo la mención tuvieran cobijo en el Registro: derechos reales y personales sin distinción; situaciones jurídicas ilusorias, inexistentes, extinguidas y prescritas; derechos de eficacia y valor cuestionables; y, en fin, situaciones deficientes, inconcretas, interinas, imprecisas e indeterminadas, que ni siquiera podían ser anotadas preventivamente (6). Todo ello había supuesto una publicidad confusa —falta de claridad—, y una vulneración casi constante del principio de especialidad, puesto que en la mayoría de las menciones no se precisaba con exactitud la titularidad, naturaleza, contenido, objeto y alcance del derecho registrado; se hacía imposible, entonces, cumplir los mínimos de legalidad exigibles y viabilizar una necesaria labor de calificación y expurgo por parte del Registrador (7). De esta forma, pronto se desprendería a la mención registral por ser una forma híbrida de registración, germen de inseguridad e incerteza (8), y, en general, por ser la gran culpable de todos los males hasta entonces provocados por una práctica registral que, más que responder al

(6) En esto mismo insistirán el Ministro de Justicia en 1944, don Eduardo Aunós: «Discurso leído en el Pleno de las Cortes españolas el 29 de diciembre de 1944 en defensa del proyecto de ley sobre reforma de la Ley Hipotecaria», en «Ley de 30 de diciembre de 1944, sobre reforma de la Ley Hipotecaria. Separata del núm. 12 de *Justicia*, *BOMJ*, pág. 13; SANZ FERNÁNDEZ, A.: «La reforma de la Ley Hipotecaria», en *RDJ*, 1945, págs. 3 a 5; y MENCHÉN BENÍTEZ, B.: «La cancelación de cargas caducadas en el Registro de la Propiedad y algunos de sus problemas», en *RCDI*, 1962, pág. 818. Para una visión completa de este *iter* histórico, FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, V.: «La extinción de cargas y la nueva Ley Hipotecaria», en *AAMN*, 1946, págs. 133 a 156.

(7) DE LA RICA Y ARENAL, R.: *Comentarios a la Ley de reforma hipotecaria*, Madrid, 1945, pág. 36, explica que «la publicidad actuaba incompleta en la mención» y que «la legalidad tampoco podía funcionar normalmente». Por su parte, GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conferencia), págs. 241 y 242, se refiere a la «imprecisión de las menciones», caracterizadas «por infringir el principio de especialidad».

(8) DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* (Com. a LH), pág. 33, para quien «no cabría admitir zonas intermedias entre la inscripción y la no inscripción, que eso era y no otra cosa lo que la mención representaba en nuestro sistema»; (pág. 34) «una puerta falsa, por donde solían penetrar derechos deficientes y aun de simple obligación, dando lugar a la inseguridad e incertidumbre de las relaciones jurídicas, que son justamente los inconvenientes que todo régimen inmobiliario se propone desterrar». GIMÉNEZ ARNAU, E.: *Las menciones y la buena fe*, en Curso de Conferencias de 1950 del Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Valencia, 1952, pág. 242, insiste en la idea de «incertidumbre».

sistema de inscripción, parecía obedecer al de transcripción de todo lo que se relacionara en los títulos a registrar, con independencia de su trascendencia y determinación (9).

Se pretende, entonces, a partir de este momento, la supresión de las menciones para así dar mayor efectividad a ciertas máximas hipotecarias, tales como el principio de *legalidad* y el de *especialidad* (10), y lograr la purificación del Registro (11); una finalidad de *saneamiento* y descongestión que habrá de ser: tanto material, referida a los diversos sistemas de cancelación y de caducidad para la liberación de gravámenes que casi perpetuados a través de la mención estaban ya extinguidos y prescritos; como formal, en cuanto a la necesaria mayor sencillez y claridad de los asientos registrales, exonerándolos de farragosas e innumerables menciones (12).

Colmando tales pretensiones, se alcanzaría con la desaparición de las menciones el correcto funcionamiento del *principio de publicidad registral*; una publicidad completa y perfecta que permitiese una más fácil, cómoda y segura *cognoscibilidad* del derecho registrado, y ello a través de la *inscripción*, de modo que solamente los derechos reales debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad surtan efectos *erga omnes*, frente a cualquiera (13).

(9) Así lo explica el Ministro de Justicia de 1944, AUNÓS, E.: *op.cit.*, pág. 13 y 14: «Nuestro ordenamiento hipotecario, con una orientación que en muchas ocasiones parecía más bien de régimen de transcripción que de inscripción, llegó a decretar *ex-officio* la constatación registral de todas las condiciones, limitaciones y cargas del título».

(10) A tales exigencias se refieren FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, V.: *op.cit.*, pág. 179 y 180; SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo 1, Madrid, 1947, pág. 118; DE CASSO ROMERO, L.: *op.cit.*, pág. 556.

(11) En dicha necesidad de desinfección, claridad y pureza o higiene abundan González Palomino, J.: «La liberación de cargas y la nueva Ley Hipotecaria», en *RGLJ*, 1945, págs. 300 y 301; SANZ FERNÁNDEZ, A.: *op.cit.*, pág. 5; y FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, V.: *op.cit.*, pág. 179. ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.*, (1954), pág. 410, estima que hay que «aplaudir todo cuanto represente expurgar de los libros hipotecarios la mucha broza que indebidamente los enturbia, y un punto muy necesitado de este saneamiento es el de la mención» (Siguiéndole, DE CASSO ROMERO, L.: *op.cit.*, pág. 83).

(12) En la doctrina destacan el sistema de cancelación y caducidad para el saneamiento del Registro, la liquidación de cargas y el mantenimiento del paralelismo entre realidad y Registro: ROCA SASTRE, R. M.: «La nueva Ley de reforma hipotecaria (Breve examen informativo-crítico)», en *RGLJ*, 1945, I, págs. 310 y 311; RUIZ ARTACHO, J.: «La caducidad del derecho inscrito y la de las menciones y asientos del Registro de la Propiedad. Causas que dificultan la aplicación de las tres primeras disposiciones transitorias de la vigente Ley Hipotecaria», en *RCDI*, 1947, págs. 246 y 247; DE LA RICA Y ARENAL, R.: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario, Primera parte: Innovaciones*, Madrid, 1948, pág. 336.

(13) Como decía el Ministro de Justicia, AUNÓS, E.: *op.cit.*, pág. 14, «Los derechos reales perfectos, aptos para figurar en el Registro bajo asiento especial, no pueden mencionarse; deben inscribirse». Según VILLARES PICÓ, M.: «La reforma de la Ley Hipotecaria», en *RDP*, 1946, pág. 102, «la Ley Hipotecaria, con la nueva reforma, viene a establecer claramente tres principios: el principio de legitimación, el de fe pública registral

Se salvaría, así, el propio prestigio y credibilidad del sistema registral, y con ello se favorecería la seguridad del tráfico jurídico y se fomentaría tanto el comercio inmobiliario como el crédito territorial (14).

Tras la reforma hipotecaria de 1944, el espíritu del legislador hacia las menciones registrales experimentaría, en fin, un cambio radical: de su inicial y constante admisión, se pretende a partir de la segunda mitad del siglo XX la desaparición de *todas* ellas (15). Con tal aspiración, los mecanismos de eliminación serían variados (16):

En cuanto a las menciones practicadas bajo el antiguo régimen registral, refiriéndose concretamente a las hechas con anterioridad al 1 de julio de 1945, la Disposición Transitoria Primera, letra A), de la LH vigente impone su cancelación por caducidad y les niega todo efecto (17).

Y respecto a las posibles menciones que después de aquella fecha pudieran practicarse, la erradicación parece implantarse en su propia posibilidad de acceder al Registro, quedando prohibidas para el futuro: El artículo 9.2.º LH 1946 ya no exige la indicación de cargas; el artículo 51 RH sustituye en su

y el de la obligatoriedad indirecta de la inscripción; basados todos ellos en la publicidad que da el Registro y en el principio de legalidad». CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 686: «era necesario mantener la pureza del principio de publicidad y entender que solamente aquellos derechos que constasen debidamente constituidos e inscritos en el Registro de la Propiedad podrían afectar a tercero».

(14) DE CASSO ROMERO, L.: *op.cit.*, pág. 556, para quien las menciones son «puestas al tráfico de inmuebles y al buen uso del crédito». También considera CRISTÓBAL MONTES, A.: *op.cit.*, pág. 221, que «la acumulación de cargas, mencionadas o inscritas en los libros del Registro» no tiene «más virtualidad que la de perjudicar y frenar el tráfico inmobiliario». Actualmente, MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 982, considera que «la mención es un elemento de perturbación para la credibilidad y la confianza de los efectos del sistema registral».

(15) Hablan de supresión y eliminación de las menciones, DE LA RICA, R.: *op.cit.*, (Com. a RH), pág. 342; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1977, pág. 96; FUENTE NORIEGA, M. y otros: *op.cit.*, pág. 300; CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 690; MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 987; PAU PEDRÓN, A.: *op.cit.*, pág. 49.

(16) Según SANZ FERNÁNDEZ, A.: *op.cit.*, pág. 6, sólo es posible la liberación en general de cargas del Registro a través de «tres caminos diferentes»: «a) Eliminando posibles cargas, gravámenes o limitaciones del dominio del Registro de la Propiedad», y se refiere a los arts. 29 y 99 LH 1944 (actual artículo 98 LH 1946); «b) Facilitando la cancelación de algunos asientos del Registro», y cita nuevamente el artículo 99; y «c) Declarando la caducidad de los gravámenes existentes en el Registro en la fecha de la publicación de la ley», aludiendo a todas las disposiciones transitorias. Por su parte, MENCHÉN BENÍTEZ, B.: *op.cit.*, pág. 820, para la finalidad de «liberar al Registro de las innumerables cargas prescritas que abrumaban sus libros», se refiere a dos medios: la supresión de los efectos de las menciones y su obligada cancelación.

(17) Para LACRUZ, J. L. y SANCHO, F. A.: *op.cit.*, pág. 96, «la disposición transitoria primera LH ordena la caducidad de las menciones consignadas bajo el antiguo régimen». Considera categóricamente Pau Pedrón, A.: *op.cit.*, pág. 49, que «han caducado todas las menciones practicadas al amparo de la legislación anteriormente vigente».

regla 6.<sup>a</sup> el vocablo mención, hasta ese momento empleado, por el de «expresión», y en su regla 7.<sup>a</sup> únicamente permite el arrastre de cargas, la referencia a gravámenes ya registrados debidamente —inscritos o anotados—, pero rechaza por completo la indicación de aquellas otras cargas reales que sólo se relacionen en el título sin estar inscritas o anotadas, repudiando igualmente, por remisión al artículo 98 LH, la mención de derechos susceptibles de inscripción especial y separada (18).

No obstante esta prohibición, si en efecto se practicasen indebidamente por el Registrador nuevas menciones registrales, prevé el vigente régimen hipotecario su cancelación en los artículos 98 LH, 188 y 353.3 RH (19).

Y si alguna duda pudiera plantearse acerca de la validez y posible eficacia de la mención en ese ínterin, que comprende el tiempo que transcurre desde la práctica de la mención hasta el de su cancelación, la Ley Hipotecaria actual parece privarle de cualquier atisbo de operatividad real: el artículo 29 LH niega a las menciones las ventajas propias de la fe pública registral, y el artículo 98 LH (art. 99 Ley de reforma de 1944) les arrebató su consideración de gravamen (20).

«Como se ve —dice DE LA RICA—, la oscura teoría de la mención registral pasa a la Historia» (21). En este sentido, profetizaba ya DE CASSO ROMERO, «es de esperar que mediante el nuevo sistema, en general terminante, adoptado frente a las menciones, éstas desaparezcan del Registro en un plazo relativamente corto» (22).

Mas, ¿fue y es así de apocalíptico el sino de *todas* las menciones registrales? ¿Por qué en un principio, y durante casi más de ochenta años, se admitió como válida y eficaz la mención registral, para luego eliminarla por ser cancerígena para la vida del Registro? ¿Acaso el peligro radicó en la mención misma o más bien en la viciosa práctica que de ella se hizo? Son cuestiones todas ellas que adquieren mayor importancia si cabe cuando la vigente legislación hipotecaria, supuestamente contraria a la mención, no obs-

(18) Hablarán, entonces, de prohibición, DE LA RICA, R.: *op.cit.* (Com. a RH), pág. 342; ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho hipotecario*, tomo III, Barcelona, 1954, pág. 390; LACRUZ, J. L. y SANCHO, F. A.: *op.cit.*, pág. 96; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. V, Pamplona, 1971, pág. 563; DÍAZ GONZÁLEZ, C.: *op.cit.*, pág. 197; MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 987; PAU PEDRÓN, A.: *op.cit.*, pág. 49.

(19) Así lo advierten AUNÓS, E.: *op.cit.*, pág. 14; LACRUZ, J. L. y SANCHO, F. A.: *op.cit.*, pág. 96; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *op.cit.*, p. 563; PAU PEDRÓN, A.: *op.cit.*

(20) Entre otros, SANZ FERNÁNDEZ, A.: *op.cit.*, pág. 6; DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.*, pág. 342; LACRUZ, J. L. y SANCHO, F. A.: *op.cit.*, pág. 95; CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 690.

(21) DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* (Com. a LH), pág. 33.

(22) DE CASSO ROMERO, I.: *op.cit.*, pág. 558. También ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (artículo de 1945), pág. 311, afirmaría que «gran parte de aquellas menciones... desaparecerán registralmente el día 2 de julio del presente año» —1945—.

tante parece admitirla a veces, imponiéndola incluso, sin ningún tipo de recelo: Así, por ejemplo, son tan reiteradas las ocasiones en que nuestro ordenamiento hipotecario se refiere a la «mención de legítima» (cfr. arts. 15 LH y 83 a 88 RH), que difícilmente podría pensarse en un desliz del legislador (23); cuando ni siquiera se trata de una novedad: Ya la R. de 3 de abril de 1914 se refiere a un caso de legítima mencionada (24); y la DT 1.<sup>a</sup> B) LH actual establece el régimen de cancelación por caducidad de «las menciones de legítima o afecciones de derechos legítimarios» que tengan una vida hipotecaria superior a los treinta años de antigüedad en la fecha de 1 de enero de 1945 (cfr., con DT 3.<sup>a</sup> RH para el cómputo de dicha duración en el Registro). La presencia histórica de este tipo de menciones era evidente. ¿Cuál sería si no el sentido de estas normas de Derecho transitorio? (25). Tampoco puede reputarse la previsión de esta mención como una incoherencia interna de la LH de 1944, entre su letra y su espíritu (26), porque en su propio texto expositivo se decía: «Las legítimas que, hasta ahora, se inscribían o mencionaban según el criterio del Registrador, constitúan, de hecho, una carga global e indeterminada que obstaculizaba, cuando no impedía, la libre disposi-

---

(23) Ante tal insistencia gramatical de la Ley y del Reglamento hipotecarios, un sector de la doctrina no podrá por menos que admitir la existencia de una innegable mención registral, aunque eso sí, de carácter *excepcional*, como si se tratara del *único* supuesto de mención admitido, y en cierto modo impuesto, por la legislación hipotecaria posterior a la reforma de 1944: CHACÓN, J.: «Cancelaciones que establece la Ley y el Reglamento hipotecario», en *RCDI*, 1950, págs. 498 y 503; CANO TELLO, C. A.: *Iniciación al estudio del Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 229; Díez-PICAZO, L.: *op.cit.*, pág. 508; FUENTE NORIEGA, M. y otros: *op.cit.*, pág. 301. Más explícito se muestra GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf.), pág. 258, para quien «la hostilidad hacia las menciones se quiebra en la Ley al regular... el artículo 15». En contra, sin embargo, de que se haga estricta mención: DE LA RICA, R.: *op.cit.* (Com. a RH), págs. 52 y 53; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (6.<sup>a</sup> edición, de 1968), pág. 105, quien la califica como «mención impropia»; TRIAY SANCHO, J.: «Los principios hipotecarios y la legitimación registral», en *RCDI*, 1953, pág. 162, nota (66); BADÍA SALILLAS, A.: «En torno al problema de las inscripciones antiguas en nuestro Derecho: su actualización y efectos», en *RCDI*, 1972, 11, pág. 1075, nota (27); MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 986; DE CASSO ROMERO, I.: *op.cit.*, págs. 567 y 568; y CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *op.cit.* (vol. V), pág. 821; CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 686; PAU PEDRÓN, A.: *op.cit.*, pág. 49.

(24) Se dice en dicha resolución: «Considerando que procede la cancelación de las menciones del derecho que los herederos legítimarios pudieran tener sobre los bienes embargados y vendidos...».

(25) Observación necesaria para así desmentir las opiniones de FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, V.: *op.cit.*, pág. 186, para quien «se trata de una mención especial y sin precedentes en nuestro sistema y por cuya virtud todos los bienes de la herencia quedarán afectos»; y DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* (Com. a LH), pág. 33, nota (1), para el que «la nueva Ley establece y regula ampliamente una *nueva* mención: la de ciertos derechos legítimarios. Véase el *nuevo* artículo 15» (El subrayado es nuestro).

(26) ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (artículo de 1945), pág. 273, y DE LA RICA, R.: *op.cit.* (Com. a LH), pág. 173, hablan de «inconsecuencia»; FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, V.: *op.cit.*, pág. 186, lo advierte como «incongruencia».

ción de los bienes familiares». Es decir, que, de acuerdo con el artículo 15 LH y concordantes del RH, entendido lógicamente desde su propia *ratio*, la ley afecta los bienes hereditarios al pago de la legítima e impone como obligada y de oficio su mención, al no ser posible su toma de razón mediante inscripción separada y distinta a la de los bienes hereditarios. Una mención que, relativa a una situación jurídico-real no inscribible autónomamente, parece diferenciarse por tanto de las menciones previstas, para su eliminación, en los artículos 29 y 98 LH; de ahí que desde el mismo instante en que la legítima consta mencionada en el Registro impida la buena fe del tercero respecto a la afectación resultante (arts. 15.IV LH y 84 RH) (27).

Aunque la mención legitimaria no sea bastante por sí misma, ni para cuestionar la pretendida abolición de todas las menciones, ni para concluir acerca de su admisibilidad en nuestro sistema registral vigente, sí que suscita al menos la hesitación y justifica un estudio más profundo y pormenorizado sobre la mención registral (28).

Comencemos, pues, por el principio: ¿Con qué alcance, formal y sustantivo, en qué hipótesis y con qué operatividad se reguló la mención en su génesis? (29).

(27) Este es el sentido de la R. de 27 de marzo de 1952 —en contra de lo que pretende ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 382, nota (1), para quien «la resolución de 27 de marzo de 1952, rechaza el carácter de mención propiamente dicha a la expresión registral de legítima que regula este artículo 15»—, al decir que «la mención de derechos legitimarios... no puede reputarse incluida entre aquéllas a que se refiere el último precepto citado —el artículo 98 LH—, puesto que, conforme a los artículos 15, párrafo cuarto, de la Ley, y 86 del Reglamento (*sic*), debe perjudicar a tercero, y su caducidad ha de computarse con arreglo al apartado B) de la Disposición Transitoria primera de la misma Ley».

(28) GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf), pág. 258: «Extraña que a la supresión teórica de las menciones siga este reconocimiento legal de una mención de práctica obligada o imperativa, que surte —aunque limitados en el tiempo— plenos efectos de garantía en favor de los legitimarios». Insistiendo luego (pág. 260), en «la paradoja de que el mismo texto legal que suprime las menciones acoge expresamente y regula con todo detalle una mención que venía practicándose antes, pero cuya eficacia y efecto refuerza el ordenamiento legal nuevo». Ya GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Código de legislación hipotecaria y del Registro Mercantil*, Madrid, 1990, pág. 42, nota (63), anotando el artículo 29 LH, decía: «Compárese con el distinto supuesto de admisión de menciones de legítima en el artículo 15 de esta ley». DE COSSIO, A.: *op.cit.*, pág. 284: «Sería, sin embargo, erróneo el pensar que estos preceptos —arts. 29, 98 y DT1.ª LH— habían conseguido la total eliminación de las menciones de derechos en el Registro de la Propiedad... porque el propio texto de la ley actualmente vigente, impone la mención de determinados derechos o relaciones de carácter real».

(29) Prescindimos, en este sentido, de la indagación, ya exhaustivamente expuesta en la doctrina por FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, V.: «La extinción de cargas y la nueva Ley Hipotecaria», en *AAMN*, 1946, págs. 133 a 137, acerca de la importancia de la mención como mecanismo de traslación de cargas de la antigua Contaduría de Hipotecas al Registro moderno.

## II. LA MENCIÓN REGISTRAL EN NUESTRA LEGISLACION HIPOTECARIA DE 1861, 1869-1870 Y 1909-1915

### 1. LA CONFIGURACIÓN ADJETIVA DE LA MENCIÓN COMO CONTENIDO ACCESORIO DE UN ASIENTO REGISTRAL —DE INSCRIPCIÓN O DE ANOTACIÓN—, Y SU CONFORMIDAD, POR SU FORMA EXPRESA, CON LA EXIGENCIA DE PUBLICIDAD

Numerosos han sido los ensayos de la doctrina con el fin de consignar una clasificación omnicomprensiva de todos los asientos registrales, sin que en ninguna enumeración tuviera acogida la mención registral; seguramente, porque en los no menos abundantes preceptos que, con ánimo más o menos exhaustivo y según la materia de que traten, hacen inventario de los mismos, la mención nunca viene comprendida (30). De entre todos ellos destaca el artículo 50 RH 1915, cuya redacción se ha conservado íntegramente en el vigente artículo 41 RH 1947. Por la propia omisión de esta norma, que data de una época —1915— en que las menciones eran admitidas, puede negarse, en efecto, la calificación de la mención como asiento registral *stricto sensu*, máxime si, como sostiene SANZ FERNÁNDEZ respecto al actual artículo 41 RH, «la enumeración que hace este artículo es taxativa, y los asientos que enumera son los únicos que se pueden practicar en el Registro» (31): Puesto que la catalogación contenida en dicho precepto es cerrada y constituye un listado completo o de *numerus clausus*, no meramente enunciativo o ejemplificativo (un sistema de *numerus apertus*); y dado que en él no se incluye a la mención registral, lógicamente habrá de ser rechazada ésta como posible variedad de asiento registral.

---

(30) BARRACHINA Y PASTOR, F.: *Derecho Hipotecario y Notarial. Comentarios a la Ley Hipotecaria*, tomo I, Castellón, 1910, pág. 42; GIMÉNEZ ARNAU, E.: *Tratado de Legislación Hipotecaria*, tomo I: *Principios generales. La inscripción y sus efectos*, Madrid, 1941, págs. 57 y 58; DE CASSO ROMERO, I.: *op.cit.*, págs. 359 a 361, reproduciendo igualmente las clasificaciones de ARAGONÉS y de GAYOSO, SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Madrid, 1955, págs. 473 y 474; MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, págs. 659 y 660. Todos ellos, y otros tantos, se refieren, con alguna que otra matización o subclasificación, a la inscripción, a la anotación preventiva, a la cancelación y a las notas marginales. Por lo que respecta a la legislación hipotecaria actualmente vigente, se habla de «inscripción o anotación» (artículo 1 LH), de «inscripción, anotación preventiva o cancelación» (arts. 213.1.º, 217.1, 258.1, 297 *in fine* LH y 314.1, 375.1 RH), de «asientos de presentación, notas marginales e indicaciones de referencia» (arts. 213.2.º LH, 318, 373.1 RH), de «inscripciones, anotaciones preventivas, cancelaciones y notas» (arts. 242, 250, 296.2.º y 4.º LH, 101, 317, 318, 373 y 416.2 RH).

(31) SANZ FERNÁNDEZ, A.: *op.cit.* (I), pág. 273, quien razona del siguiente modo: «Es indudable que dado el carácter rigurosamente formalista y de orden público del Derecho registral, la determinación de los asientos practicables no puede quedar al arbitrio del Registrador. Por consiguiente, la enumeración que hace este artículo es taxativa, y los asientos que enumera son los únicos que se pueden practicar en el Registro».

Aunque pudiera considerarse a la mención como un asiento en sentido amplio cualquier tipo de asiento con todas sus circunstancias (32), nunca lo fue en sentido técnico, como asiento formal, sino como posible contenido accesorio y complementador de un auténtico asiento registral que, si bien a veces parecía impropriadamente destacarse en nota marginal de referencia (33), en su función propia indicadora de situaciones jurídicas y no de simples hechos— debía constar, como parte integrante del mismo, en el asiento del derecho inmobiliario al que se refería el derecho a mencionar (34): La mención, según la propia previsión positiva, se practicaba generalmente en los asientos de inscripción (35), y ocasionalmente en los de anotación preventiva (36) —«en las inscripciones o anotaciones preventivas», rezaba el ar-

---

(32) Es la noción amplia que de mención da ROCA SASTRE, R. M.: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Barcelona, 1941, pág. 322, nota (1), y en su 6.ª edición de 1968, pág. 104, letra pequeña; y que hoy reproduce Díez-Picazo, L.: *op.cit.*, pág. 506.

(33) Acerca de la constancia registral de la naturaleza inestimada de la dote en la inscripción de hipoteca dotal, el artículo 129 RH 1861 y 1870 (y con alguna modificación el artículo 217 RH 1915), se refería a la misma como mención sustitutiva de la nota marginal («haciendo mención en su lugar de la naturaleza inestimada de la dote... se omitirá la nota marginal»). También el artículo 24 RH 1861 y 1870, acerca de la división y de la agrupación de fincas, exigía que se hiciera «breve mención de esta circunstancia al margen de la inscripción antigua, y refiriéndose a la nueva» (cfr. con actuales arts. 45 y 46 RH). Asimismo, el correlativo artículo 59 RH 1915, ahora sobre división, agrupación y segregación de fincas, establecía idéntica exigencia de breve mención al margen de la anterior inscripción (También en el Derecho suizo, según SERRANO Y SERRANO, L.: *op.cit.*, pág. 93, se prevé la mención de la reunión *Verrösserung*- de una parcela a otra). Se trataba, sin embargo, no de una verdadera mención, sino de una simple nota marginal (cfr. arts. 60 RH 1915, 47 y 48 RH 1947; y las consideraciones de la Sentencia de 17 de octubre de 1967, y de GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (I), pág. 61).

(34) Ya en la Resolución de 26 de mayo de 1921 se hablaba de «las menciones practicadas en los asientos principales»; y en igual sentido, las de 6 de mayo y 16 de julio, ambas de 1943. También la Sentencia de 24 de mayo de 1952 habla de «la mención como parte integrante de un asiento». Ya decía GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (I), pág. 194, que la mención constituye «una parte del total de una inscripción formal; es decir, una referencia más o menos extensa que se hace al inscribir un derecho de otros derechos que lo limitan». Actualmente, CANO TELLO, C. A.: *op.cit.*, pág. 227, considera que «la mención no constituye un asiento, pero forma o puede formar parte del mismo».

(35) Cfr. arts. 7.2 LH 1869 y 1909, 8 LH 1909 —en sus últimos cuatro párrafos— y 20 LH 1909, 29, 32 —con relación a arts. 9.1.ª a 6.ª y 8.ª, y 30 LH— y 253 LH 1861, 1869 y 1909, 393 LH 1909 y arts. 24 RH —de 1861 y 1870 correspondiendo con el artículo 60 RH 1915— 26 RH 1861 y 1870 —y correlativo al artículo 270 RH 1915, 26 RH 1915, 27, 33 y 35 RH 1861 y 1870, 69 RH 1915, 332 RH 1870 —en relación con el 35 RH—, 140.10.ª RH 1870, 151.11.ª RH 1861 y 1870, 157 RH 1915, 228 RH 1915.

(36) Cfr. arts. 29 y 253 LH 1861, 1869 y 1909, y arts. 13 RH 1870, 26 RH —de 1861 y 1870, y 270 RH 1915—, 64 RH 1861 y con alguna modificación redaccional 1870, sobre mención de cargas resultantes del título y no inscritas. Comentaba al respecto ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 332, nota (1), que «al hablar el artículo 29 de anotaciones preventivas, seguramente alude a las relativas a títulos con defectos subsanables». Posteriormente, págs. 372 (1954), y 117 (1968), precisará: «No toda anotación preventiva es asiento hábil para una mención, sino tan sólo las anotaciones preventivas de suspensión

título 29.1 LH 1861—; negándose, sin embargo, su inclusión en el asiento de presentación, en el que sólo había de expresarse el derecho a inscribir o anotar, mas no el que fuese objeto de mención (37).

De hecho, la mención prevista en el artículo 29 LH, por no ser asiento formal, no solía someterse a un estricto control de legalidad ni debía acomodarse a un contenido mínimo legalmente preestablecido: La mención significaba la indicación o expresión de un derecho que se publicaba sin la previa presentación de título propio o específico y sin las circunstancias necesarias y esenciales generalmente exigidas por la normativa hipotecaria para la inscripción o para la anotación preventiva; de ahí que su contenido registral fuese a veces imperfecto, incompleto y provisional (38).

de títulos por defectos subsanables —o imposibilidad del Registrador (añadido de 1968)—, las anotaciones de derecho hereditario o de legado de cosa específica inmueble propia del testador y —más o menos (1968)— las de créditos refaccionarios». Secundándole, CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 683.

(37) GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *La Ley Hipotecaria*, Madrid, 1862, págs. 599 y 600, atendiendo a la obligada y necesaria expresión de condiciones y cargas en las inscripciones (artículo 9 LH), y en las anotaciones (art. 72 LH), asevera que «nada de esto sucede en los asientos de presentación que —*ex* artículo 240 LH—, no deben contener las expresadas circunstancias». Por su parte, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 325 —a quien sigue DÍAZ GONZÁLEZ, C.: *op.cit.*, pág. 194—, con carácter general y rotundo, considera que «la mención de un derecho real sólo puede tener lugar en un asiento de *inscripción o anotación preventiva*. Por tanto, no puede considerarse tal mención la indicación que de la existencia de un derecho se haga en un asiento de cancelación, nota marginal o asiento de presentación».

(38) DÍAZ MORENO, E.: *Contestaciones a la parte de legislación hipotecaria*, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1907, pág. 305, decía que la mención «no se hace en virtud de título cuya validez íntegra califique el Registrador, circunstancias ambas, el título y su calificación, que responden a principios fundamentales del mismo régimen y a las cuales la inscripción se halla sometida». BARRACHINA Y PASTOR, F.: *op.cit.*, pág. 118, también considera que «la mención no es realmente inscripción, ni anotación, porque no reúne ninguna de las formas exigidas a estas clases de asientos»; de ahí que CAMPUZANO Y HORMA, F.: *Legislación Hipotecaria*, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1926, pág. 332, hable de falta de datos en la mención, de una publicidad imperfecta y de un escape de la legalidad. En la actualidad, así lo advierten, como denuncia: ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.*, págs. 323 (1941), 371 y 372 (1954), 116 y 117 (1968); DÍAZ GONZÁLEZ, C.: *op.cit.*, pág. 194; MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 983. En la jurisprudencia: la Sentencia de 26 de mayo de 1964 habla de «simple mención»; la de 27 de junio de 1986 se refiere a la mención como «mera alusión o indicación» y como expresión «incompleta». La Resolución de 27 de julio de 1899 ya decía que las «menciones no revelan ni pueden revelar todas las circunstancias necesarias para la inscripción completa y definitiva». En efecto, salvo la exigencia de mencionar determinadas circunstancias, hechos o derechos, en la inscripción o en la anotación preventiva de un derecho (cfr., especialmente, arts. 9.1.<sup>a</sup> a 6.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup>, 30, 32.1 y 72 LH 1861, 1869 y 1909), ningún precepto de nuestro pasado ordenamiento hipotecario precisó con detenimiento los datos que la mención debía contener. Incluso en ocasiones se permitía la inconcreción: vgr., el artículo 25.7.<sup>a</sup> RH 1861 y 1870 posibilitaba que «para dar a conocer la estension, condiciones y cargas del derecho que deba inscribirse, se hará *mención* circunstanciada y literal de todo lo que, según el título, límite el mismo derecho

Por eso mismo, conforme obligaba el artículo 29 LH en su último párrafo (39), para que la mutación de mención en inscripción fuese plenamente viable, era insuficiente el simple traslado o remisión de los datos contenidos y referidos en aquélla; requiriéndose, por contra, la presentación de un título que, siendo constitutivo o reconocitivo del derecho mencionado, acreditase de modo bastante su existencia y alcance (40). Porque, como dijera GÓMEZ DE LA SERNA, mientras la mención supone «*inscripción indirecta*», la inscripción propiamente dicha se configura como inscripción «directa, especial y determinada» (41).

Ahora bien, si cierto fue que las menciones, sobre todo en la práctica registral, no reunían los requisitos —personales, reales y de forma— legalmente exigidos para cualquier asiento en sentido estricto, caracterizándose, en cambio, por la brevedad y simplicidad de su contenido, no quebrantaban de suyo, por su propia razón y naturaleza, el principio de publicidad ni la necesidad de dar a conocer con certeza y exactitud la verdadera situación de la finca o derecho en cuya inscripción o anotación constaban: Conforme exigía la propia normativa hipotecaria, que hablaba de «mención expresa» y de «expresa mención» (arts. 7.2 LH 1869 y 1909, 8.4 LH 1909, 29 LH 1861, 1869, 1909, y 13 RH 1870), la mención debía ser siempre y en todo caso explícita, específica, clara y precisa, de forma que no dejase lugar a dudas, ni a interpretaciones acerca de la existencia y contenido —subjetivo y obje-

---

y las facultades del adquirente en provecho de otro, *ya sea persona cierta o ya indeterminada*. Así lo advierte la Resolución de 6 de mayo de 1921, según la cual «las menciones practicadas en los asientos principales del Registro... no comprenden, por regla general, las circunstancias necesarias para dar a conocer de un modo indubitado la persona a cuyo favor se ha de extender en su día la inscripción».

(39) Disponía el último párrafo del artículo 29 LH 1861 que la posibilidad de mención del derecho real «se entenderá sin perjuicio de la eficacia de la obligación de inscribir especialmente los derechos reales mencionados en otras inscripciones, y de la responsabilidad en que pueda incurrir el que deba pedir la inscripción en casos determinados» (con similar redacción las versiones de 1869 y 1909).

(40) Ya el artículo 508 RH 1870 dispondría en su párrafo tercero que «para verificar la inscripción especial y separada de aquellos derechos —mención de derechos reales (párrafo primero) y mención de cargas o gravámenes reales (párrafo segundo)—, deberán presentarse en los Registros los títulos originales o supletorios de los mismos, sin que sea bastante para este efecto la simple traslación de los datos o antecedentes de las respectivas menciones». Al respecto destacan esta idea las Resoluciones de 17 de enero de 1876, de 27 de julio de 1899, de 30 de agosto de 1911 y de 6 de mayo de 1921; y en la doctrina: GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, pág. 602; Galindo y de Vera, L. y DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, R.: *Comentarios a la legislación hipotecaria de España*, tomo II, 4.ª edición, Madrid, 1899, pág. 313; DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, pág. 305; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 553; y ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 338, letra pequeña.

(41) GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, pág. 600. También la Resolución de 17 de julio de 1876 se refiere a la inscripción como consignación registral de un derecho que se practica «directamente», y a la mención como constancia registral que se lleva a cabo «de un modo indirecto».

tivo— del derecho mencionado, sino que de modo cierto e indubitable posibilitase su conocimiento por parte de cualquier tercero que consultara el Registro, pudiendo así afectarle lo que en ella se refiriese someramente (42). Todo ello como muestra de la compatibilidad que reinaba, o al menos debía reinar según mandato legal, entre el principio de publicidad registral y la posibilidad de la mención (43).

Las menciones, por tanto, podían ser breves, pero debían ser en todo caso expresas: simplicidad pero claridad habían de constituir las consignas de cualquier mención registral que se amparase, sobre todo, en el artículo 29 LH (44). De ahí que ya un año después de la Ley Hipotecaria de 1861, LA SERNA, tras definir la mención como «inscripción indirecta», precisara: «pero expresiva, clara e indudable» (45). De lo contrario, el derecho mencionado nunca produciría el efecto contra tercero que el propio artículo 29 LH le reconocía.

Incluso, si bien para la mención de la propiedad y de los derechos reales menores bastaba siempre con su explicitud en tanto respondían al tipo legal, existían otros supuestos de mención —los referidos a condiciones y a cargas reales *in abstracto* no prerregistradas— donde el Derecho inmobiliario no se

(42) GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, pág. 599: «Fjese bien la atención en la palabra *expresa*, puesta de propósito en el artículo —29.1 LH— para evitar que a fuerza de deducciones y conjeturas se suponga como implícitamente inscrito lo que no está de un modo claro e indudable, convirtiéndose así en daño del tercero lo que no pudo conocer... es menester que —el derecho real— aparezca clara y evidentemente del registro». En la misma línea, GALINDO, L. Y ESCOSURA, R.: *op.cit.* (II), pág. 318 y 319; DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, págs. 303 y 304; BARRACHINA Y PASTOR, F.: *op.cit.*, pág. 113; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.* (II), pág. 573; y ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 323. Por lo que respecta a la jurisprudencia: la RDGRyG de 17 de julio de 1876 se refiere al carácter «*expreso y claro*» de la mención, y la de 20 de marzo de 1879 habla de «*expresa mención*».

(43) Aclara el propio GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, pág. 599, que «dar mayor ampliación al texto de la Ley sería poner el artículo que comentamos —29 LH— en notoria contradicción con el principio de publicidad que es el cardinal que la domina». Como hoy día dice DÍAZ GONZÁLEZ, C.: *op.cit.*, pág. 194, aunque el derecho real se mencione «sin los requisitos necesarios para provocar una inscripción», «ha de venir claramente determinada en los títulos la referencia al derecho real... y venga determinado con los requisitos indispensables para saber exactamente qué derecho se menciona».

(44) La Sentencia de 22 de mayo de 1889 habla de la mención del derecho al riego como «simple mención» y como «mención expresa»; la de 31 de diciembre de 1963 definirá la mención como «alusión hecha en forma expresa y simple». Incluso en la doctrina científica posterior a la LH 1944-46 se insiste en la consideración de la mención como noticia, referencia, indicación, alusión o indicación simple, si bien expresa: ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.*, págs. 371 y 372 (1954) y págs. 116 y 117 (1968); CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 683 (basándose en DÍAZ MORENO y en ROCA SASTRE); MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 983.

(45) GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, pág. 600. De idéntico modo, la Resolución de 17 de julio de 1876 se refiere a la mención como constancia de un derecho hecha «de un modo *indirecto*, pero *expreso y claro*».

contentaba con que aquélla fuese manifiesta y expresa, sino que exigía además fuese completa e íntegra «mención circunstanciada y literal» rezaban, entre otros, los arts. 25.7.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> RH 1861 y 1870, y 61.5.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup> RH 1915 (46). Razonable es, pues, pensar que la práctica abusiva y sin control que de la mención se hizo no fue achacable a su previsión legal. Como en tantas otras ocasiones, la peligrosidad de los instrumentos de los que se sirve el hombre no reside sino en el indebido uso que de ellos se hace.

2. LA CONSIDERACIÓN SUSTANTIVA DE LA MENCIÓN COMO EXPRESIÓN DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA QUE, SIN ESTAR REGISTRADA, SE CONSTITUYE O, YA ESTABLECIDA, SE RECONOCE EN EL MISMO TÍTULO DEL DERECHO QUE SE INSCRIBE O ANOTA Y AL CUAL AQUÉLLA AFECTA

La *communis opinio doctorum*, pasada y actual, conviene en que el «título respectivo», al que se refiere el artículo 29.1 LH desde 1861, no puede ser otro que aquél documento en que por primera vez se indica o refiere el derecho a mencionar y, por supuesto, el derecho cuya constitución, modificación, transmisión o reconocimiento pretende inscribirse o anotarse, según el carácter definitivo o provisional con que se quiera o pueda practicar su inscripción (47). En un mismo título se contienen ambas situaciones jurídicas:

---

(46) El artículo 25 RH 1861 y 1870, disponía en su regla 7.<sup>a</sup>: «Para dar a conocer la estension, condiciones y cargas del derecho que deba inscribirse, se hará *mención circunstanciada y literal*...»; y en la regla 8.<sup>a</sup> prevenía que la existencia de cargas procedentes del Registro, ya inscritas, «se indicará *brevemente*», en tanto que las cargas resultantes del título, y sin inscripción, «se referirán *literalmente*». En similar sentido, según el artículo 61.5.<sup>a</sup> RH 1915 «las cargas de la finca o derecho que se inscriba se expresarán *relacionando brevemente* las que resulten del Registro, con referencia al asiento donde aparezcan, e *íntegramente* tan sólo las que resulten del título»; y en virtud de su regla 9.<sup>a</sup>, se exigirá la «mención *circunstanciada* de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente copiándose *literalmente* las condiciones establecidas en aquél». El artículo 33 RH 1861 y 1870 preceptúa, en sede de adjudicación de bienes para pago de deudas, la «*mención literal* de aquella obligación». Y el artículo 69.2 RH 1915, sobre la mención de aguas de dominio privado, exigía que tales aguas debían «mencionarse *especialmente*». En la doctrina DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, pág. 304, considera que con base en los «números 7.<sup>o</sup> y 8.<sup>o</sup> del artículo 25 del Reglamento, la mención indudablemente será tan expresa como lo deba ser, puesto que ha de hacerse literal». Por su parte, GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.* (I), pág. 588, precisan que en todo caso se habrán de indicar las cargas «que *claramente*, según los libros antiguos —o modernos— o el título, afecten a la finca o derecho objeto de la inscripción».

(47) El primero en aclararlo fue GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, pág. 601: «No puede caber la menor duda que el título respectivo que aquí habla la Ley, es el de la inscripción o anotación preventiva en el cual se haga mención espesa del derecho real que no esté consignado en el registro por medio de una inscripción separada y especial. La redacción de este artículo no admite otra interpretación que tampoco cabría, atendido el espíritu que domina en todo él». Y así opinará el resto de la doctrina: GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.* (II), pág. 314, DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, pág. 307; CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*,

una para su inscripción o para su anotación preventiva, otra para ser referida o mencionada. Es evidente, por tanto, que el origen próximo de la mención estriba en el propio título cuya registración se solicita, y que dicho acto o contrato a inscribir o a anotar no puede referirse única y exclusivamente al derecho que se va a mencionar, porque la mención es, por esencia, posible contenido de un asiento registral, nunca un apunte que por sí sólo obligue al Registrador a la apertura de un asiento (48).

Para la mención de condiciones y cargas que directa o mediatamente graven el derecho a inscribir, el artículo 25, regla 8.ª del RH 1861 y 1870 —y su correlativo artículo 61.5.ª RH 1915— exige, sin embargo, que en el cuerpo de la inscripción se expresen las cargas que resulten tanto del título como del propio Registro (49). Cabría, entonces, diferenciar una doble fuente: bien lo contenido en el propio título que se inscribe, bien lo ya inscrito o anotado en el Registro, ya proceda en este último caso de los libros antiguos —de la Contaduría de Hipotecas—, ya lo haga de los libros del Registro moderno (cfr., arts. 401 y 402 LH 1909, 507 y 508 RH 1915) (50). Para

pág. 333; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.* (II), pág. 576; y ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 337.

(48) Conforme a los artículos 25.7.ª RH 1861 y 1870, y 61.9.ª RH 1915 se hará mención circunstanciada y literal «de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho» que se inscribe; y el artículo 64 RH 1861 y 1870 se refiere a la mención de cargas *resultantes del título* («se mencionarán conforme a lo que de él —el título presentado— resulte»). Como dijera ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 325, «las menciones deben practicarse a base de la indicación que de un derecho real se hace en el *título presentado* a inscripción o anotación preventiva. (...) Para que pueda hablarse de mención de un derecho real, es preciso que la misma se haya practicado en el Registro única y exclusivamente porque en un título presentado a inscripción, se aludía o daba noticia de la existencia de un derecho real sobre la finca en cuestión... La mención debe tener su origen próximo en el título inscribible». Y como recientemente ha advertido DÍAZ GONZÁLEZ, C: *op.cit.*, pág. 194, «surge la mención cuando se presenta un título en el Registro para extender una inscripción o anotación, ya que no cabe la presentación de ningún título para hacer constar sólo la mención».

(49) En la misma línea, el artículo 17 de la Instrucción de 9 de noviembre de 1874 —y en semejante sentir el artículo 175 del Reglamento Notarial— imponía a los Notarios «la obligación de hacer mención circunstanciada de todas las cargas reales que tuviesen los inmuebles, para cuyo efecto no sólo se examinarán cuidadosamente los títulos que los otorgantes les presenten, sino que les pedirán todos los que tuvieren y de los cuales puedan resultar dichas cargas». Conforme a dicha Instrucción distingue la Sentencia de 21 de marzo de 1911 entre cargas reales expresadas en los documentos públicos y cargas reales relacionadas en las inscripciones del Registro de la Propiedad. No obstante, el nuevo artículo 145 RN, reformado por RD de 18 de diciembre de 1992, previene que para el caso en que no es aplicable la petición de información al Registrador, «las cargas y gravámenes que recaigan sobre el inmueble se harán constar por lo que resulte de la manifestación de la parte transmitente o constituyente del gravamen».

(50) Distinción a la que alude GIMÉNEZ ARNAU, E.: *Tratado de Legislación Hipotecaria*, tomo II: *La anotación preventiva. La cancelación de hipotecas. Derecho transitorio*, Madrid, 1941, pág. 194.

GALINDO Y ESCOSURA todas ellas serán por igual menciones registrales (51). Pero, se trataba simplemente de un arrastre, de la referencia a un gravamen ya inscrito o anotado con anterioridad —sea en libros antiguos o modernos—; esto es, de la remisión que se hace en un asiento a otro anterior en el tiempo; un fenómeno, el del reenvío a asientos preexistentes, que se aleja del sentido propio de la mención, y se asemeja, en cambio, a lo que acontece con las inscripciones de referencia respecto a las principales, o con las concisas en cuanto a las inscripciones extensas (52). Cuando en una inscripción se relaciona otra inscripción anterior, no opera una nueva inscripción de esta última, no hay reinscripción; luego cuando la mención aluda a cualquier asiento registral o incluso a otra mención vigente ha de mantenerse idéntica idea, la de su confirmación o repetición, pero no la de una nueva mención.

La razón de que no se configure como mención registral *stricto sensu* la operación obligada de confirmación de cargas ya registradas se infiere de la propia letra de la Ley: La mención contemplada en el artículo 29 LH es permitida «aunque —el derecho real en cuestión— *no esté consignado en el Registro por medio de una inscripción separada y especial*», preceptuándose por esto mismo, en su párrafo final, la posterior «obligación de inscribir especialmente los derechos reales mencionados». Y acerca de las menciones de cargas y gravámenes, reglamentariamente el origen de las mismas es tenido en cuenta respecto a su forma de registración, porque mientras «en el primer caso —las cargas resultantes de una anterior inscripción— se indicará *brevemente* su naturaleza y número, citando el que tuviera cada una y el folio y libro del Registro en que se hallaren; en el segundo —las cargas que resulten directamente del título— se referirán *literalmente*, advirtiendo que care-

(51) GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.* (I), pág. 585, aunque advierten la conveniencia de la supresión de las menciones de cargas ya registradas por su innecesariedad.

(52) Ya la Real Orden del Ministerio de Ultramar de 8 de mayo de 1894 —a la que alude en este punto MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.* (II), pág. 571 y 572— dispuso: «Los derechos reales mencionados a que se refiere el artículo 29 son los que se entresacan de los títulos respectivos presentados al Registro, nunca las menciones que tengan por matriz los libros antiguos, como los gravámenes que se hacen constar de oficio, puesto que la mención ha de surtir efecto desde la fecha del asiento de presentación de los títulos, cosa que no puede tener aplicación a las menciones que se sacan de los libros antiguos». La Resolución de 5 de enero de 1939, acerca de la referencia que de una hipoteca ya inscrita se hace en las inscripciones de fincas segregadas y divididas posteriormente: «referencia que más que mención de un derecho inscrito, equivale, para todos los efectos legales, a la transcripción de la inscripción de hipoteca, análogamente a lo que se realiza, con la referencia que en las inscripciones concisas se hace de las circunstancias generales de la extensa». Tras la reforma de la LH de 1944-46 se mantiene esta diferencia entre mención y arrastre de cargas o derechos ya inscritos en base al artículo 51.7.º RH: ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1968), págs. 106, 117, 122 y 123; CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 684; MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 987; LACRUZ, J. L. y SANCHO, F. A.: *op.cit.*, pág. 96; CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, B.: *op.cit.*, pág. 818; DÍEZ-PICAZO, L.: *op.cit.*, pág. 507; PAU PEDRÓN, A.: *op.cit.*, pág. 49; FUENTE NORIEGA, M. y otros: *op.cit.*, pág. 299.

cen de inscripción» (artículo 25, regla 8.<sup>a</sup> RH 1861 y 1869). El artículo 61.5.<sup>a</sup> RH 1915, aun cambiando el ordinal y la redacción de la regla anterior, mantendrá por entero su espíritu: «Las cargas de la finca o derecho que se inscriba se expresarán relacionando *brevemente* las que resulten del *Registro*, con referencia al asiento donde aparezcan, e *íntegramente* tan sólo las que resulten del título» (53). La consecuencia lógica de tal diferenciación de carácter adjetivo —referida al modo de consignación registral de un gravamen—, surge casi por sí sola: únicamente la indicación o referencia literal e íntegra de la carga derivada del título constituye auténtica mención, esa «mención circunstanciada y literal» del artículo 25.7.<sup>a</sup> RH 1861 y 1870, o esa «mención circunstanciada» del artículo 61.9.<sup>a</sup> RH 1915, de todo lo que, *según el título*, determine o limite el derecho que se inscribe.

En la actualidad, no satisfecha la doctrina, científica y jurisprudencial, con esta precisión acerca de la fuente próxima de la mención, añade que el título que la contiene por primera vez y la propia mención en sí misma siempre vendrán objetivamente referidos a una situación jurídica preexistente, previamente establecida, que aun gozando de vigencia actual no se constituye en el mismo título o documento que sirve de base para su mención, sino antes y fuera de él, en otro acto o contrato distinto y anterior (54). De lo contrario, si en el mismo título se crean *ex novo* y simultáneamente tanto el derecho a inscribir como la carga o derecho a mencionar que le afecta, la operación registral adecuada no será la mención de la segunda situación jurídica —de sujeción o de poder— en la inscripción de la primera, sino la inscripción de ambas conjuntamente en el mismo asiento registral (55).

(53) A tal precepto, como prueba de distinción entre mención y arrastre, se refieren CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 195; y ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 326.

(54) El primero en defender esta idea fue ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 324; que mantendrá en las posteriores ediciones de su obra (pags. 380 y 381 [1954], 112 y 113 [1968]), y que será unánimemente secundada por la doctrina científica, entre otros: CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 684; Díez-PICAZO, L.: *op.cit.*, pág. 507; CANO TELLO, C. A.: *op.cit.*, pág. 227; DÍAZ GONZÁLEZ, C.: *op.cit.*, pág. 195; PAU PEDRÓN, A.: *op.cit.*, pág. 49; MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 984. Por lo que respecta a la jurisprudencia, la Resolución de 7 de julio de 1954, haciendo suyas las palabras del recurrente, define la mención como indicación de la «mera existencia de carga o gravamen real —entendido en sentido lato— que se halla relacionada, mas no constituida o establecida, en el título inscrito o anotado». Siguiéndola, la Sentencia de 31 de diciembre de 1963, y reproduciendo a esta última la Sentencia de 17 de octubre de 1967 y la Resolución de 21 de mayo de 1991 definirán la mención como «alusión hecha en forma expresa y simple en una inscripción o anotación preventiva de un acto inscribible relativo a una finca de la existencia sobre ella de una carga o gravamen real que se halla relacionado, mas no constituido, en el título que originó dicha inscripción o anotación».

(55) ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.*, pág. 117. Para Díez-PICAZO, L.: *op.cit.*, pág. 507, si los gravámenes reales se establecen en el mismo título, no se mencionan, sino que «constituyen material o elementos que integran el acto inscrito y que se inscriben con él».

La significación gramatical y etimológica del vocablo «mención» avala este pretendido concepto técnico de la misma: Según el Diccionario de la Real Academia, ha de entenderse por mención (del latín *mentio*, *-onis*) todo «recuerdo o memoria que se hace de una persona o cosa, nombrándola, contándola o refiriéndola». Mas, ¿se mantiene tal significado cuando el significante «mención» se desenvuelve en el ámbito estrictamente hipotecario? Ni el artículo 29 LH, sobre la mención de derechos reales —plenos o menores—, ni los arts. 25 RH 1861 y 1870 y 61 RH 1915, acerca de la mención de cargas reales, hacían tal precisión.

Con la pretendida exigencia de constitución previa del derecho mencionado, la doctrina trataba realmente de criticar la concepción de mención que en su momento defendiera SANZ FERNÁNDEZ, quien, apoyándose exclusivamente en el artículo 7.2 LH 1909, entendía que «la mención se refiere a un derecho real, distinto del inscrito o anotado, *constituido* en el mismo acto o contrato que éste, a favor de otra persona, sin constar la aceptación de ésta» (56). El artículo 7 de la LH de 1861, acerca de la reserva de derechos en favor de tercero, preceptuaba como obligada su inscripción *ex officio* (57). Sin embargo, en la LH de 1869, además de precisar que lo reservado debía ser un derecho real inmobiliario y amén de imponer su inscripción cuando el título constitutivo no fuese de suyo inscribible, previno en un nuevo párrafo segundo la posibilidad de mención de tal situación cuando el acto o contrato que lo constituía era susceptible de inscripción y en efecto se inscribía: En este caso, se requería «*expresa mención* del derecho real reservado y de las personas a cuyo favor se hubiere hecho la reserva» (cfr. artículo 7.2 LH 1869 y 13 RH 1870) (58). Las palabras empleadas por el legislador no dejaban ca-

---

En igual sentido, siguiendo a Roca Sastre, MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 986; y FUENTE NORIEGA, M. y otros: *op.cit.*, pág. 299.

(56) SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, pág. 210.

(57) Artículo 7 LH 1861: «La inscripción de los actos o contratos en que se reserve cualquier derecho a personas que no hayan sido parte en ellos, se deberá exigir por el escribano que autorice el título, o por la autoridad que lo espida, si no mediare aquel funcionario, siempre que el interés de dichas personas resulte del título mismo, o de los documentos o diligencias que se hayan tenido a la vista para su expedición».

(58) Disponfa el artículo 7 LH 1869 y 1909, en su párrafo primero: «Cuando en los actos o contratos no sujetos a inscripción se reserve cualquier derecho real sobre bienes inmuebles a personas que no hubieran sido parte en ellos, el notario que autorice el título, o la autoridad que lo espida si no mediare aquel funcionario, deberá exigir la inscripción del referido derecho real siempre que el interés de dichas personas resulte del título mismo o de los documentos o diligencias que se hayan tenido a la vista para su expedición». Por su parte, el párrafo segundo dispondrá: «Si los actos o contratos estuvieren sujetos a inscripción, deberá hacerse en ésta expresa mención del derecho real reservado y de las personas a cuyo favor se hubiere hecho la reserva». Y en esta posibilidad de mención insistirá el artículo 13 RH 1870: «Los Registradores cuidarán bajo su responsabilidad de que al anotar o inscribir, en su caso, los actos o contratos a que se refiere el

bida a la duda. Se trataba de una auténtica mención registral que constataba un derecho —el reservado— cuya causa jurídica, que no simple origen próximo o remoto, se encontraba en el mismo documento que constituía el derecho a inscribir y afectado por la reserva inmobiliaria (59).

Por supuesto, la hipótesis contemplada en el artículo 7.2 LH no era la única, ni siquiera el caso genuino de mención: Se trataba de un supuesto introducido en 1869, cuando las menciones ya existían, y referidas a otros casos, desde 1861 (60). De ahí el error en que incurriera SANZ FERNÁNDEZ, porque no era posible construir la noción hipotecaria de mención a partir de ese sólo cimiento legal: De lo contrario, el resultado sería, y así fue, una visión parcial e incompleta sobre la mención, únicamente referida al derecho que se constituye en el título que se inscribe y no al que simplemente se indica, recuerda y reconoce en él (61), cuando realmente, bajo el sentido estrictamente hipotecario de men-

---

artículo anterior —artículo 12 RH que se refiere al artículo 7 LH—, se haga en el asiento expresa mención del derecho real reservado y de las personas a cuyo favor conste la reserva».

(59) Incluso nuestra jurisprudencia registral se mostraría conforme al respecto equiparando en materia de menciones los arts. 7.2 y 29 LH: La Resolución de 21 de julio de 1920, acerca de la peligrosidad de mencionar derechos puramente personales u obligacionales, se refiere a la necesidad de no «ampliar los términos de los arts. 7.º y 29 de la citada Ley Hipotecaria de 1909—». Por su parte, la de 16 de julio de 1943 aludirá a «la mención de derechos verificada al amparo de los artículos 7.º y 29 de la Ley Hipotecaria».

(60) GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf), pág. 236: «El concepto de mención está ya en la Ley de 1861 y en su Reglamento (el primitivo)... Si, pues, existía el concepto de mención y no habla párrafo 2.º del artículo 7.º, mal podía ser el párrafo 2.º del artículo 7.º base fundamental del concepto de mención». El propio SANZ FERNÁNDEZ, A.: *op.cit.*, pág. 208, dice, por una parte, que el artículo 10 LH 1909 y el artículo 61 RH 1915 «usaban equivocadamente la palabra mención»; y por otra, reconoce que su opinión «difiere de la defendida por la casi unanimidad de la doctrina y de la jurisprudencia».

(61) No obstante, como crítica a la noción de mención *ex* artículo 7.2 LH 1909 que defiende SANZ FERNÁNDEZ, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.*, pág. 324 y 325, nota (1) [1941], 369 y 370, nota (2) [1954], 109 y 110, nota (1) [1968], comparando tal hipótesis de reserva de derecho real con la constitución de hipoteca unilateral (art. 141 LH), dirá que ambos casos son de estricta inscripción, y que el primero, en cuanto estipulación a favor de tercero dirigida a atribuirle un derecho real (art. 1.257.2 CC), en ningún caso será mencionable, «pues en la mención el derecho real se da por constituido, en tanto que en el supuesto de reserva el derecho real no ha podido constituirse sin la aceptación del beneficiado». Amén de que con estas consideraciones prescinda por completo de la evidencia literal del artículo 7.2 LH, al referirse a un derecho real no constituido o en formación, no está sino ratificando en cierto modo la tesis de ATARD y GONZÁLEZ, R.: «Ensayo de construcción sistemática de las titularidades *ob rem*» y las llamadas «vocaciones al derecho real» en nuestro sistema hipotecario», en *RDP*, 1924, págs. 281 y 282, para quien, con base en idéntico precepto, la mención es mecanismo excepcional de amparo y protección registral de lo que él califica como «vocaciones al derecho real» —lo comúnmente conocido con el nombre de *jus ad rem*—. Quedaría, entonces, con mayor razón desvirtuada la consideración únicamente gramatical, pero no hipotecaria, de la mención como referencia a un hecho o a un derecho del pasado, ya constituido, pues de acuerdo con ROCA acerca del artículo 7.2 LH estaríamos ante la mención registral de

ción, se admitían ambas posibilidades: Como dijera MORELL Y TERRY, «el derecho real mencionado, o debe resultar constituido —a la vez o simultáneamente— y consentido por los interesados en la misma escritura o documento que se inscribe o —en el caso de que haya sido anteriormente creado— ha de hallarse reconocido por la parte a quien perjudica» (62).

### 3. EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA MENCIÓN Y SU JUSTIFICACIÓN CONFORME A LOS PRINCIPIOS DE ROGACIÓN, PUBLICIDAD Y ESPECIALIDAD

El artículo 29 LH, en sus distintas redacciones de 1861, 1869 y 1909, se refería a derechos reales que, aun siendo registrables «*por medio de una inscripción separada y especial*», podían igualmente mencionarse.

Desde un punto de vista objetivo, el sentido de la expresión entrecomillada parece evidente: el propio artículo 29 LH 1861 se refería a «todo derecho real», es decir, a los derechos inmobiliarios que por vocación propia —su naturaleza real— pueden acceder al Registro de la Propiedad mediante el asiento de inscripción. Ese «todo» abarcaba, pues, cualquier derecho real —incluida la propiedad—, con independencia de cual fuese su contenido de poder *in re*. Y si en algún momento pudo suscitarse alguna duda o detectarse una laguna, la Ley Hipotecaria de 1869 vendría a resolver la una y colmar la otra, al precisar en su artículo 29 LH que «el *dominio o cualquier otro derecho real* que se mencione expresamente...» (redacción que se mantendría inalterada en el artículo 29.1 LH 1909) (63). Cabría, por tanto, pensar

---

un derecho eventual, latente, de creación futura: Diversos pronunciamientos jurisprudenciales hay ciertamente que con fundamento en los arts. 7.º y 29 LH se refieren a la mención de derechos reales «de configuración más o menos perfecta» (Resoluciones de 16 de julio de 1920, de 5 de mayo de 1931 y de 16 de julio de 1943), aunque bien pudieran referirse a cuestiones de especialidad más que de naturaleza del derecho en sí. En cualquier caso, el artículo 7.º LH se refiere siempre y en sus dos párrafos a un mismo supuesto de derecho real reservado en beneficio de tercero, y si impone en un caso su inscripción (párrafo primero), y obliga en otro a su mención (párrafo segundo), no es por la propia reserva en sí, esto es, porque en el primero de los supuestos se trate de un derecho real perfectamente constituido y en el segundo de un derecho real en formación o vocacional, sino en cuanto el acto o contrato que lo establezca y contenga no sea o sí sea, respectivamente, inscribible.

(62) MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.* (II), pág. 573. Así pues, como dijera CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *op.cit.*, pág. 817, «el significado gramatical de la palabra, por su generalidad, no es útil a los efectos hipotecarios. El que según aquél se trate de recuerdo o memoria de una cosa, no precisa realmente nada en el orden hipotecario. Ni incluso el significado gramatical de la frase, «hacer mención», expresiva del acto de nombrar una cosa al escribir (que es lo que se realiza en el Registro, sin que tengamos que aludir a las otras formas de expresión), puede sernos tampoco (*sic*) útil a nuestro estudio».

(63) Según GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, pág. 325: «Esta —la LH 1861 en su artículo 29— hablaba sólo de derechos reales, y aunque el *dominio* merece ese califica-

como única hipótesis en la sola mención de los derechos reales inmobiliarios, ya sea el dominio, ya sea cualquier tipo de derecho real limitado o desmembrado (64). En efecto:

— Por razones de exactitud registral, la propia experiencia registral anterior a 1944 muestra, como práctica más o menos usual, supuestos de propiedad mencionada, tales como la mención del dominio directo en la inscripción del dominio útil, y viceversa, la mención de cuota propietaria en cuanto a la otra participación indivisa que sí se inscribía, o la de nuda propiedad en la inscripción del usufructo (65).

tivo por excelencia, podía dar lugar a dudas el no verlo expresamente comprendido en el artículo 29; para evitarlas se adicionó esa palabra en el vigente». Más tajante se muestra ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 325: «la primitiva ley de 1861, sólo hablaba de las menciones de derechos reales, siendo la reforma de 1869 la que añadió la mención del dominio; ello fué no una innovación, sino una aclaración, por comprenderse el derecho de dominio dentro del amplio concepto de derecho real».

(64) La Resolución de 17 de enero de 1933 dirá que *ex* artículo 29 LH sólo son mencionables el dominio y los derechos reales; y en la doctrina: DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, pág. 302; BARRACHINA Y PASTOR, F.: *op.cit.* (1), pág. 112; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 570; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 324. De hecho, cuando GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, pág. 600, se pronuncia acerca de la inscripción especial y separada, se refiere a los derechos inscribibles *ex* artículo 2 LH.

(65) Al margen de que, como regla general, la inmatriculación de cualquier bien inmueble deba ser de pleno dominio, por un lado, y de que la normativa hipotecaria primitiva se limitara en un inicio a admitir in *abstracto* la mención del dominio (art. 29.1 LH), sería la propia práctica registral la que desde un comienzo mostrara tal posibilidad: Un primer supuesto, de gran uso y aceptación, fue *la mención de nuda propiedad en la inscripción del usufructo* cuando fuese únicamente el usufructuario quien solicitase al Registrador la inscripción de su derecho (Vid. las RR de 17 de julio de 1876, de 20 de marzo de 1879, de 9 de noviembre de 1916, y de 6 de mayo de 1921; y en la doctrina, GALINDO Y ESCOSURA: *op.cit.*, págs. 325 y 326; MORELL, J.: *op.cit.*, pág. 571). Un segundo caso vino representado por *la mención del dominio directo en la inscripción del censo enfiteútico, del foro o del subforo* cuando solamente fuese rogada la inscripción del gravamen enfiteútico o forero (cfr., entre otros, arts. 39 y 40 LH 1909; RR de 9 de junio de 1869 y de 22 de abril 1892, y en la doctrina: MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 571; DÍEZ-PICAZO, L.: *op.cit.*, pág. 507; MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 984). Incluso, partiendo de la doble calificación que en nuestro Derecho reciben la enfiteusis, el foro y el subforo como carga o gravamen y como dominio útil, la posibilidad de mención podría practicarse de modo inverso (MORELL, J.: *op.cit.*, pág. 571; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 324; GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (1), pág. 194). Cabía igualmente mencionar la propiedad cuando estuviere sometida a otro tipo de censo —consignativo, reservativo—, a una servidumbre o a cualquier otra clase de gravamen real cuya inscripción es aisladamente pretendida: el artículo 8 LH 1909, en sus últimos cuatro párrafos, previno como necesaria la «expresa mención de las fincas gravadas, aunque éstas no se hallen especial y separadamente inscritas» (*sic* cuarto), en la inscripción principal y propia de las servidumbres, treudos y demás afecciones reales —con excepción de la hipoteca que pesaban sobre aquella pluralidad de predios. Así lo advirtió ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 324. Como tercer y último caso, la doctrina previó como mención del dominio aquel en que tratándose de una copropiedad indivisa, sólo uno o varios de los copropietarios solicitara la inscripción de su cuota comunitaria (cfr. artículo 20 LH 1909), pues

—Igualmente, se admitió la hipótesis inversa: La mención de derechos reales limitados (usufructo, especialmente), o de gravámenes reales inscribibles por sí mismos (fueros y censos, sobre todo), en la inscripción del dominio al que desmembraban o limitaban (66). Entre tales hipótesis destacaría, por estar expresamente prevista, la mención de servidumbres prediales —sobre todo, de aguas de dominio privado—, en la inscripción relativa al fundo sirviente como peso, gravamen o afección del mismo (cfr. arts. 13 LH 1861 a 1909, y 69 RH 1915) (67).

---

era lógico que en su inscripción se hiciera mención de las restantes participaciones indivisas y de sus diversos titulares (GALINDO Y ESCOSURA: *op.cit.*, pág. 325; Díaz Moreno, E.: *op.cit.*, pág. 302; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 570 y 571; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 324; y Resolución de 12 de junio de 1865, sobre un caso de coposesión mencionada).

(66) Partiendo de la doctrina de la nuda propiedad mencionada en la inscripción del usufructo, advirtió la hipótesis opuesta, referida ahora al propio derecho de usufructo (GALINDO Y ESCOSURA: *op.cit.*, pág. 311; y MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 579). Por lo que se refiere a las cargas reales mencionables, la Resolución de 11 de marzo de 1932 se refiere a una mención de prohibición de enajenar y gravar los bienes heredados que impide la inscripción de una escritura de hipoteca posterior. La de 18 de abril de 1898 se pronuncia acerca de una mención de foros y censos. La Sentencia de 21 de marzo de 1911, conforme al artículo 17 de la Instrucción de 9 de noviembre de 1874, que exigía «la mención circunstanciada de todas las cargas reales que tuvieren los inmuebles», se refiere a un censo que se expresa en el documento público y que se menciona registralmente. La Sentencia de 13 de noviembre de 1918 se pronuncia sobre la mención preceptiva y obligada *ex* artículo 398 LH 1861 de cargas reales en las informaciones posesorias —en el caso se trataba de un censo reconocido en 1620 por el representante del Duque de Osuna en favor de la villa de Algodonales—. En cuanto a RR referidas a censos mencionados en general, destacan las de 18 de marzo de 1865; de 17 de enero de 1876; de 5 de noviembre de 1883; de 31 de octubre de 1884; de 31 de marzo de 1885; de 12 de junio de 1886; de 26 de junio de 1893; de 3 de febrero de 1894; de 18 de abril de 1898, de 6 de junio de 1910; de 18 de septiembre de 1913; de 16 de febrero de 1914. La de 27 de julio de 1899 se refiere a la mención de un censo enfiteútico hecha en la inscripción del dominio útil; y la de 19 de septiembre de 1914 habla de la mención de censos reservativos.

(67) Tratándose de un derecho real inscribible (art. 13 LH), no había inconveniente en que la servidumbre fuese mencionable según el artículo 29 LH (MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 571; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.*, págs. 329 y 330). La Resolución de 24 de marzo de 1922, en materia de servidumbre de aguas, permitió que la mención pudiera acreditar: bien una cualidad de la cosa propia, bien un derecho real en cosa ajena en favor de tercero. Pero el artículo 69 RH de 1915 negará tal hipótesis de doble mención: Tras regular en su párrafo primero la posibilidad de inscripción especial y separada de las aguas de propiedad privada en cuanto finca registral independiente, permite su consignación registral en la inscripción de dominio de la finca donde tales aguas se encuentran a través de una doble fórmula alternativa: «podrá hacerse constar la existencia de las aguas en la inscripción de la finca de que formen parte, como una cualidad de la misma .....primera posibilidad....., o mencionarse especialmente en dicha inscripción el derecho a las aguas en la forma determinada en el artículo 29 de la Ley —segunda posibilidad—». Por la propia y expresa remisión, en este sentido, del artículo 69 RH 1915 al artículo 29 LH 1909, sólo en el segundo supuesto la indicación registral de la servidumbre será estricta y típica mención, porque, amén de identificar la propiedad de la finca, hace

—Únicamente, por imperativo legal (art. 29.2 LH 1861), pareció quedar excluida como posible objeto de mención la hipoteca —probablemente por razones de especialidad (68).

La vigente Ley Hipotecaria, sin embargo, no se refiere ya de modo expreso a la mención de derechos reales; simplemente habla de la «mención de

---

referencia al carácter actualmente gravado de la misma. Así habrá de entenderse para toda servidumbre predial: Ya la STS de 26 de febrero de 1942 precisará en general la posibilidad de mención de cargas reales, siempre que: pertenezcan como favor a persona distinta del titular del derecho real que se inscribe o anota; que limiten el derecho real inscrito o anotado; y que no supongan la expresión de un gravamen sobre un inmueble ajeno dispuesto a modo de beneficio propio y consignado por quien dice ser su titular activo. Esta exigencia de mención de servidumbre como carga real de la finca sirviente, y no como cualidad meramente descriptiva del inmueble beneficiado, será secundada posteriormente por la jurisprudencia (RR de 7 de julio de 1954, y de 30 de mayo de 1961; S 17 de octubre de 1967, que excluye de la mención «toda referencia a gravámenes no inscritos hecha en la inscripción del predio dominante») y por la doctrina (ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.*, págs. 377 y 378 [1954], pág. 121 [1968]; DIEZ-PICAZO, L.: *op.cit.*, pág. 507; CANO TELLO, C. A.: *op.cit.*, pág. 227; CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 688).

(68) Tras admitir el artículo 29 LH de 1861, en su primer párrafo, la mención de cualquier derecho real, excluye en su segundo párrafo la mención de hipoteca: «Excepcionalmente únicamente la hipoteca, la cual no surtirá efecto contra tercero, si no se inscribe por separado». Constituía la hipoteca, pues, la excepción a la regla, el único supuesto de derecho —carga o gravamen real que, siendo inscribible, no podía ser mencionado, o que siéndolo no perjudicaba a terceros (Resolución de 26 de julio de 1867). No obstante, en las posteriores versiones de 1869 y de 1909 del mismo artículo 29 LH se suprimirá finalmente dicho párrafo segundo: ¿Tal vez entonces cabía ya la mención de carga hipotecaria? ¿Acaso era tan evidente la imposibilidad de que fuese mencionada la hipoteca que ni siquiera era necesaria una norma prohibitiva al respecto? Según GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, págs. 601 y 602, sólo hay una explicación coherente para tal prohibición *ex* artículo 29.2 LH 1861: Puesto que el Registro se divide en dos secciones, una primera para la propiedad y los demás derechos reales, y una segunda de las hipotecas; éstas, en aras de su plena eficacia erga omnes, tendrán que constar necesariamente inscritas en su propia sección registral, no pudiendo en ningún caso ser mencionadas en los libros registrales pertenecientes a la primera sección del Registro. Adoptando esta interpretación del párrafo segundo del artículo 29 LH 1861, GALINDO Y ESCOSURA: *op.cit.*, pág. 326, considerarán como lógica su supresión por el legislador en 1869 por la propia unificación del Registro inmobiliario en un solo libro o registro que ahora sirve ya para toda situación jurídico-real inmobiliaria (en la misma línea, la Resolución de 30 de octubre de 1871). Cabría entonces pensar, concluyen estos autores (p. 310), en la posibilidad de mencionar válida y eficazmente la hipoteca en la inscripción del inmueble al que sujeta en garantía del crédito. El silencio legal sería, pues, permisivo. En cambio, otro sector de la doctrina —Morell y Terry, J.: *op.cit.*, pág. 571; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 327; GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.*, pág. 243— niega dicha mencionabilidad antes y después de 1869: Según los arts. 1875 CC y 146 LH 1909 la inscripción de hipoteca es *constitutiva*, porque mientras no se inscriba, la hipoteca no nace. Luego difícilmente podrá practicarse la mención —que no es inscripción *stricto sensu* de algo futuro, de algo que de momento no existe por no haberse constituido. En nuestra opinión, y sin la pretensión de resucitar la no tan añeja polémica relativa al valor —constitutivo o declarativo— de la inscripción de hipoteca, el propio *iter* cronológico de las normas hipotecarias impide alegar, en contra de la mención de hipoteca, el carácter constitutivo de su inscripción: Por todos es sabido que nuestro Código Civil, con su artículo 1.875, fue

derechos susceptibles de inscripción separada y especial» (art. 29 LH), y, lo que es igual aunque invirtiendo las palabras, de la «mención de derechos susceptibles de inscripción especial y separada» (art. 98 LH). La cuestión, por tanto, a dilucidar no es solamente de rango objetivo, sino también de índole sustantiva y formal: Porque, de acuerdo con lo dispuesto en el anterior artículo 29 LH, para que un derecho pudiera ser mencionado no sólo habría de ser de naturaleza real e inscribible, sino que la inscripción a que pudiera y debiera dar lugar finalmente (ex último párrafo artículo 29 LH), habría de ser *especial y separada*.

Quizá pudiera ello aludir a las distintas secciones en que originariamente se estructuró nuestro Registro inmobiliario: una primera sección para registrar la propiedad y los demás derechos y cargas reales, y una segunda sección especial para la inscripción tan sólo de las hipotecas (69). Pero si esta interpretación podía ser convincente en 1861, no lo será ya a partir de la LH de 1869 porque, aun unificadas ambas secciones en un sólo y único Registro de la Propiedad, continúa empleándose la expresión «inscripción especial y separada» (cfr. arts. 26.1 a, 29 y 98 LH vigente).

Por contraposición a la mención, pudiera entenderse la inscripción especial y separada como aquella que se practica directamente y en debida forma, no por simples referencias o alusiones, en un asiento registral propio y único (vid. arts. 14.4, 32, 313.1 LH, 299 RH) (70). Pero pronto la jurisprudencia

---

promulgado en 1889, y, sin embargo, ¡la omisión del párrafo segundo del artículo 29 LH sería hecha veinte años antes, en 1869!, cuando todavía se conservaba inmaculado, en cambio, el artículo 146 LH. La clave definitiva acerca de la problemática mención de hipoteca se encuentra, a modo de indicio, en la Sentencia de 13 de julio de 1908, que precisamente la rechaza, considerándola como nula e ineficaz ex artículo 30.2 LH (precepto que se mantiene idéntico en las LLHH de 1861, 1869 y 1909), porque no reúne los requisitos mínimos y necesarios de especialidad y determinación que el artículo 9 LH exige, especialmente en sus números 1.º a 5.º y 8.º, para la total validez de su inscripción. Ahora bien, ¿no cabría, entonces, mencionar la hipoteca conteniendo aquellas «menciones» —según la literalidad del artículo 32.1 LH 1861, 1869 y 1909—, que impone el artículo 9 LH? En efecto, y así lo reconoce ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 327, el artículo 157 RH de 1915, sobre cancelación de gravámenes mencionados, expresamente se refiere, entre otras cargas reales, a la hipoteca mencionada, evidenciando, por tanto, que la mención de hipoteca, aunque hubiere de respetar el principio de especialidad, fue una realidad viable: «Para hacer constar en los libros del Registro la extinción de gravámenes que sólo estén mencionados... deberá extenderse... una nota concebida en los siguientes términos: «Cancelado o subrogado, o reducido, etc., el censo, *hipoteca*, etc...» (que repite en su segundo párrafo).

(69) Así pudiera deducirse de GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, págs. 601 y 602, al decir que la hipoteca no es mencionable porque requiere inscripción especial y separada, esto es, en su propia sección del Registro, en la de Hipotecas, y no en la de Propiedad.

(70) Así lo entienden FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, V.: *op.cit.*, págs. 193 y 194; CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, págs. 684 y 686; y MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 984. Incluso las RR de 27 de julio de 1899 y de 6 de mayo de 1921 se referían a la mención como algo distinto de la inscripción completa, definitiva y hecha en debida forma.

(RR de 30 de octubre de 1871 y de 7 de julio de 1954), secundada unánimemente por la doctrina, advertirá que no es ese el sentido de la expresión, puesto que nada se opone a la inscripción separada y especial de dos derechos reales distintos que constituidos en un mismo título y referidos a una misma finca se inscriben, no obstante, conjuntamente, desde una perspectiva formal, en un mismo asiento registral (cfr., arts. 57, 72, 192, 376 y 421.1 RH actual) (71). Es evidente, por tanto, la compatibilidad que existe entre la aptitud sustantiva de inscripción separada y especial —en cuanto derecho o situación jurídica— y la posibilidad adjetiva, a efectos de mecánica registral, de inscripción conjunta —en cuanto a la unidad de asiento en sí mismo—, quedando, así, desechada la posible concepción de inscripción separada por oposición a la inscripción conjunta.

El verdadero sentido de tal locución parece residir más bien en significar la posibilidad de *inscripción independiente y principal*, no para diferenciarla de las inscripciones de referencia, sino para indicar una situación jurídico-real que es inscribible por sí misma, que puede presentarse a inscripción con título propio y específico, y que, por ende, es idónea para ser objeto principal y contenido básico de la inscripción (cfr. arts. 8 LH 1909 y 69.1 RH 1915 y actuales arts. 8.4.º y 5.º LH y 218 RH) (72). La conveniencia de mencionar estos derechos *ex* artículo 29 LH resultaría, pues, evidente: Puesto que nuestro sistema de inscripción es por norma de práctica voluntaria —principio de rogación (cfr. artículo 6 LH y concordantes en sus distintas versiones de 1861, 1869, 1909 y 1946: «La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente...»)——, es posible que un mismo título contenga dos derechos reales que, referidos a una misma finca, se complementen o afecten, y que la petición de inscripción sea parcial —referida a uno sólo de ellos—; sería entonces cuando surgiese la mención como instrumento auxiliar para hacer cognoscible la situación cuya inscripción no ha sido rogada, pero cuyo

---

(71) Existiendo un único libro para el Registro tras la LH 1869, según la Resolución de 30 de octubre de 1871, «en los casos... en que se trata de registrar varios derechos reales que resultan de un mismo título, no hay necesidad de hacer más de una inscripción, debiendo solamente consignarse en inscripciones separadas aquellos derechos que aparecen en títulos diversos». Según la Resolución de 7 de julio de 1954, ya con apoyo en el artículo 57 RH, «a veces las escrituras o títulos presentados a inscripción contienen dos o más actos inscribibles relativos a las mismas fincas», en cuyo caso ha de practicarse «conjuntamente la inscripción en un solo asiento». Hacen idéntica observación: GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.* (II), pág. 320; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.* (II), pág. 578 y 579; GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf), pág. 257; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), págs. 386 y 387; LACRUZ, J. L. y SANCHO, F. A.: *op.cit.*, pág. 123; CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, págs. 207 y 208.

(72) ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1968), pág. 107, dirá que los derechos susceptibles de inscripción especial y separada, que para él únicamente lo son las cargas y derechos reales inmobiliarios, «son en general susceptibles de constituir objeto básico de una inscripción especialmente destinada».

contenido y propia existencia precisan la completa extensión de aquella otra situación jurídica que efectivamente se inscribe porque así se ha pretendido (73).

Ahora bien, otras situaciones jurídico-reales que, aun no siendo inscribibles de modo autónomo y aislado por presentarse subordinadas y dependientes de otra, también podían ser mencionadas en las inscripciones y anotaciones extendidas a la principal, no ya según el artículo 29 LH, que en efecto no las comprende, sino de acuerdo con los arts. 25 RH 1861 y 1870 y 61 RH 1915 (cfr., entre muchos otros, arts. 9.2.º LH 1861, 1869, 1909 —en relación con artículo 32 LH—, 401.2 y 402 LH 1909, y arts. 25.7.ª y 8.ª RH 1861 y 1870 —y el correlativo artículo 61.5.ª y 9.ª RH 1915—, 26.1.º y 2.º RH 1915, 27 RH 1861, 64 RH 1861 y 1870, 157 y 508 RH 1915, y artículo 17 de la Instrucción de 9 de noviembre de 1874) (74).

En contra de la literalidad de tales normas, que hablaban de «mención circunstanciada y literal» para referirse a la indicación que se hiciera en los libros del Registro de las condiciones, cargas, limitaciones y demás restric-

(73) GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.* (II), pág. 320, basándose en la posibilidad de inscripción conjunta de dos derechos contenidos en un mismo título inscribible y referidos a una misma finca (Resolución de 30 de octubre de 1871), y puesto que la inscripción en nuestro sistema es voluntaria, entendieron que si de los dos derechos que constaban en el mismo documento sólo se solicitaba la inscripción de uno de ellos, los Registradores «han de limitarse a hacer la inscripción que se pretenda y *mencionar expresamente* el otro derecho real». En idéntico sentido, MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.* (II), pág. 579: «Cuando se pide la inscripción de los diferentes derechos sobre una misma finca comprendidos en un mismo título, se practicará pues, una sola inscripción, y si se pide únicamente la inscripción, por ejemplo, de la nuda propiedad o del dominio y no la del usufructo o la hipoteca, aquellos derechos se inscribirán y éstos resultarán mencionados».

(74) Por remisión del artículo 32 LH 1861, 1869 y 1909 —que exige «hacer mención en ella de todos los requisitos...»— al artículo 30 LH, y de éste al artículo 9.1.º a 6.º y 8.º LH, hay que entender como mención la expresión de las «cargas» tanto del «derecho que se inscribe» (art. 9.2.º LH), como «del derecho sobre el cual se constituya el que sea objeto de la inscripción» (art. 9.3.º LH). Los arts. 25.7.ª y 8.ª RH 1861 y 1870, y 61.5.ª y 9.ª RH 1915 exigen la «mención circunstanciada y literal» de las cargas que resulten del título y afecten al derecho que se inscribe. En virtud del artículo 27 RH 1861 y 1870 —no ya en 1915—: «Toda inscripción relativa a fincas en que el suelo pertenezca a una persona y el edificio o plantaciones a otra, espresará con toda claridad esta circunstancia, al hacer *mención de las cargas* que pesen sobre el derecho que se inscriba». El artículo 64.2.ª RH 1861 impone la mención de cargas que resulten del título y no estén ya inscritas en la anotación preventiva instada. El artículo 17 de la Instrucción de 9 de noviembre de 1874 exigía «la mención circunstanciada de todas las cargas reales que tuvieren los inmuebles». Los arts. 393 LH 1909 y 26 RH 1915 exigen, por su parte, la mención de cargas en la inscripción de posesión. El artículo 157 RH 1915 establece el modo de cancelación de gravámenes mencionados. En régimen de Derecho transitorio, los arts. 401.2 y 402 LH 1909 se refieren, respectivamente, a «las cargas y gravámenes... mencionadas» y a la «mención de dichos gravámenes o derechos reales»; y, por último, el artículo 508 RH 1815 alude en su párrafo segundo a «las menciones de cargas o gravámenes».

ciones que afectasen al derecho inscrito —o anotado (cfr. artículo 72 LH 1861)—, un importante sector de la doctrina, sobresaliendo como cabeza visible ROCA SASTRE, niega esta apariencia de mención que la misma ley genera: No estamos, se dice, ante un nuevo derecho real distinto del que se inscribe o anota, sino ante una *simple circunstancia* que, aun gozando de trascendencia real —en cuanto limitación o restricción—, es accesoria y secundaria, carece de titularidad y sustantividad propias; de ahí que no sea mencionable en sentido técnico por su incapacidad para inscribirse especialmente, siendo, en cambio, un elemento que forma parte integrante del acto o derecho principal y con el cual se inscribe o anota como particularidad del mismo (75).

Pero, ¿acaso no es la mención registral contenido añadido a un asiento principal —generalmente de inscripción o de anotación—, de cuyo contenido forma parte y en el que se expresa, consigna o alude algo que afecta a lo inscrito o anotado, limitándolo o identificándolo? La razones aducidas en sentido crítico únicamente servirían para desmentir la ubicación de estas menciones en el artículo 29 LH, porque, en efecto, son situaciones no inscribibles separadamente, pero nunca desvirtuarán su calificación como mención, ni negarán su *justificación*: Ante las diversas formas de registración posibles, nuestro legislador, desde un principio, ha optado siempre por el sistema de inscripción, un método de toma de razón que, a diferencia de la transcripción, no requiere la copia completa y literal del título que se registra, sino un breve, aunque expresivo, extracto o compendio de su contenido. Mas, dado que este

---

(75) Así se pronuncian en cuanto al artículo 61 RH 1915, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 329 (y luego, pág. 381 a 384 [1954], y pág. 104 [1968], donde hablará de mención amplísima o en sentido genérico); DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* (Com. a LH), pág. 38; y, ahora, conforme al artículo 51.6.º y 7.º RH: CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, págs. 684, 685 y 687; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *op.cit.*, pág. 819 y 820; DÍAZ GONZÁLEZ, C.: *op.cit.*, pág. 194; MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 982 y 986; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, Barcelona, 1995, págs. 325 y 326. Y en cuanto a la jurisprudencia: La Resolución de 27 de marzo de 1947 niega como mención la modalidad o condición de la relación jurídica inscrita cuya expresión registral viene exigida por el artículo 61.9.a RH; la de 7 de julio de 1954, en el caso de una servidumbre de paso y luces que se inscribe conjuntamente con el predio dominante, considera que su consignación registral difiere de la mención, entre otras razones porque se trata de una circunstancia requerida por los arts. 9 LH y 51 RH. Por su parte, las Sentencias de 31 de diciembre de 1963 y de 24 de enero de 1964 niegan como mención la indicación de un dato esencial de la descripción e identificación de la finca. La Sentencia de 23 de diciembre de 1992, acerca de la indicación de obra comenzada y paralizada en la inscripción de una finca, entiende que no es una mención, porque se trata de una parte integrante de la finca inscrita y que no es susceptible de ser objeto de inscripción como finca independiente.

(76) Como se dijera en la Resolución de 6 de mayo de 1921, las menciones «acreditan la existencia de un derecho que limita al directamente inscrito, o que completa con él la plena propiedad de la finca». También la S. de 26 de febrero de 1942 habla de la

sistema de inscripción adoptado en nuestro Derecho debe colmar íntegramente la exigencia de publicidad, habilitando un conocimiento lo más exacto, verdadero y perfecto posible del derecho registrado y de su contorno o extensión, será conveniente reflejar, y así dar a conocer, en el Registro todo aquello que lo limite, que sirva para identificarlo o que complete con él la plena propiedad del inmueble. Surge, entonces, esta mención registral como mecanismo necesario para dar precisamente constancia registral de esas facultades o simples limitaciones moldeadoras del contenido objetivo del derecho inscrito, contribuyendo, de este modo, a su determinación y, con ello, a cubrir también las necesidades requeridas por el principio de especialidad (cfr. arts. 25.7.<sup>a</sup> RH 1861 y 1870, y 61.9.<sup>a</sup> RH 1915) (76).

Así lo entendió LA SERNA desde un principio: Comentando el artículo 29 LH en su redacción originaria y dirimiendo acerca del asiento en que la mención podía constar, se preguntaba: «Y ¿por qué la Ley no comprende aquí al lado de las inscripciones y anotaciones preventivas los asientos de presentación?»; y respondía: «La contestación es sencilla; porque según las circunstancias segunda y tercera del artículo 9.º de la Ley deben constar en las inscripciones las condiciones y cargas de cualquier especie del derecho que se inscribe e igualmente las del derecho sobre el cual se constituye el que sea objeto de inscripción, lo que debe observarse también en las anotaciones preventivas según el artículo 72» (77); entendiéndolas, pues, como menciones.

Bajo esta genérica acepción de gravamen real y al amparo de aquellos preceptos de la Ley y Reglamento hipotecarios, otros autores abogarían, entonces, por la mención de toda clase de condiciones —resolutorias o suspensivas—, cargas y situaciones jurídicas de trascendencia real que, siendo de carácter secundario, accesorio y dependiente, no eran susceptibles de inscripción especial y separada: Se trataría de una mención, la del artículo 9.2.º LH y concordantes, no encajable en la del artículo 29 LH, pero tan estricta o técnica como ésta (78).

---

mención «de una facultad perteneciente a titular distinto del derecho que se inscribe o anota, limitativa de éste o que complete con él la plena propiedad de la finca. Como indicaba CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 327, «el fundamento de la mención, consiste en que como el Registro debe recoger los derechos de la realidad, reflejándolos tal como en ella se dan, si en la práctica un derecho aparece relacionado con otro, esa relación puede implicar una limitación o un medio de identificación del derecho que se inscribe, y, por lo tanto, debe constar en el Registro, mencionándose la limitación o la razón que sirve para distinguirle».

(77) GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, pág. 599.

(78) Son de esta opinión: GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, pág. 311, y ATARD Y GONZÁLEZ, R.: *op.cit.*, pág. 281, ambos con apoyo en el artículo 9 LH; BARRACHINA Y PASTOR, F.: *op.cit.*, págs. 92 a 94; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 571; y DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, pág. 302, basándose éstos en el artículo 25.7.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> RH. CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 329, se refiere a la mención de «derechos satélites que van unidos a otros íntimamente, de los que no pueden separarse», de derechos (pág. 332) «que, por ser

Quizá en la coordinación de ambas posiciones doctrinales, antagónicas entre sí, acerca de esta mención de derechos no susceptibles de inscripción especial y separada, resida la clave para determinar qué tipo de situación, no siendo apta para la inscripción directa, puede ser objeto de mención. Dicho nudo gordiano sería ya desvelado por CAMPUZANO Y HORMA y por GIMÉNEZ ARNAU, al precisar que para mencionar propiamente una carga, condición o gravamen real ha de tratarse de una situación jurídica que, constituida y establecida o simplemente referida y reconocida en el título que se presenta a inscripción o anotación, *no sea elemento o límite natural, normal o usual del derecho real inmobiliario que se inscribe o anota*, sino que, precisando el contenido, alcance y extensión del mismo, lo afecte y limite, bien en su objeto —la cosa—, bien en su propio contenido de poder *in re* —de goce o de disposición— (79).

En cuanto a la previsión normativa de estas menciones, como caso particular, junto a la mención de reservas inmobiliarias (arts. 7.2 LH 1869 y 1909, 13 RH 1870 y 228 RH 1915), el artículo 10 LH 1861, 1869 y 1909, en relación con la expresión del aplazamiento o no del pago según preveía el artículo 11 LH, decía: «En la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega de metálico, *se hará mención* del que resulte del título, así como de la forma en que se hubiere hecho o convenido el pago». En la misma línea, según el artículo 25.7.<sup>a</sup> RH 1861 y 1870, «para dar a conocer

---

accesorios de un derecho inscrito o anotable, deben figurar en el Registro adheridos o dependientes de la inscripción o anotación en que conste el contrato principal, armonizándose perfectamente la naturaleza subordinada del derecho con la naturaleza secundaria de la mención». En la misma línea GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (I), pág. 194 a 197. La Resolución de 5 de mayo de 1882 se refiere a la mención de una «carga o gravamen» practicada en «la inscripción del predio gravado»; la Real Orden de 11 de abril de 1884 hace alusión a la mención de «cargas»; la Resolución de 12 de junio de 1886 habla de «censos y gravámenes mencionados»; la de 24 de noviembre de 1916 se refiere a «gravámenes que sólo estén mencionados en las respectivas inscripciones de las fincas a que afecten»; y la de 21 de junio de 1944 atenderá en general a la mención de «cargas o gravámenes».

(79) Refiriéndose al artículo 61.5.<sup>a</sup> RH, CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 195: «Hay que hacer notar que la regla citada se limita a decir que *se copiarán* las condiciones establecidas en el título; se verifica, pues, una verdadera transcripción de ellas, la cual, a nuestro juicio, debe producir los efectos de una mención»; por supuesto, «no deben transcribirse todas las condiciones establecidas en el título, sino únicamente las que afecten al derecho inscrito o limiten las facultades del adquirente, siempre que, además, no sean naturales del acto o contrato que se inscribe». Por su parte, en base a los arts. 9 LH y 61 RH, consideraba GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (I), pág. 194: «Todas estas consignaciones que se hacen en los libros del Registro, y que reflejan, bien una alteración material de la cosa sobre que recae el derecho objeto de la inscripción, bien una alteración en la extensión normal del derecho inscrito... se denominan *menciones*». Las Resoluciones de 6 de mayo de 1921 y de 26 de febrero de 1942 se referían a la mención de un derecho o gravamen real que sea limitativo del derecho inscrito o anotado —o que complete con él la plena propiedad de la finca—.

la extensión condiciones y cargas del derecho que deba inscribirse, se hará mención circunstanciada y literal de... los plazos en que venzan las obligaciones contraídas, si fuesen de esta especie las inscritas», refiriéndose el artículo 61.9.ª RH 1915 en general a la copia literal de condiciones. Atendiendo, pues, precisamente a la caracterización del precio, de su forma y posible aplazamiento como *condición, in concreto* como condición resolutoria tácita que limita la propiedad transmitida, era mencionable (80); una mencionabilidad habilitada, no por el artículo 29 LH, que sólo se refiere a la mención de situaciones susceptibles de inscripción especial y separada —y la condición no lo es (81), sino por el artículo 9.2.º LH 1861, 1869 y 1909, en general, y por los arts. 25.7.ª RH 1861 y 1870, y 61.9.ª RH 1915, en particular. De hecho, incluso como carga personal pudiera ser mencionada, porque el artículo 25.8.ª RH 1861 y 1870 se refiere a «las cargas de la finca o derecho a que afecte la inscripción inmediata o *mediatamente*», dejando así un portillo abierto para mencionar obligaciones. FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ denunciará, de hecho, la mención en la práctica de numerosísimos derechos de crédito enmascarados como condiciones del derecho real inscrito o anotado (82). Y así

---

(80) CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, págs. 333 y 334; BARRACHINA Y PASTOR, F.: *op.cit.*, pág. 111; e incluso ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1968), pág. 119, citando la mención de obligación en las inscripciones de bienes para pago de deudas, admiten, en principio, la posibilidad de mención de derechos personales siempre que se les atribuya los efectos de *condición resolutoria*, porque ya entonces podrá perjudicar a los terceros posteriores adquirentes. GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.*, pág. 63, 153 a 155 y 198 (I), 195 y 196 (II), aunque advierte la inutilidad de estas menciones de derechos personales, porque en ningún caso tendrán efectos reales si se mencionan como tales situaciones estrictamente obligacionales. Por lo que respecta a la jurisprudencia, la Resolución de 9 de mayo de 1911 se referirá a la mención de una obligación *ex* artículo 11 LH 1909 que no puede ser declarada nula y sin valor por una escritura pública posterior.

(81) La Resolución de 17 de enero de 1933 se muestra contundente al expresar que «el hecho de hacerse constar en el Registro la parte del precio que queda aplazada, tampoco puede estimarse como mención, sino como una condición especial del contrato que se inscribe, de obligatoria constancia en la inscripción, pero que no encaja en el artículo 29 de la Ley Hipotecaria».

(82) FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, V.: *op.cit.*, pág. 163. También lo advierte ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.*, págs. 340 y 341 (1941), 374 a 376 (1954), 105 (1968). Incluso: DE CASSO ROMERO, L.: *op.cit.*, pág. 555, dirá que «en sentido registral se entiende por mención la alusión, hecha en un asiento, a un derecho real o personal distinto del que lo motiva». Así, por ejemplo, el artículo 33 RH 1861 y 1870 (y en cierto modo el art. 378 RH 1915), en relación con el artículo 45 LH, prescribía en particular la «*mención literal*» de la obligación en la inscripción de los bienes adjudicados para pago de deudas en las sucesiones testamentarias, quiebras y concursos (cfr. con actual art. 2.3 LH). Estimando la doctrina, en contra de la Sentencia de 23 de mayo de 1899 y de la Resolución de 20 de agosto de 1906, que se trataba de un derecho personal, y no de un derecho real, admitió sin más su consignación registral como mención de tipo personal, tan técnica o propiamente dicha como las menciones reales del artículo 29 LH: GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, págs. 316 a 318 —aunque *de lege ferenda* proponen su no mención, sino su inscripción—; DÍAZ MORENO, E.: *op. cit.*, pág. 308; BARRACHINA Y PASTOR, F.: *op.cit.*, pág.

fue desgraciadamente, porque, de no haber sido ésta la realidad, hubiera caído de sentido la actual DT 1.<sup>a</sup> A) LH, que, conforme al objetivo de no registrar situaciones sin trascendencia real y refiriéndose a las «menciones de cualquier clase», prevé en particular el régimen de cancelación por caducidad de las «menciones de derechos personales» .

#### 4. LA EFICACIA HIPOTECARIA PURAMENTE DEFENSIVA DE TODA MENCIÓN REGISTRAL EN CUANTO CONDICIÓN DE OponIBILIDAD

Por la redacción en singular del artículo 29.1 LH —«efecto (que no efectos) contra tercero»—, esta clase de mención real sólo gozaba de un único efecto (83), y a primera vista de carácter meramente «negativo o defensivo» (84): el de *perjudicar* al posterior tercero adquirente del derecho inscrito o anotado que se encuentra afectado, de una u otra forma, por el mencionado. Dicho ulterior o futuro adquirente no podrá de buena fe o eficazmente ignorar el derecho real mencionado, ni llevarse a engaño aduciendo desconocimiento acerca del mismo (85): Primero, porque la mención *acredita* en el campo

---

112, 118 a 120; CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 334; GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.*, págs. 117 a 119. En cuanto a la jurisprudencia, la Resolución de 20 de diciembre de 1912 se limita a referirse a «la mención regulada por el artículo 33 del Reglamento»; y aunque la de 20 de agosto de 1906 la estime como derecho real, también habla de «mención» *ex* artículo 33 RH.

(83) También el artículo 401.2 LH 1909 se refiere al «efecto contra tercero» de las menciones de cargas y gravámenes; el artículo 69 RH 1915, sobre la mención de aguas de dominio privado, se refiere en su párrafo tercero a su «efecto contra tercero»; y el artículo 508.2 RH 1915 se remitirá, acerca de «las menciones de cargas o gravámenes», a «los efectos que en él —artículo 29— se determinan». Así lo advierten GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, pág. 311 y 312; DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, pág. 304; y siguiéndoles, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 334; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 574. En cambio, BARRACHINA Y PASTOR, F.: *op.cit.*, pág. 114 y 115, se refiere a un triple efecto de la mención. Podría decirse, entonces, más bien que la mención produce un efecto principal —contra tercero—, y que éste, no obstante ser único, presenta derivaciones o consecuencias.

(84) CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 329, y DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* (Com. a LH), pág. 35, hablan en cuanto a las menciones de un efecto «puramente defensivo y negativo»; y ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 337, de «una vida hipotecaria puramente vegetativa, de mera afección, y existencia probable». Ya la Resolución de 5 de mayo de 1931 se refiere a la «fuerza negativa» de las menciones del artículo 29 LH.

(85) GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, pág. 600: «Con buena fe no podría, pues, el adquirente sostener que la finca adquirida estuviera libre de carga o servidumbre mencionados—: la ficción de la ley que supone que el tercero ignora lo que no consta en el registro, no puede ir tan allá que se ponga contra la verdad demostrada de las cosas». Según BARRACHINA Y PASTOR, F.: *op. cit.*, pág. 114, la mención tiene como efecto el de «perjudicar a tercero, a quien le pone sobre aviso para que no se llame a engaño». GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, pág. 311, consideran que el artículo 29 LH limita los efectos de la mención «a que perjudique a tercero, impidiéndole que pueda alegar igno-

registral, frente a terceros, la existencia del derecho mencionado (86), y, segundo, porque con igual fuerza *impide* el juego de la fe pública registral en favor del potencial tercero hipotecario, quien, no pudiendo estar avalado por la buena fe si pretende desconocer lo mencionado, no podrá rechazarlo o negarlo; todo lo contrario, deberá respetarlo, sufrirlo y tolerarlo en su existencia y en el posible ejercicio de su contenido (87).

Como inmediata consecuencia de este efecto contra tercero, la mención provocará el cierre registral *ex arts.* 17 y 20 LH, porque entretanto la mención registral y el propio derecho real al que aquélla se refiere existan y persistan no podrán ser desvirtuados en la esfera del Registro: La mención implica *ab initio* un obstáculo o impedimento que excluye la pretensión de inscripción —o de registración en general— de cualquier derecho que por ser incompatible perjudique al mencionado; impedirá, debiéndose denegar o en su caso suspender, la registración de cualquier acto o contrato por el que, sin consentimiento de su titular activo, se extinga, anule, grave, reduzca o transmita el derecho real mencionado (88).

---

ranca». Para MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 574, «este es el único efecto de las menciones: *perjudicar a tercero*», «la persona que desee contratar sobre determinada finca, al acudir al Registro, tiene que enterarse de la mención y no puede alegar ignorancia». GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (I), pág. 198: «quien adquiera una finca en la que exista una mención de esta clase —del artículo 29 LH— no puede alegar ignorancia, y por ello, es perjudicado por la mención como si estuviera inscrito». También para ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 334, «surtir efecto contra tercero significa perjudicar a terceros adquirentes».

(86) Decía la Resolución de 5 de mayo de 1931 que la mención de un derecho «impone a los terceros la existencia de un derecho real». Según la de 16 de julio de 1943 «no se puede desconocer la existencia y alcance de tal mención que ha tomado rango en el orden registral,

(87) CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 329: «La mención, por tanto, defiende el derecho mencionado, y obliga al tercero que lo respete». ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 335 y 336, para quien la mención «evita que el juego de la fe pública pueda actuar en beneficio de un subadquirente de buena fe. El tercer adquirente de una finca afecta a un derecho mencionado, ya no puede invocar respecto de éste la protección de la fe pública registral, pues ésta sólo enerva lo no inscrito: en consecuencia debe soportarlo». En la Resolución de 16 de julio de 1943 se dirá que en virtud de las menciones «los terceros no adquieren las fincas libres de cargas, ni pueden invocar la fe pública del Registro para dejar sin efecto su contenido».

(88) Así se pronunciaba la Resolución de 28 de junio de 1896: «mientras esa mención —de servidumbres de pastos, en el caso— subsista no puede inscribirse en el Registro ningún título por el cual se extinga o reduzca el derecho mencionado sin el consentimiento de la persona a cuyo favor se hubiere hecho la mención, o sin que recaiga la correspondiente ejecutoria, según previene el artículo 82 de la Ley Hipotecaria». En idéntico sentido, las de 28 de octubre de 1907, de 6 de junio de 1910 —que habla de extinción o transmisión del derecho mencionado— de 9 de noviembre de 1916, de 19 de diciembre de 1916, la (s) de 13 de noviembre de 1918 y de 16 de julio de 1943). De hecho, la Resolución de 16 de febrero de 1914, acerca de la mención de un derecho real en favor de determinado Patronato, entendió que «no es procedente la inscripción solici-

Se entenderá, entonces, que la mención, en este mismo sentido defensivo, se *equipara* a los asientos de inscripción y de anotación preventiva, puesto que únicamente podrá *extinguirse mediante su cancelación formal* conforme a las exigencias y requisitos establecidos por el artículo 82 LH: Será necesario el consentimiento de la persona favorecida por la mención (titular activo del derecho real mencionado), y, en su defecto, de su representante legítimo o de sus causahabientes en ningún caso, a instancia del perjudicado por la mención, su titular pasivo—; y se habrán de presentar en cualquier caso los documentos que acrediten la extinción o redención del derecho o gravamen real mencionado (artículo 82 LH); o bien, prescindiendo de todo ello cuando no fuere posible, bastará la correspondiente ejecutoria, una sentencia firme del Tribunal que declare la invalidez del derecho en cuestión mencionado (89).

---

tada —por el Estado—, conforme a lo prevenido en los artículos 20 y 29 de la Ley Hipotecaria vigentes». Por su parte, la de 11 de marzo de 1932, partiendo de una prohibición de disponer que se encontraba simplemente mencionada en la inscripción de dominio de una finca, denegó la inscripción de una hipoteca que pretendía sujetarla. Y en la doctrina así lo destacan: GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, pág. 311; BARRACHINA Y PASTOR, F.: *op.cit.*, págs. 114 y 115; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, págs. 574 y 575; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), págs. 338 a 340; y GIMÉNEZ ARNAL, E.: *op.cit.* (I), pág. 198.

(89) Así lo entendió la jurisprudencia, que en su mayoría se refiere a la cancelación de censos mencionados, insistiendo en la necesidad de «documento fehaciente» o de «sentencia firme» que acredite la redención de aquel censo (Resoluciones de 5 de mayo de 1882, de 5 de noviembre de 1883, de 31 de octubre de 1884, de 28 de junio de 1896, de 28 de octubre de 1907, de 9 de noviembre de 1916, de 22 de febrero de 1941 y de 16 de julio de 1943), y en la legitimación activa para solicitar dicha cancelación, negándola siempre al censatario (Resoluciones de 31 de marzo de 1885, 12 de junio de 1886 y de 6 de junio de 1910). La S de 13 de noviembre de 1918, acerca de la mención de un censo reconocido por el Duque de Osuna en favor del precioso pueblo de Algodonales, afirmó entonces de modo tajante: «está claro que, equiparada... a la inscripción o anotación, la mención de que se trata, no pudo ser cancelada hallándose vivo el derecho a que se refiere»; una equiparación que también advertirá ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 338 y 339. Desde una perspectiva puramente adjetiva, sin embargo, dicha cancelación del asiento de mención (según Resoluciones de 18 de marzo de 1865, de 5 de noviembre de 1883, de 12 de abril de 1884, y de 31 de octubre de 1884), habrá de practicarse por regla general mediante simple *nota marginal*, que se extenderá en los libros antiguos y modernos al margen del último asiento del mismo derecho en que aparezca hecha la mención que lo afecta; una tendencia consagrada ya en la práctica que encontrará plasmación normativa en el artículo 157 RH de 1915 —sin antecedentes en los RRRH de 1861 y de 1870, pero con un claro precedente, que casi copia literalmente, en la RO de 12 de abril de 1884—: «Para hacer constar en los libros del Registro la extinción de gravámenes que sólo estén mencionados en las respectivas inscripciones de las fincas a que afecten, deberá extenderse al margen del último asiento de la misma finca en que aparezca hecha la mención, una nota concebida en los siguientes términos: «Cancelado o subrogado, o reducido, etc., el censo, hipoteca, etc., que se menciona en la inscripción adjunta, según escritura otorgada por ... y ... ante el Notario de ..., D...., el día ..., que ha sido presentada a este Registro a ... de tal día, como consta del asiento número ..., folio ..., tomo ... del Diario» (Fecha, media firma y honorarios)». Así, la Resolución de 24 de noviembre de

La razón de esta oponibilidad registral, frente a todo tercero, de la mención era evidente (90): no tanto ya, como dice DÍAZ MORENO, porque el derecho real mencionado venga constituido, consentido o reconocido por las personas interesadas y a la vez perjudicadas por aquél (91), sino más bien porque dicho derecho real, en tanto consta mencionado en el Registro, se hace público —tan público como si estuviese inscrito—, luego puede ser fácilmente conocido por cualquier tercero que, con independencia de cuál sea su interés, consulte de uno u otro modo el Registro (92). Será la propia publicidad y posibilidad de

---

1916, dirá que «a tenor del artículo 157 —del RH— y de la Real Orden de 12 de abril de 1884, la extinción de gravámenes que sólo estén mencionados en las respectivas inscripciones de las fincas a que afecte, deberá extenderse al margen del último asiento de la misma finca en que aparezca la mención».

(90) No tan congruente, en cambio, resultaba que la mención fuese hipotecariamente eficaz «desde la fecha del asiento de presentación» —decía el artículo 29.1 LH *in fine*—; un asiento en el que sólo aparecía reflejado el derecho cuya inscripción o anotación se solicitaba, mas no el que iba a ser objeto de mención. GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, pág. 601 —al que sigue ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 337, nota (1)—, partiendo de la consideración del asiento de presentación como aviso o señal innegable de la preexistencia de un derecho real pendiente de inscripción, advierte que el tercero no debe llevarse a engaño y le propone que adopte las medidas oportunas, tales como el examen del propio título presentado. Por su parte, GALINDO y ESCOSURA: *op.cit.*, pág. 314, recomiendan al tercero paciencia, que espere a que definitivamente se practique la inscripción o anotación instada, para ya entonces poder conocer en toda su extensión el derecho registrado. Pero, no dejando de ser sino simples consejos ante la aparente incongruencia legal, señalan estos últimos autores —a quienes sigue MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, págs. 576 y 577—, a tenor del artículo 240 LH, la oportunidad de que en el asiento de presentación el Registrador no sólo haga referir el derecho principal que se inscribe, sino también, «aunque sea en forma ligerísima», los derechos que se comprendan en el título presentado y puedan ser mencionados.

(91) DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, pág. 303. Pero, como se decía en la S de 21 de marzo de 1911, la mención de un derecho —en el caso, un censo— en un documento público o en una inscripción, no implica necesariamente *reconocimiento* del mismo, sino *simple conocimiento*.

(92) GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, pág. 600, considera que el efecto de la mención, en cuanto inscripción indirecta, se fundamenta «en el principio cardinal de la Ley Hipotecaria—. Este es que no perjudique a tercero el acto o contrato de que no haya podido tener conocimiento por el registro», y en este sentido no puede hacerse distingos entre mención e inscripción, porque los derechos mencionados «son tan públicos en el registro como aquellos que tienen una inscripción separada y especial». Ya en la Resolución de 5 de mayo de 1882 se dirá que la mención «produce efecto contra tercero del mismo modo que si estuviera inscrito, con arreglo a la doctrina consignada en el artículo 29 de la citada Ley, sin perjuicio de la obligación que siempre resulta de hacer la inscripción especial correspondiente». En idéntico sentido, las de 28 de junio de 1896, de 28 de octubre de 1907 y de 6 de junio de 1910, que estiman «equiparados en sus efectos la mención de los derechos reales a las inscripciones»; y en la doctrina, MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 574; y GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (1), pág. 198. Ya en la Resolución de 16 de diciembre de 1889, se decía: «dado que por ser un derecho mencionado que afecta a finca conocida, ni puede estimarse que es derecho no inscrito, pues a ello se opone el artículo 29 de la misma Ley».

conocimiento *erga omnes* que la mención genera lo que haga posible que dicha eficacia contra tercero sea real y efectiva en el derecho real mencionado (93).

Pero en lo demás, y como prueba de su diferencia con la inscripción, a la mención se le entenderán *negados todos los demás efectos registrales*, que son los propios del asiento de inscripción; o lo que es igual, faltará en la mención cualquier atisbo de *eficacia activa, positiva u ofensiva* (94); a saber:

a) Se le niega a la mención la salvaguardia de los Tribunales: El derecho mencionado, por el sólo hecho de la mención, no puede hacerse valer contra tercero ante los órganos de justicia ni ante cualquier otra autoridad de índole pública *ex* artículo 396 LH 1861 y 1869 (arts. 389 LH 1909 y actual 313 LH) (95).

b) Se la priva de los efectos de legitimación registral establecidos en los arts. 24 y 41 LH (96).

---

(93) GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.* (II), pág. 310 y 311, señalan la publicidad y el conocimiento como fundamento de esa eficacia frente a terceros; CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op. cit.*, pág. 327, y, siguiéndole literalmente, DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* (Com. a LH), pág. 35, se refieren sólo al principio de publicidad como razón de la misma. Rotundamente se decía en la Resolución de 5 de mayo de 1931 que «la mención de derechos verificada al amparo del artículo 29 de la Ley Hipotecaria goza de la protección del llamado principio de publicidad»; y en la misma línea la de 16 de julio de 1943: «Considerando que nuestro sistema hipotecario acepta como base el principio de publicidad, y como lógica consecuencia y desarrollo del mismo, la mención de derechos verificada al amparo de los artículos 7 y 29 de la Ley Hipotecaria, gozan de la protección de tal principio mientras aparezca vigente en el fondo de los asientos».

(94) Ya decían GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, pág. 324, que «hay diferencias, y muy esenciales, entre la mera mención y la verdadera inscripción; y no pueden reputarse cosas idénticas las que producen distintos efectos». MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 575: «El artículo 29 no concede los mismos efectos a la mención de un derecho que a su inscripción especial. La mención surte efecto contra tercero, pero nada más; la inscripción produce el mismo efecto, y además, los de los artículos 20, 24, 34, 36, 41 y 389 principalmente». La propia Sentencia de 26 de febrero de 1942 afirmaba que «no cabe entender establecida la identidad absoluta de efectos entre la mención y la inscripción». Por su parte, CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 328, considera que «examinando... los artículos fundamentales de la ley, se observa que ninguno de ellos, ni por su espíritu, ni por su letra, es aplicable a las menciones». Según ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 335, a la mención «los demás efectos le son negados», (pág. 339), «todos los efectos que no sean derivación de aquél —perjudicar a tercero—, no le son reconocidos». GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (I), pág. 198: «la mención surte los mismos efectos que la inscripción, salvo los que no entrañan protección pasiva o defensa contra tercero, sino titularidad activa, o sea de los artículos 17 y 20 y del 41». Ya la Resolución de 5 de mayo de 1931 se refería a la «fuerza negativa» de la mención, negando, en cambio, su consideración como «asiento positivo».

(95) De este modo, y con razón en la obligación de inscribir lo mencionado *ex* artículo 29 LH, se manifiestan GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, págs. 602 y 603; GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, pág. 312; y MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 575. Sólo BARRACHINA Y PASTOR, F.: *op.cit.*, pág. 118, considerará que la mención «se halla admitida por la ley y recibe tutela de los tribunales de justicia».

(96) Porque tales preceptos sólo se refieren a la inscripción (CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 328; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 340).

c) Se le niega el efecto consignado por el artículo 36 LH: La mención no evita en favor de tercero la nulidad, rescisión o resolución del título o derecho mencionado y no inscrito (97).

d) Carecerá del beneficio consagrado en el artículo 34 LH: La mención no crea la presunción invulnerable que la fe pública registral representa, puesto que le está vedada la eficacia positiva de los arts. 17 y 20 LH (98); no juega aquel principio a favor del adquirente del derecho mencionado por la sencilla razón de que su anterior titular, el transmitente, no está facultado para disponer de su derecho con reflejo en el Registro —otra cosa sería extrarregistralmente—, en tanto no sea previamente inscrito (99).

De ahí el sentido del último párrafo del artículo 29 LH que, en consonancia con su párrafo primero, obliga a inscribir por sí mismo y especialmente el derecho mencionado para que así sea plenamente eficaz y surta todos los posibles efectos registrales (100). Aquí, como siempre, la inscripción se erige en *necesaria* para que efectivamente el derecho, registrado en un inicio a

(97) También conforme a una interpretación literal de la norma, MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 576; y CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 329.

(98) CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, págs. 328 y 329, dice que «la fuerza legitimadora del artículo 34 se refiere únicamente a los títulos inscritos, nunca a los mencionados». En similar sentido, DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, pág. 305, quien alude a los artículos 17 y 20 LH. ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), págs. 339 y 340, se limita a señalar «la imposibilidad de que se den en la mención los efectos del artículo 34 de la ley a favor del adquirente del derecho, objeto de la misma —mención—; la fe pública registral no puede entrar en juego aquí».

(99) Se decía en la Resolución de 9 de junio de 1869: «El recurrente, fundado en que en la inscripción del dominio útil se hacía mención del directo a favor de don Jaime, pidió que se ordenara la inscripción solicitada. (...) El regente: teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 20, declaró que era necesaria la previa inscripción del dominio directo en favor del transmitente». Ya la Resolución de 5 de mayo de 1931 había dejado sentado que la mención «no faculta a los beneficiados para disponer mientras no se extienda la inscripción especial a que se refiere el párrafo segundo del mismo artículo —29 LH—», de ahí que hablase de «una mención de fuerza negativa frente a las pretensiones de los terceros; pero no un asiento positivo que faculte para transmitir con arreglo al artículo 20 de la citada Ley». Y en dicha imposibilidad de disponer hipotecariamente de lo mencionado en tanto no se inscriba abundan en la doctrina: GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, págs. 311 y 313; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 575; DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, pág. 305; y ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 339.

(100) Para BARRACHINA Y PASTOR, F.: *op.cit.*, pág. 114, esta obligación de inscribir constituye un efecto propio de la mención. Como dice ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 340: «El párrafo segundo del artículo 29 —1869 y 1909—, dentro de su imperfecta técnica, demuestra claramente que tan sólo con la inscripción especial del derecho mencionado, logrará éste plena vitalidad hipotecaria». GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.*, pág. 198: «El titular de un derecho mencionado no puede disponer de él hipotecariamente, ni tiene la protección posesoria en tanto no se cumpla lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 29, es decir, en tanto la garantía de la mención no se haga plena y absoluta por consecuencia de la inscripción separada y especial».

través de simple mención, despliegue absolutamente su eficacia hipotecaria una vez haya sido debida y convenientemente inscrito (101).

Y si finalmente se procede a dicha conversión de la mención en inscripción, los efectos de esta última se *retrotraerán* al momento en que la mención comenzó a desplegar su oponibilidad, de modo que el derecho antes mencionado y ahora inscrito se *antepondrá* a todos aquellos derechos que tras practicarse la mención fueron de una u otra forma registrados. Este, y no otro, era el sentido de que la mención constituyese *ab initio* una advertencia a los terceros de la existencia de un derecho pendiente de inscripción (102).

Aun con la salvedad de no poder transformarse en inscripción y adquirir con ello plenos efectos registrales, semejante oponibilidad hipotecaria frente a terceros era predicable de las menciones relativas a cargas de trascendencia real que no fuesen susceptibles de inscripción especial y separada. Porque idénticas razones de publicidad y cognoscibilidad absoluta, justificadoras de la eficacia de las menciones del artículo 29 LH, eran extensibles a estas otras

(101) En opinión de GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, pág. 312; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 575; y DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, pág. 306, ese es el sentido de la palabra «obligación» de inscribir que usa el artículo 29 LH, pues aunque, salvo excepciones, la inscripción sea voluntaria, ahora por su conveniencia deviene en «forzosa».

(102) Como decía la Resolución de 27 de julio de 1899, las menciones no «producen todos los efectos de tal inscripción, sino el único de advertir a los terceros que sobre el mismo inmueble hay otros derechos reales pendientes que, si bien no se hallan inscritos en debida forma, pueden inscribirse en cualquier tiempo con la presentación de los respectivos títulos, anteponiéndose en tal caso a los demás derechos que al hacer dicha mención o después se inscriban sobre el propio inmueble», siendo «esta circunstancia suficiente para que, en virtud de tales menciones... la inscripción especial del expresado derecho —en el caso, un censo del año 1648— actúe con efecto *retroactivo*» (Siguiendo este pronunciamiento, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 338, letra pequeña). Por esto mismo, ATARD Y GONZÁLEZ, R.: *op.cit.*, pág. 281 (y actualmente DÍAZ GONZÁLEZ, C.: *op.cit.*, pág. 200), considera la mención del artículo 29 LH «*como medio de lograr las finalidades de la reserva del rango*», porque los derechos —para él los *iura ad rem* o vocaciones al derecho real— amparados «con la mención hacen un hueco en el Registro de la Propiedad, porque el título respectivo puede después presentarse —a inscripción— y hacer eficaz la mención». Por su parte, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 337, prefiere ver en la mención «una entidad registral vacía de contenido positivo a la manera de una reserva de rango o puesto registral»; y considera (pág. 334) «que si esta función —la de reserva— es necesaria, lo procedente sería suprimir la mención y permitir la reserva convencional de rango».

(103) GALINDO y ESCOSURA: *op.cit.*, pág. 311: «También es aplicable esta doctrina —de las menciones— a las cargas de que, se hace especial mención, en virtud del deber que al Registrador impone el artículo 9.º de la Ley, de consignar las condiciones limitativas del derecho del adquirente, y cualesquiera cargas que, aun no inscribiéndose por separado, surten efecto contra tercero, según el artículo 29». El propio MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.* (II), pág. 579, refiriéndose a la mención de una acción resolutoria, dice: «¿Perjudicará a tercero esa mención? Entendemos que sí, y que aunque no se trate de derechos reales, sino de otra clase de limitaciones, el principio de publicidad del Registro impone

menciones, diferenciadas de aquéllas únicamente por su materia (103). Por supuesto, la registración infiltrada del puro y simple crédito a través de la mención no mutaba la naturaleza jurídica de este, convirtiéndolo en derecho real, ni le confería eficacia frente a terceros, *erga omnes*, sino que conservaba incólume su eficacia relativa o *inter partes* —entre las partes intervinientes y, en su caso, frente a los causahabientes— (104). De ahí que ya entonces, y con anterioridad a la reforma hipotecaria de 1944, se levantasen con razón voces críticas acerca de la conveniencia de estas menciones puesto que sólo enturbiaban y desacreditaban el sistema registral inmobiliario (105). Sólo cuando el elemento obligacional se recalificase por afectar al objeto del derecho real inscrito —el inmueble— y por adoptar el carácter de condición, su mención estaría justificada como medio para hacerla oponible frente a los terceros (cfr. arts. 11, 37.1.º y 38.2.º LH) (106).

---

la misma solución que dehiere expresarse en el artículo 29». Según DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, pág. 306 y ss., para hacer valer contra terceros la mención de derechos que no necesitan título propio —no susceptibles de inscripción especial y separada—, bastaba con la certificación del Registro.

(104) Es la opinión común de la doctrina —DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, pág. 308; GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, págs. 316 a 318; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.* (II), pág. 572; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), págs. 340 y 341—, y de la jurisprudencia —Resoluciones de 4 de diciembre de 1897, de 17 de enero de 1933—, incluso posterior a la reforma hipotecaria de 1944, con apoyo en el artículo 98 LH —Resoluciones de 17 de octubre de 1945, de 27 de marzo de 1947, de 7 de julio de 1949, y de 10 de octubre de 1971—.

(105) GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, pág. 318, sobre la mención del artículo 10 LH en concreto. GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (I), pág. 194 y 195, sobre las menciones personales en general.

(106) Para CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 333, la mención de un derecho personal, siempre que se le atribuya el efecto de una condición resolutoria, perjudicará a los terceros adquirentes. BARRACHINA Y PASTOR, F.: *op.cit.* (I), pág. 120, considera que la mención personal prevista en el artículo 33 RH produce una *garantía real* en favor de los acreedores cuando así se hubiese estipulado expresamente; con lo cual la eficacia no deriva del derecho personal en sí sino de la propia afectación real de determinados bienes al pago de la obligación mencionada (GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.*, pág. 118 y 119). FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, V.: *op.cit.*, pág. 160 a 163, aun estando conforme con la doctrina científica y jurisprudencial en cuanto a la no alteración de la naturaleza ni de la eficacia de los derechos personales mencionados, advierte que en la práctica «viciosa» de tales menciones, especialmente bajo la forma de condición, eran considerados por los particulares como auténticos gravámenes.

### III. LA MENCIÓN REGISTRAL TRAS LA REFORMA HIPOTECARIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1944

#### 1. NECESARIA MATIZACIÓN ACERCA DE LAS MENCIONES PRACTICADAS BAJO EL ANTIGUO RÉGIMEN HIPOTECARIO: LA EXTINCIÓN FORMAL DE UNAS Y LA APARENTE SUPERVIVENCIA DE OTRAS

El carácter imperativo de la DT 1.<sup>a</sup> LH actual, sobre la caducidad e ineficacia de las menciones pasadas, es indiscutible (107); mas, su sentido y alcance ha de ser precisado en su justa y estricta medida (108):

Por una parte, aunque ROCA SASTRE considerara en un principio que la caducidad implica ineficacia sustantiva y adjetiva (109), aquélla actúa dentro de un ámbito *puramente formal o adjetivo*, exclusivamente referido a la mención, pero no como caducidad sustantiva o de fondo, que afecte también al derecho mencionado en su existencia, contenido y eficacia (110). Es posible, pues, que extinguida la mención, la situación jurídica mencionada perviva porque aún existe, sin que haya prescrito, en el campo del Derecho civil. Por esto mismo, la caducidad hipotecaria estatuida en aquella norma no beneficiará a los terceros que tengan conocimiento real del de-

(107) «Caducarán y no surtirán efecto alguno, siendo canceladas...» (inciso inicial); «caducarán y no surtirán efecto alguno... deberán ser canceladas...» (parte final del párrafo segundo, letra A). En la redacción originaria de la Disposición, según la Ley de 1944, se decía «*podrán* ser canceladas». Esto, según FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, V.: *op.cit.*, págs. 189 y 190, podía plantear problemas de interpretación: si el Registrador podía o realmente debía cancelar la mención. Por entonces, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (art. de 1945), pág. 296, entendió que «la cancelación no queda a la discreción del Registrador, sino que es preceptiva». Ya en la redacción definitiva de la LH de 1946, se solucionaría tal cuestión al determinar expresamente que las menciones «*deberán* ser canceladas».

(108) Las Resoluciones de 28 de junio de 1896, de 20 de agosto de 1906, de 9 de mayo de 1911, de 18 de septiembre de 1913, de 24 de marzo de 1919, de 22 de octubre de 1920, de 22 de febrero de 1941, de 16 de julio de 1943, y de 21 de junio de 1944, sostienen que los procedimientos de caducidad son de interpretación restrictiva.

(109) ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (art. de 1945), pág. 296, considera que «la caducidad de estas menciones implica una ineficacia absoluta, a diferencia de las menciones nuevas, en las que la ineficacia es únicamente a los efectos hipotecarios».

(110) Se limita a decir GONZÁLEZ PALOMINO, J.: *op.cit.*, pág. 305, que «las normas y plazos de las disposiciones transitorias afectarán al asiento, a la cancelación formal del asiento, pero no a la pervivencia de su contenido». Por su parte, RUIZ ARTACHO, J.: *op.cit.*, pág. 246, considera «que se regula en ellas —en las DDTT de la LH— la caducidad de menciones y de determinados asientos, pero no la de fondo o de derechos inscriptos (*sic*)». Coincide con él DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* (Com. a RH), pág. 346; y así lo admitirá finalmente ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 404, en base a la Sentencia de 24 de mayo de 1952, en cuya virtud la DT la LH establece una caducidad «*meramente declarativa* de extinción de la mención como parte integrante de un asiento en la simple esfera hipotecaria —registral— o en relación a terceros —artículo 76 LH—, pero sin afectar a la esfera civil —extrarregistral— o relación jurídica existente entre las partes».

recho mencionado cuya constancia registral es ya cancelable por su caducidad (111).

Por otra parte, tampoco es sostenible la opinión de Roca Sastre, para quien por la propia caducidad se han de considerar las menciones como no hechas, como inexistentes aunque aún no estén canceladas (112). La caducidad, aunque venga impuesta de pleno derecho e implique finalmente la total ineficacia registral de la mención «caducarán y no surtirán efecto *alguno*», dice en dos ocasiones la DT 1.<sup>a</sup> LH (113), no opera de modo automático ni *ex tunc*, desde que la mención fue hecha por primera vez, sino como ineficacia sobrevenida, en ningún caso de índole originaria, y *ex nunc*, desde el momento en que el Registrador procede a su cancelación (114). La caducidad no provoca por sí misma la extinción formal de la mención; es la causa que motiva su extinción mediante la oportuna cancelación que deberá ser practicada por el Registrador «de oficio» o «a instancia de parte» (115), siendo

(111) Basándose en la Sentencia de 7 de noviembre de 1953, MENCHÉN BENÍTEZ, B.: *op.cit.*,

(112) Para ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 404, «esta caducidad se ha producido de derecho, *ipso iure* o automáticamente, debiendo reputarse tales menciones como si no hubieren sido hechas o practicadas... ello significa que han de considerarse como si no existieran, de modo que, aunque no estén canceladas, no tendrán virtualidad ninguna, ni siquiera para situar simplemente en posición de mala fe hipotecaria a los terceros adquirentes». CHACÓN, J.: *op.cit.*, pág. 502, se limita a decir que «la caducidad de una mención lleva consigo su cancelación».

(113) RUIZ ARTACHO, J.: *op.cit.*, pág. 247, considera que «esa caducidad, transcurridos los términos fijados, se decreta, en general, de pleno derecho, no sólo por el fin perseguido por la reforma —la liberación de cargas prescritas—, sino por la forma de expresión de la Ley». DE LA RICA y MARITORENA, R.: «La cancelación registral», en *RCDI*, 1974, II, pág. 1310, habla de caducidad «por disposición legal», «por disposiciones transitorias de la Ley».

(114) En base a la Sentencia de 24 de mayo de 1952, admite ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 404, que las menciones «habrán dejado de surtir efectos *ex nunc*, mas no *ex tunc*, pero precisando: «como si no existieran a partir de la fecha de su caducidad» (pág. 405) «Por tanto, la caducidad de las menciones solamente podrá beneficiar a los terceros que hayan adquirido después de haber quedado las mismas *caducadas*» (los subrayados son nuestros).

(115) En efecto, la cancelación prevista en la DT 1.<sup>a</sup> A) LH deberá ser llevada a cabo por el Registrador: bien por propia iniciativa —«de oficio»—, cuando así lo estime conveniente al practicar cualquier asiento registral o al expedir una certificación de cargas o de dominio (art. 353.3 RH); bien «a instancia de parte», estando legitimada a tal fin cualquier persona que lo pida, sea el favorecido, sea el perjudicado por la mención, o incluso cualquier tercero que tenga interés, puesto que la causa de cancelación dispuesta ahora responde a la caducidad *ope legis*, establecida por el mero transcurso de un tiempo desde que fue practicada la mención. De ahí que ya ni siquiera sea necesario presentar documento acreditativo de la extinción del derecho mencionado (Resolución de 22 de noviembre de 1945), porque la decadencia de la propia mención viene forzada por el Derecho, que en esta sede se erige en norma de *ius cogens*. La forma de cancelar estas menciones será la habitual, la hasta entonces practicada (cfr. art. 157 RH 1915), y ahora ratificada en los arts. 188 y 353.3 RH: Se extenderá *nota marginal cancelatoria* en el

entonces cuando opera su ineficacia registral (116). Por eso, la caducidad e inoperancia hipotecarias de las menciones, una vez canceladas, sólo repercutirán en beneficio de los posibles futuros terceros que, con posterioridad a la cancelación, adquieran o presten sobre la finca afectada por la mención; pero no sucederá lo mismo, en cambio, para quien era titular del derecho afecto por el mencionado en el momento mismo de la cancelación, puesto que tenía conocimiento a través del Registro de la existencia del derecho que se mencionó y que pervive fuera del Registro (117).

Evidentemente, puesto que cancelada la mención se presume extinguido el derecho en cuanto a posteriores terceros (cfr. arts. 76 y 90 LH) —con independencia de que en efecto el derecho viva extrarregistralmente—, lo incuestionable a partir de entonces es que la mención no existe y que el derecho al que aquélla se refería no surte ningún tipo de efecto registral. Pero, ¿es predicable este régimen extintivo respecto de toda mención hecha con anterioridad a la nueva normativa hipotecaria? Así lo entiende la doctrina (118); pero a nuestro juicio se equivoca:

La DT1.<sup>a</sup> LH, para no perjudicar derechos adquiridos, distingue entre menciones que en la fecha de 1 de julio de 1945 tuvieron quince o más años, por un lado, y menciones que en esa misma fecha tengan menos de quince años, por otro (119): las primeras podrán ser sin más canceladas porque se

último asiento en que conste practicada la mención, debiendo expresar su caducidad como causa de la cancelación, la fecha en que ésta opera y media firma del Registrador (art. 373.2 RH).

(116) Como se dice en la Sentencia de 27 de junio de 1986, la cancelación de oficio de las menciones «no libera al Registrador de practicar el correspondiente asiento de cancelación de la mención, *hasta cuyo momento no cabe estimarla como extinguida*» (el subrayado es nuestro). Por tanto, la ineficacia no acontece desde la caducidad, sino desde la cancelación.

(117) Acerca de una servidumbre *altius non tollendi* constituida en 1935 y mencionada en la inscripción del predio sirviente, adquirido después por el demandado en 1941, y que luego, conforme a la nueva normativa hipotecaria, se cancela, dice la Resolución de 24 de mayo de 1952 que si «se admite la certeza del hecho de que el demandado al adquirir la finca conocía la existencia de la servidumbre por la mención que de ella constaba en la inscripción del predio adquirido, es indudable que no puede considerarse tercero protegido por la fe pública del Registro, aunque con posterioridad haya sido cancelada dicha mención». En la misma línea, la Sentencia de 17 de octubre de 1967, en cuya virtud, «dada la fecha de la cancelación, posterior a su adquisición, ellos nunca podrán ostentar la calidad de terceros de buena fe a los efectos del artículo 34 de la LH, lo serían en todo caso los posteriores adquirentes».

(118) DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* (Com. a RH), pág. 342; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 389; CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, págs. 691 y 692; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B.: *op.cit.*, págs. 822 y 823; MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 990; PAU PEDRÓN, A.: *op.cit.*, pág. 49.

(119) Un plazo el de quince años que, en armonía con lo dispuesto en el anterior artículo 29 LH, habrá de computarse desde la fecha de presentación del título en cuya virtud la mención se practicó por primera vez en la inscripción o anotación preventiva

consideran ya caducadas (DT1.<sup>a</sup> AJ LH, en su primer párrafo); mientras que a las segundas se les concede un período de dos años, a contar desde el día 1 de enero de 1945, para que se muten en inscripción o en anotación preventiva; un bienio durante el cual tales menciones producirán el efecto registral contra tercero que la legislación hipotecaria pretérita les confería (art. 29 LH), y que una vez transcurrido —en la fecha de 1 de enero de 1947 sin que la conversión haya tenido lugar, procederá, al igual que con las otras, su cancelación por caducidad (120).

Pero no sólo atiende la normativa transitoria a la edad hipotecaria de la mención para prescribir su extinción. El régimen de cancelación por caducidad de las menciones anteriores a la actual LH no sólo se encuentra condicionado temporalmente, sino también según la materia mencionada: Para indicar las «que en 1.º de julio de 1945 tuvieron quince o más años de fecha», se refiere a «las menciones de cualquier clase», a todas ellas en bloque, sin hacer mayores distingos, comprendiendo, pues, tanto las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada, como las menciones que expresen derechos no inscribibles autónomamente (121). Pero, cuando la disposición transitoria ordena la extinción registral de las menciones con duración inferior a quince años que en el plazo de gracia no se hayan convertido en inscripción o anotación, expresamente se refiere: en primer lugar, a «las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada», y, después, equiparándolas a las anteriores en cuanto a su cancelación por caducidad, a «las de derechos personales» (122), mas no a aquella mención referente a derechos no susceptibles de inscripción propia y específica.

---

motivada por aquel documento —con la salvedad contenida en la Disposición transitoria 2.ª RH para el caso de reconstrucción del Registro—. Así lo advirtió la Resolución de 22 de noviembre de 1945, y en el mismo sentido, DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* (Com. a RH), pág. 342; FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, V.: *op.cit.*, pág. 189; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 389; y DÍAZ GONZÁLEZ, C.: *op. cit.*, pág. 197.

(120) ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 402; y MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 990, así lo explican. Como se dice en la Resolución de 22 de noviembre de 1945, esta disposición adicional —refiriéndose a la de la ley de 1944— «no exige para la cancelación otro requisito en los supuestos a que se contrae que el mero transcurso de quince años, según el primer párrafo, y de dos años en el segundo».

(121) Precisa DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* (Com. a RH), pág. 342, que «también han caducado las menciones de derechos personales existentes en igual fecha —1 de julio de 1945—; aclaración innecesaria, dada la generalidad del precepto». Por su parte, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 405, habla de menciones de derechos reales y de menciones de derechos personales.

(122) ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 406, hace una doble crítica sobre el régimen de cancelación por caducidad de las menciones personales: por un lado, considera «improcedente emplear aquí el concepto de caducidad, pues tales menciones no tienen por qué caducar, ya que son nulas o inoperantes desde su mismo nacimiento»; y de otro, que «olvida la DT1.<sup>a</sup> LH— determinar qué pasa con las llamadas menciones de derechos personales de fecha posterior al 1 de enero de 1945 y anterior al 1 de julio de

Lógica y coherente se muestra entonces la DT1.<sup>a</sup> LH con los principios rectores de la reforma hipotecaria: Los derechos inscribibles de modo principal deben constar debida y directamente inscritos (cfr. arts. 606 CC, 13, 32 LH y 7 RH). «Los titulares de derechos que pueden ser objeto de inscripción especial y separada, deben cuidar directamente de su ingreso en el Registro», rezaba la Exposición de Motivos de la Ley de 1944 (123). Y, por otra parte, concuerda la disposición con el rechazo generalizado, salvadas determinadas excepciones, al ingreso de derechos puramente obligacionales en el Registro de la Propiedad (cfr. arts. 98 LH, 9 y 51.6<sup>o</sup> RH).

Bajo el amparo de la letra y espíritu de la DT 1.<sup>a</sup>, A) LH, cabría mantener, pues, la supervivencia de aquellas menciones que contengan derechos no susceptibles de inscripción especial y separada —excluidas las referentes a derechos de crédito— que en la fecha de 1 de julio de 1945 no hayan alcanzado una vida registral de quince años salvada la particularidad temporal, de 30 años, de las menciones de legítima ex DT1.<sup>a</sup>, B) LH—. Ningún régimen de Derecho transitorio implica necesariamente la desaparición de instituciones pasadas; máxime cuando en las legislaciones hipotecarias anteriores a la presente ya se había establecido un sistema transitorio de traslado y adaptación de las menciones practicadas en los libros antiguos, procedentes sobre todo de la Contaduría de Hipotecas, a los libros del Registro moderno, y ello jamás supuso la defunción de la mención en sí misma como válida y eficaz toma de razón (vgr., arts. 401 y 402 LH 1909, 507 y 508 RH 1915) (124).

Admitidas, entonces, como viables estas últimas menciones registrales, su ulterior desenvolvimiento habrá de entenderse sometido al nuevo régimen establecido; mas ¿cuál es la previsión actual acerca de estas y otras menciones?

---

este mismo año. Nosotros creemos que deberán aplicárseles las mismas reglas»; por su parte, FLÓREZ DE QUIÑONES, V.: *op.cit.*, pág. 189, propone, mucho más allá de la letra de la disposición transitoria, que tales menciones personales se estimen caducadas instantáneamente.

(123) Como también dijera el Ministro de Justicia, AUNÓS, E.: *op.cit.*, pág. 14, «los derechos reales perfectos, aptos para figurar en el Registro bajo asiento especial, no pueden mencionarse; deben inscribirse».

(124) Para un estudio de este régimen transitorio de las menciones, *vid.*, por todos, MENCHÉN BENÍTEZ, B.: *op.cit.*, págs. 815 a 818; y FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, V.: *op.cit.*, págs. 133 a 156, refiriéndose, sobre todo este último, a los artículos 307 RH 1861, 7 RD de 30 de julio de 1862 y RO de 15 de diciembre de 1862, 31 y 32 LH de 1909 —arts. 401 y 402 en el texto legal definitivo e integrado—, y 508 RH 1915. Sobre pronunciamientos registrales en esta materia, destacan: RR. de 19 de septiembre de 1914, de 17 de julio de 1917, de 22 de octubre de 1920, de 10 de octubre de 1927, de 3 de mayo de 1929 y de 23 de octubre de 1934.

2. LA ACTUAL INOPERANCIA REGISTRAL Y CONSIGUIENTE CANCELABILIDAD DE LAS MENCIONES DE DERECHOS SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCIÓN ESPECIAL Y SEPARADA

El espíritu de la reforma hipotecaria no deja lugar a dudas: «Ninguna razón abona que continúen mencionándose en el Registro los derechos susceptibles de inscripción separada y especial», decía la Ley de 1944 en su texto expositivo. No hay, en cambio, en la nueva legislación una sola norma que de forma tajante prohíba mencionar un derecho susceptible de inscripción autónoma (125). De hecho, la R de 24 de febrero de 1993 reconoce «que nuestra misma legislación no parece haber excluido enteramente las llamadas menciones (éstas aparecen en las inmatriculaciones de nuda propiedad, de una cuota en condominio, del dominio directo, del dominio útil, etc.) (126).

La innecesariedad, en cualquier caso, de pronunciarse acerca de la posible mención de esta clase de derechos y justificarla por no existir una norma impeditiva al respecto, deviene por lo impuesto en los arts. 29 y 98 LH, 51.7.ª, 188 y 353.3 RH que, si bien no la prohíben expresamente, le niegan cualquier protección hipotecaria y ordenan su expulsión del Registro mediante la oportuna cancelación; resurgiendo, entonces, con plasmación positiva, la inspiración supresora de 1944 (127).

---

(125) Así lo reconoce ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 391 y 392: «Es de advertir que en la Ley Hipotecaria vigente no existe precepto alguno que formalmente prohíba practicar menciones propiamente dichas, a pesar de que en su parte expositiva hable de «la supresión de las menciones»».

(126) Al margen de la opinión contraria a la mención de derechos inscribibles separadamente, y que constituye legión, destacables son las consideraciones favorables a la misma: Así, la Resolución de 24 de mayo de 1983, y siguiéndola GARCÍA GARCÍA, J. M.: *op.cit.*, pág. 190, nota (4), admite *ex* artículos 7.2 LH y 312 RH la mención del usufructo. La STS de 3 de octubre de 1974 parece admitir la mención del censo enfiteútico —como dominio útil—, y autores como LACRUZ, J. L. y SANCHO, F. A.: *op.cit.*, pág. 96; GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Sentencias comentadas del TS. Derechos reales e hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 796 y 797; y GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf.), págs. 257 y 258, afirman en general la mención del dominio —útil o directo—. En cuanto a la hipoteca, sólo admite su mención, a partir de una errónea lectura de la Resolución de 21 de abril de 1948, DE COSÍO, A.: *op.cit.*, págs. 284 y 285. Y en cuanto a la servidumbre de aguas, en contra del actual artículo 66 RH, que elimina precisamente su mención prevista antes por el artículo 69 RH 1915, la Resolución de 30 de mayo de 1961, y siguiéndola las de 15 y 26 de junio, de 11 y 14 de julio del mismo año, admite su mención en la inscripción del inmueble gravado.

(127) ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.*, pág. 294 (art. de 1945), decía que «el anteproyecto de reforma prohibía expresamente que en ningún asiento se hiciera mención de derechos susceptibles de inscripción especial y separada; la Exposición de Motivos de la nueva ley responde a este criterio. No obstante, en el proyecto del Gobierno desapareció aquella norma, que entrañaba un mandato de exclusión dado al Registrador, y en su lugar, se optó por la fórmula de negar efectos hipotecarios de gravamen a tales menciones; esta fórmula ha pasado a la nueva ley». Para GONZÁLEZ PALOMINO, J.: *op.cit.*, pág. 294: «El

Y no es aceptable, en este sentido, suscitar ninguna duda interpretativa por el hecho de que el artículo 51.7a RH se refiera a «cargas y limitaciones» y que el artículo 188 RH expresamente disponga la liquidación o cancelación de «gravámenes que sólo estén mencionados», o porque el artículo 353.3 RH, referido a la mención en general, se ubique en sede de «certificación de cargas» (128). El artículo 98 LH, que precisamente desarrollan aquellos preceptos reglamentarios y al que se remite en particular el artículo 51.7a RH en el corte final de su primer párrafo, se refiere a la cancelación de *cualquier derecho* que, siendo inscribible por separado y de modo especial, únicamente es mencionado en el Registro. Por tanto, no ha lugar a la incertidumbre sobre las menciones que, por su propia inoperancia registral (arts. 29 y 98 LH), son cancelables y en efecto han de ser canceladas —a instancia de parte o incluso de oficio por el Registrador (129): Son aquellas que expresen una situación

legislador concededor de una realidad, se sitúa en el plano de la práctica, y en vez de prohibir (que implícitamente lo hace) que se hagan menciones, adopta la solución realista de negar efectos a las menciones que puedan hacerse». De modo tajante, casi incuestionable, dice la Resolución de 22 de noviembre de 1945 que las «menciones perderán la consideración de gravámenes a los efectos de la Ley Hipotecaria, y deberán ser canceladas». En similar sentido, la de 7 de julio de 1954. De hecho, las RR de 30 de mayo, de 15 y 26 de junio, de 11 y 14 de julio, todas de 1961, tras admitir la mención de servidumbre, advierten que con la actual LH ni es gravamen hipotecario, ni goza de la fe pública registral (arts. 98 y 29 LH, respectivamente). Así también, la Resolución de 24 de mayo de 1983, que admita la mención de usufructo como excepción al artículo 29 LH, reconocía que «indudablemente la fe pública no se extenderá a esta mención ya que no ha de gozar de los beneficios del sistema quien no ha querido acogerse al mismo».

(128) Duda que, no obstante, se plantea sin resolverla GARCÍA GARCÍA, J. M.: *op.cit.* pág. 798, nota (7), comentando la Sentencia de 3 de octubre de 1974.

(129) A diferencia de la DT1.<sup>a</sup> LH, que prevé la cancelación de menciones de oficio o a instancia de parte, el artículo 98 LH no contempla, aparentemente al menos, la iniciativa del Registrador (Así lo advierten, como algo poco sistemático y falto de lógica DE LA RICA, R.: *op.cit.* (Com. a RH), pág. 343; y ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 394 y 395). La legitimación activa para instar dicha cancelación no viene ya limitada a la propia persona favorecida por la mención; ya no rige para las menciones el artículo 82 LH, únicamente exigible ahora para la cancelación de inscripciones y anotaciones preventivas (Resolución de 27 de septiembre de 1974). Podrá, pues, promover la cancelación de este tipo de menciones el titular de la finca afectada, ya sea su dueño, ya sea el titular de un derecho real menor, a través de un escrito al que deberá acompañar certificación registral que justifique su condición de titular registral y que contenga íntegramente la mención de la carga o derecho real que pretende sea cancelada (artículo 210.2.<sup>a</sup> LH). Asimismo, estará legitimada cualquier persona que solicite una certificación del Registro —de cargas o de dominio—, y tenga interés conocido *ex* artículo 227 LH en averiguar el estado —de libertad o de gravamen— de la finca (artículo 225 LH). Así lo entienden: DE LA RICA, R.: *op.cit.* (Com. a RH), pág. 343; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 395 y 396; y MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 991. Junto a esta posibilidad de *solicitud expresa*, el actual artículo 353.3 RH, con antecedente en la RO de 22 de febrero de 1919, consagra lo que ha dado en denominarse *instancia «presunta»* (DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* [Com. a RH], pág. 343; y DÍAZ GÓNZALEZ, C.: *op.cit.*, pág. 201) o «*tácitas*» (MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 974): «se entenderá solicitada la cancelación que proceda

jurídico-real, sea un derecho real o una simple carga real, inscribible por sí misma.

No obstante, determinada doctrina considera que en la actualidad únicamente se ha negado a la mención los beneficios de la fe pública registral, quedando, en cambio, subsistente su fuerza negativa y defensiva gracias al mantenimiento del principio de buena fe: Partiendo de que los arts. 29 y 98 LH se refieren única y exclusivamente a la *mención*, y no en sí al derecho mencionado, aquélla, en tanto no se cancele, es *fuerza de conocimiento de índole registral*, no siendo equiparable a lo no inscrito, y, por ello, *priva* de buena fe al tercero que adquiere la finca afectada, y pretenda ignorar la mención, por la propia cognoscibilidad absoluta o *erga omnes* que la misma, de momento sin cancelar, proporciona (130). Incluso, según GIMÉNEZ ARNAU,

---

por el solo hecho de pedirse la certificación». En opinión de la doctrina —ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 395; DE LA RICA, R.: *op.cit.*, pág. 345; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B.: *op.cit.*, pág. 952; GARCÍA GARCÍA, J. M.: *op.cit.*, pág. 232, nota (30)—, se establece una presunción legal *iuris et de iure* de ruego, una ficción estatuida por ministerio de la ley como excepción al principio de rogación. Pero, más que petición privada de índole ficticia, implícita o presunta, en verdad inexistente, ¿no cabría ver en el artículo 353.3 RH una cancelación practicable *de oficio* por parte del Registrador? El Registrador no sólo cancelará las menciones, inoperantes según artículo 98 LH o caducadas *ex DTL.*<sup>8</sup> LH, cuando expida la certificación de cargas —o de dominio— (art. 353.3 RH, primer párrafo), sino que, «del mismo modo *podrá* procederse cuando se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado» (art. 353.3 RH, párrafo segundo *in fine* según reforma de 1959). Dirá entonces MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 991, que «la cancelación de oficio procederá en los casos del artículo 353.3 del Reglamento Hipotecario». Por lo que concierne al aspecto puramente adjetivo, la cancelación de estas menciones se llevará a cabo mediante la correspondiente *nota marginal*, que habrá de extenderse conforme a los artículos 188 y 353.3, pág. 2 RH. Hay quien sostiene la posibilidad de cancelación de la mención en el fondo de la inscripción que simultáneamente se practique cuando así lo soliciten expresamente las partes en el propio título, en cuyo caso se habrán de practicar también las oportunas notas marginales de referencia en las inscripciones y anotaciones que contengan la mención cancelada (ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 396; DÍAZ GONZÁLEZ, C.: *op.cit.*, pág. 201). Así pudiera ser. En cualquier caso, como exige la Sentencia de 27 de junio de 1986, jamás podrá el Registrador cancelar la mención de un modo tácito o implícito, por la simple omisión de la mención en los asientos registrales posteriores que practique, sino siempre de forma expresa y a través de un asiento —cualquiera que éste sea— de cancelación.

(130) GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf), págs. 271 y 272, estima que «si al adquirente le consta, por el mismo contenido del Registro, la existencia de un derecho real limitativo del dominio, de una carga o de una condición con efecto real, la *fides publica* no le protegerá porque carecerá de buena fe»; así «de modo indirecto estará amparado —el titular de la mención—, en cuanto el titular del derecho inscrito tiene que respetar el derecho mencionado, ya que si no lo respeta obrará de mala fe». TRIAY SANCHO, J.: *op.cit.*, pág. 169, para quien «el artículo 98 sólo y *exclusivamente* se refiere a la expresión registral (mención), dejando totalmente intacto el *derecho* mencionado, el cual seguirá produciendo todos los efectos que le correspondan según *su propia ley (civil)*», advierte, en contra de ROCA, (pág. 170) que «la situación del tercero hipotecario no puede ser idéntica frente a lo mencionado (que tiene un contenido registral positivo) que frente a

«aunque se cancele —la mención— en cumplimiento del precepto legal, todo titular anterior a esa cancelación, advertido por la mención de la existencia de un derecho real o de una condición con efecto real, *carecerá de buena fe*, y, en consecuencia, en cuanto a él, mientras no aparezca un tercero en virtud de inscripción posterior, *la mención, aun cancelada, surtirá efectos*» (131).

En principio, es verdad, ni el artículo 29 LH, ni el artículo 98 LH son tan explícitos y omnicomprendivos en su literalidad como para mantener la inexistencia o la ineficacia absoluta de las menciones registrales, según pretende otro sector de la doctrina (132). El artículo 98 LH simplemente despoja a lo mencionado de su posible condición de carga o gravamen en sentido hipotecario —«a los efectos de esta Lev», dice en su inciso final (133); y el artículo 29 LH, por su parte, manifestándose en el terreno puramente registral, sin adentrarse en la esfera civil, no niega todo efecto real a las menciones que expresen derechos inscribibles separadamente, puesto que, conforme a una interpretación estrictamente gramatical, sólo representa un caso especial más, entre otros tantos, de *excepción* al artículo 34 LH por vía de *negación* o de *no aplicación* de la «fe pública del Registro» (134); un principio y efecto éste

---

lo no inscrito (sólo negativo); lo no inscrito no existe en el sentido de que no está en el Registro, y, por tanto, no puede ser fuente de conocimiento; pero la mención de un derecho real efectivamente existente en la realidad jurídica, aunque se haya efectuado indebidamente, y siempre que no figure cancelada, en el terreno de los hechos tiene aptitud para ser fuente de conocimiento, llevar al ánimo del tercer adquirente la convicción de la existencia efectiva de aquel derecho y privarle, en consecuencia, del requisito de la buena fe». Basándose en GIMÉNEZ ARNAU, DE COSSÍO Y CORRAL, A.: *op.cit.*, pág. 285, afirma que el artículo 29 «no niega a la mención sino los beneficios de la fe pública, pero queda subsistente el efecto negativo de la mención, a través de la idea de buena fe, ya que a través de ella llega a conocimiento del tercero la preexistencia de la relación jurídica real».

(131) GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Cont), págs. 274 y 275. Ya con anterioridad (pág. 272) había mostrado este autor su perplejidad ante el caso de que una persona, aun conociendo o incluso reconociendo —expresa o tácitamente— la existencia del derecho mencionado (conociendo además, en este sentido, la exactitud del asiento), pueda luego en base al artículo 98 LH pedir la cancelación de la mención y ser un adquirente de buena fe, convirtiendo el asiento ahora en inexacto.

(132) ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), págs. 389 y 390; CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 690; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *op.cit.*, págs. 821 y 822; BADÍA SALILLAS, A.: *op.cit.*, pág. 1071; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A.: *op.cit.*, pág. 95; DíEZ-PICAZO, L.: *op.cit.*, pág. 508; CANO TELLO, C. A.: *op.cit.*, pág. 228; y PAU PEDRÓN, A.: *op.cit.*, pág. 49.

(133) Así lo reconoce, en cierto modo, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 394: «al emplear —el artículo 98 LH— la noción de *gravamen* sitúa el problema en terreno adecuado. Pero, con todo, habría sido preferible que hubiera dispuesto explícitamente que la mención era irrelevante en absoluto y que había de estimarse como no escrita».

(134) Así lo admitirá finalmente ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1968), pág. 136: «siempre a los solos efectos inmobiliarios registrales»; «a los solos efectos hipotecarios —las menciones— han de ser *tenidas por no puestas o no escritas en los libros del Registro*»; (pág. 137) «considerándolas, por ende, legalmente inexistentes, como si nunca

que, si bien esencial en el campo del Derecho hipotecario, ni es el único que impera en nuestro sistema, ni se identifica por sí sólo y de forma plena con la publicidad en toda su extensión y posibles consecuencias (135). De hecho, existen supuestos de inscripción de efectos limitados que si bien no gozan de las ventajas del principio de fe pública registral —por su negación o por su suspensión—, no dejan de ser inscripciones, ni carecen por ello de otros efectos registrales, como el de oponibilidad (cfr. art. 32 LH).

En esta línea, TRIAY SANCHO, favorable a la operatividad defensiva *erga omnes* de las menciones registrales, llegará incluso a decir que el artículo 29 LH se refiere al tercero adquirente del propio derecho mencionado, el cual por tener mencionado, y no inscrito, su derecho no se encontrará protegido por el artículo 34 LH, ni consiguientemente podrá ostentar la consideración de tercero hipotecario (136). Así es ciertamente, pero no por virtud inmediata de lo estatuido en el artículo 29 LH, sino por la propia imposibilidad del supuesto planteado: Incluso al amparo de la legislación hipotecaria anterior (137), *jamás* pudo el titular de un derecho mencionado disponer registral-

hubieran tenido acceso al Registro, *siempre dentro del ámbito inmobiliario registral* (El subrayado es nuestro). Las RR. de 30 de mayo, de 15 y 26 de junio, de 11 y 14 de julio, todas ellas de 1961, tras admitir que la mención de una servidumbre no es gravamen, ni goza del beneficio de la fe pública registral, luego deben ser canceladas, advierten todo ello «sin perjuicio de que las partes puedan acudir a los Tribunales para contender entre sí, acerca de la existencia o validez del derecho». En cuanto al carácter especial o excepcional del artículo 29 LH: VILLARES PICÓ, M.: *op.cit.*, pág. 106; SANZ FERNÁNDEZ, A.: *op.cit.*, pág. 469; CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 304; y actualmente, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *op.cit.*, pág. 495.

(135) Por esta razón, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 392, califica al precepto «de técnica defectuosa», y señala (pág. 393) que «hubiera sido preferible que la ley hubiere prohibido claramente en lo sucesivo practicar menciones propiamente dichas, y que dicho artículo 29, despojándose de su pomposidad, hubiera establecido sencillamente que las menciones practicadas contrariando dicha prohibición, serían nulas e ineficaces, considerándose a todos los efectos legales como no hechas». También, y con anterioridad a ROCA, SANZ FERNÁNDEZ, A.: *op.cit.*, pág. 218, y ROÁN MARTÍNEZ, J.: «Texto refundido de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946», en *RDP*, 1946, pág. 650, para quien «en el artículo 29 hubiera sido aconsejable que se sustituyera la expresión la «fe pública» por otra más comprensiva que expresase mejor el sentido de la reforma; por ejemplo: «los efectos del Registro no se extenderán...»; de esta forma sería más palpable que la negación de efectos a las menciones es absoluta».

(136) TRIAY SANCHO, J.: *op.cit.*, pág. 169: «El artículo 29, al parecer, no se refiere a los terceros adquirentes de la finca sobre la cual recae el derecho mencionado, sino al titular de este derecho y a las personas que lo adquieran de él a título oneroso o lucrativo, en tanto que el artículo 98 sería el que se referiría a los primeros. El alcance del artículo 29 sería el de proclamar formalmente que, mientras la expresión registral no pase de ser una simple mención, la fe pública del Registro *no protegerá al titular del derecho real mencionado ni a sus causahabientes*; es decir, que aunque hayan adquirido este derecho a título oneroso, de buena fe, del titular registral y aparezca mencionado a su nombre en el Registro, no por ello estarán protegidos por la fe pública registral, por la circunstancia de que no han hecho constar su derecho en forma adecuada en el Registro».

(137) Ver *supra*, epígrafe II.4.

mente del mismo, salvo que éste fuese previamente inscrito. Por lo que difícilmente podría alguien adquirir por la propia mención la condición de tercero hipotecario, porque para ello debía adquirir un derecho ya inscrito —no meramente mencionado—, debiendo seguidamente inscribir la adquisición, lo cual no le estaba permitido en base a la sola mención, sino mediante la presentación del correspondiente título que acreditase tal adquisición y posibilitase su inscripción. Creer, por tanto, que el artículo 29 LH priva a la mención de la eficacia positiva frente a terceros consagrada en el artículo 34 LH sería negarle algo que nunca tuvo, un efecto registral del que siempre careció, por lo que el precepto en cuestión habría de entenderse como innecesario (138).

La verdadera privación de la eficacia registral, y también de la consideración de gravamen, a las menciones de derechos inscribibles especialmente, habrá de entenderse referida, pues, a su vertiente *de oponibilidad negativa o defensiva* y respecto al tercero que adquiera la finca o derecho afectado por él mencionado. No lo expresa de tan evidente forma el artículo 29 LH, pero así lo impone una interpretación del precepto conforme a sus antecedentes y a su espíritu: En cuanto a lo histórico, el anterior artículo 29 LH de 1861, de 1869 y de 1909, consideraba que esta clase de menciones surtía «efecto contra tercero», el cual no podía de buena fe desconocer lo mencionado, y al cual le perjudicaba, debiendo soportarlo. Por tanto, el sentido del vigente artículo 29 LH no puede ser otro que suprimir, por simple imperativo legal y a pesar de la constancia registral que la mención sin cancelar supone, ese efecto del que antes gozaban las menciones de derechos inscribibles de forma especial: el derecho mencionado no afectará al derecho inscrito o anotado al que se refiera (según artículo 98 LH), ni perjudicará ya al tercero que lo adquiera (*ex art. 29 LH*).

En cuanto a lo lógico: Ciertamente, si el derecho indebidamente mencionado existe civilmente, en la realidad externa al Registro, y el tercero adquirente de lo inscrito y afectado por aquél lo conoce *realmente*, carecerá de buena fe si pretende ignorar lo existente y sabido por él (139). Mas esa noticia nunca po-

---

(138) Por eso, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1968), pág. 140, advierte que «es mejor empezar por decir, desde un principio, que el artículo 29 de la ley descansa sobre una base que no puede darse y que, por consiguiente, este precepto huelga totalmente, por suponer unos terceros adquirentes según el Registro que son puramente imaginarios a los efectos del artículo 34 de la ley».

(139) Así lo aceptará ROCA SASTRE, R.: *op.cit.* (1968), pág. 141 y 142, en virtud de las observaciones de TRIAY SANCHO y en virtud de la Sentencia de 24 de mayo de 1952: «De existir realmente lo mencionado en el Registro y *conocerlo el adquirente* de la finca o derecho real sobre los que consta registralmente la mención, naturalmente dicho adquirente no podrá gozar de la protección de la fe pública del Registro, porque al mismo *le faltará el requisito de la buena fe* exigido para ello, siempre que tal conocimiento quede demostrado, prescindiendo de lo dispuesto en dichos artículos 29 y 98 de la Ley Hipotecaria, pues los mismos operan en el campo puramente registral».

drá emanar de la propia mención registral, haya o no sido cancelada, porque así lo impone la *ratio* de los arts. 29 y 98 LH: Como se dijera en el texto expositivo de la Ley de reforma de 1944, «los titulares de derechos que pueden ser objeto de inscripción especial y separada, deben cuidar directamente de su ingreso en el Registro. *Su negligencia no ha de merecer especial protección*», que es la que precisamente proporciona el Registro de la Propiedad en cuanto viabiliza frente a los terceros de buena fe la innata oponibilidad *erga omnes* de la que goza toda situación jurídico-real. ¿Por qué, entonces, habría que beneficiar al negligente que no inscribió adecuadamente su derecho? Su merecido es considerar lo mencionado como inexistente *ab initio*, desde el mismo instante en que *indebidamente* se practicó la mención (140). Así como el derecho no inscrito es inoponible en el ámbito registral, tampoco será eficaz hipotecariamente frente a terceros el derecho que aun mencionado no esté «*debidamente*» inscrito (cfr. arts. 606 CC y 32 LH).

En coherencia con esta idea inspiradora de la normativa hipotecaria, difícilmente el tercero llegará a conocer a través del Registro la existencia de tal clase de mención: Según dispone el artículo 353.3 RH «las menciones... que deban cancelarse o hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, *no se comprenderán en la certificación*», y probablemente tampoco se contendrán en las notas simples. Podría pensarse en las informaciones directas, pero, además de que no sean suficiente medio de prueba —sólo lo es la certificación—, sería entonces cuando entrasen en juego, y en contra de la «noticia» registral que de la mención fluye, los arts. 29 y 98 LH, bajo cuyo abrigo se ampararía ese tercero (141). No sería la buena fe la que quedase desvirtuada, sino la propia mención como medio de publicidad registral. La apariencia formal y consiguiente cognoscibilidad que la mención, mientras

---

(140) Según BADÍA SALILLAS, A.: *op.cit.*, págs. 1071 y 1072, «se pueden calificar estos supuestos —los contemplados en el artículo 98 LH— como de ineficacia originaria de asientos o constancias registrales, en cuanto la causa de cancelación surge en el momento mismo de practicarse, a diferencia de los casos de caducidad propiamente dicha, que lo son de ineficacia sobrevenida tras la extensión del asiento, con base, pura y simplemente, en el transcurso del tiempo». Por su parte, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1968), pág. 137: «Todo se produce como si se tratara de *menciones ya caducadas*, esto es, que al instante mismo que ingresaron en los libros hipotecarios quedaron sincrónicamente caducadas de un modo automático, siendo impotentes ya *ab origine* de producir efectos... las menciones registrales surgidas posteriormente a tal fecha —1° de julio de 1945— *no dispusieron siquiera del referido plazo de caducidad*, pues por haberse ya dispuesto normativamente su inoperancia inicial, por negarles desde *ab (sic) initio* todo efecto, todo viene a producirse de la misma manera como si las mismas menciones quedaran automáticamente caducadas en el instante mismo de surgir o producirse».

(141) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *op.cit.*, pág. 822: «pero como existe una apariencia registral que puede inducir a error a los que consulten aquél, la Ley Hipotecaria se ha creído en la necesidad de expresar en su artículo 29, que la fe pública del Registro no se entenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial».

subsista, pudiera provocar es esterilizada por disposición de la ley; la mención queda por mandato legal impotente frente a los terceros. Destruir la posible buena fe del tercero en cuanto advertido por la mención o exigirle, ante tal supuesto aviso, cualquier deber de información o investigación respecto a lo simplemente mencionado —no debidamente registrado—, le significaría un perjuicio o la imposición, a su cargo, de una diligencia formal y sustantiva que no se justifica, ni corresponde con la negligencia del titular del derecho nada más que mencionado.

Sólo cabría, pues, un mecanismo para destruir la buena fe y hacer que el derecho mencionado perjudicase al tercero: El *conocimiento directo y real* del derecho en cuestión (142). Pero no es ésta una novedad en materia de menciones: Cualquier derecho real que no se haya inscrito, salvo que sea notorio (vgr. servidumbres aparentes) o que cuente con una publicidad de tinte legal, será inoponible frente al tercero que, de buena fe (desconociendo la titularidad de quien no lo tiene inscrito), lo ha adquirido de su titular registral y ha procedido a su inscripción en el Registro inmobiliario (arts. 606 CC, 32 y 34 LH); pero de suyo y por su propia naturaleza dicho derecho real, aun no estando inscrito en el Registro, gozará indudablemente de una eficacia absoluta frente a todo tercero que conozca efectiva y realmente su existencia.

La equiparación entre lo mencionado y lo no inscrito queda de esta manera demostrada, y con ello la defunción, en fin, de las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada, al quedar desamparadas de la publicidad registral en general (143). Y todo ello a pesar de la desafortunada

(142) El propio ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1968), págs. 143 a 144, tras reproducir la Sentencia de 24 de mayo de 1952 y la opinión de TRIAY SANCHO, considera que «la consulta personal de los libros del Registro en nada puede situar al tercer adquirente de una finca con gravamen real sólo mencionado, en la posición de *sujeto de mala fe* respecto de esto, si no va acompañada del conocimiento efectivo de que dicho gravamen está vivo o existe en la realidad jurídica extrarregistral, por cuya razón tal consulta resultará intrascendente, ya que lo decisivo para que tal adquirente no sea de buena fe, dependerá, única y exclusivamente, del referido conocimiento real de que tal gravamen existe». En el mismo sentido, LACRUZ, J. L. y SANCHO, F. A.: *op.cit.*, págs. 108 y 109, nota (16). Incluso TRIAY SANCHO, J.: *op.cit.*, pág. 171, terminará matizando que «este efecto no será consecuencia de la existencia de la mención, sino de la existencia *del derecho mencionado* que, si bien en este caso se delató a través de la mención, en realidad hubiese podido conducir al mismo resultado por cualquier otro medio, registral o extrarregistral, que fuese apto para ello».

(143) La Resolución de 7 de julio de 1954, tras decir que el artículo 98 LH «niega el carácter de gravámenes a la mención de actos susceptibles de inscripción separada y especial», considera que el artículo 29 LH «excluye las menciones de los efectos de la publicidad registral». Para CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 690, «aparte de esta negación de efectos de gravámenes, indudablemente hay que considerarlas como nulas, ineficaces a los efectos de la fe pública registral o de la publicidad». Según MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 989, el artículo 29 LH, consecuente con el artículo 98 LH, «rechaza la aplicación a las menciones de los principios esenciales del sistema».

tunada redacción de los artículos 29 y 98 LH, que pretendiendo suprimir de un plumazo estas menciones, yerran en su literalidad el objetivo.

¿Sucede lo mismo respecto a las menciones de derechos no aptos para una inscripción propia y principal?

### 3. ADMISIÓN ACTUAL DE LAS MENCIONES DE SITUACIONES NO SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCIÓN ESPECIAL Y SEPARADA.

Los más significativos preceptos del vigente ordenamiento hipotecario que privan a las menciones de sus efectos registrales se refieren a «la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial» (arts. 29 y 98 LH). ¿Cabría pensar, entonces, en la posibilidad de mencionar derechos *no* susceptibles de inscripción especial y separada? (144).

#### 3.1. *La posible, pero cuestionable, mención de ciertos límites legales y naturales del derecho real inscrito o anotado*

Muchas de las «cargas» que funcionan a modo de límite normal del derecho real, pleno o limitado, inscrito vienen consagradas en la ley y, por ende, se presumen conocidas sin necesidad de prueba alguna, bastando para ello el precepto normativo que las establece. Esto explica que en principio no sean, porque no lo requieren, objeto de inscripción en el Registro, ni sean referidas en los títulos públicos que extiendan los Notarios. Son, entre otras, las servidumbres legales de utilidad pública (artículo 5.3º RH), los tanteos y retractos legales (art. 37.3º LH), las prohibiciones de disponer de origen legal (art. 26.1º LH), así como, en general, las limitaciones legales de la propiedad (vgr., las relaciones de vecindad); situaciones delimitadoras todas ellas que son absoluta y plenamente eficaces *erga omnes* sin necesidad de registración, siendo, por otra parte, cognoscibles y oponibles *ope legis*, incluso frente a los terceros amparados por la fe pública registral (145).

(144) Ante tan innegable evidencia, propondrá ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 383, que «mejor sería aún prescindir de aquel concepto que todavía emplea la ley actual, pues entendido literalmente parecería permitir la mención de derechos *no* susceptibles de inscripción separada y especial».

(145) *Vid.*, por todos, SANZ FERNÁNDEZ, A.: *op.cit.* (II), pág. 364 y 365; DE CASSO ROMERO, I.: *op.cit.*, págs. 288 y 289; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.*, pág. 624; LACRUZ, I. L. y SANCHO, F. A.: *op.cit.*, pág. 243; CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, págs. 428 a 430; MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 434; RRoca-Sastre Muncunill, L.: *op.cit.*, pág. 261 a 263 y 289 a 292; FUENTE NORIEGA, M. y otros: *op.cit.*, págs. 71 a 73. Acerca de la no expresión de las limitaciones de origen legal, especialmente las servidumbres y retractos legales, en los documentos públicos: DE LA HERRÁN DE LAS POZAS, J. P.: *Derecho Notarial*, Madrid, 1946,

No faltan voces en la doctrina, sin embargo, que ante la creciente desmesura cuantitativa de tales limitaciones legales, propongan como conveniencia ocasional, sobre todo cuando no sean notorias, su publicidad registral para hacerlas así efectivamente cognoscibles (146). Ciertamente es que la Ley, en cuanto norma escrita, genera publicidad, pudiendo ser entonces conocida por sus destinatarios, y que la ignorancia del Derecho no exonera de su observancia (artículo 6.1 CC), quedando así garantizada la seguridad jurídica. Pero, al margen de que la inexcusabilidad de la *ignorantia iuris* no implique, porque no es posible, un deber de conocimiento o una presunción *iuris et de iure* de conocimiento de todo el ordenamiento jurídico por cualquier persona, con la consideración de la publicidad legal como fuente de eficacia y cognoscibilidad suficiente en esta sede, quedaría relegada, o al menos en conflicto, la propia exigencia de justicia; máxime cuando la «elefantiasis» normativa actualmente existente en materia de límites no visibles —sobre todo, de interés particular y urbanístico—, complica la posibilidad de su conocimiento por parte de los terceros —que potencialmente pretendan adquirir una propiedad o prestar sobre ella—, haciendo peligrar con ello, aunque fuese sólo en parte, la aspiración básica de nuestro sistema hipotecario, cual es la seguridad del tráfico jurídico (147). No basta con que la ley sea pública; es menester que también lo sea la verificación del supuesto determinante de su aplicación.

De esta forma, siendo tales límites situaciones no inscribibles autónomamente no susceptibles de «inscripción separada y especial» dice el artículo

págs. 315 a 317; GIMÉNEZ ARNAU, E.: *Instituciones de Derecho Notarial*, tomo II, Madrid, 1954, pág. 175 y 176.

(146) Según LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A.: *op.cit.*, pág. 243, letra pequeña, «cabe dudar de que la razón para eximir de publicidad a los gravámenes legales sea su absoluta cognoscibilidad, porque ésta falla con frecuencia»; y tras citar algunos ejemplos, consideran (pág. 244) que «construir, entonces, una especie de «principio de la publicidad legal», en cuyo ámbito entrasen todos los derechos subjetivos de naturaleza real conferidos por la ley, supondría ampliar desmesuradamente el ámbito de la ficción, en detrimento de los principios en que se inspira nuestra legislación hipotecaria, y mediante una generalización inadmisiblemente de preceptos singulares». También DE LA RICA y MARITORENA, R.: «Limitaciones de disponer en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1972, I, pág. 528, advierte la oportunidad de registración de las limitaciones de disponer objetivas de fuente legal establecidas, no ya en interés general, sino en beneficio particular o privado; y en posterior trabajo («Las servidumbres en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1977, II, págs. 755 a 757), lo afirma igualmente en cuanto a las servidumbres legales de interés particular o de utilidad privada —salvadas las aparentes—. En materia de tanteos y retractos legales, se pronuncia en dicha dirección BONILLA ENCINA, J. F.: «Titularidades limitadas (Los derechos de tanteo y retracto convencionales y el derecho de opción, como limitativos de una titularidad)», en *RCDI*, 1970, I, págs. 442 y 443; y CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, págs. 303 a 305.

(147) *Vid.*, por todos, PÉREZ LUÑO, A. E.: *La seguridad jurídica*, Barcelona, 1991, págs. 43 a 47, sobre la «hipertrofia legislativa» y la «inflación normativa» como quiebra actual de la seguridad, y págs. 71 a 82, acerca de la ignorancia del Derecho como tensión entre la seguridad jurídica y la justicia.

26.1.º LH—, ¿por qué no admitir su mencionabilidad como útil para su efectivo conocimiento y como viabilizadora de su plena eficacia frente a terceros? Así se admite en el Derecho suizo (148), y así lo recomienda entre nosotros GARCÍA GARCÍA respecto a determinados retractos legales (149). La idea, por tanto, sería habilitar la mención en el Registro, aunque fuera brevemente o por remisión, de cualquier límite o limitación legal y natural de la propiedad —especialmente, los de utilidad privada— que no sea de suyo aparente, aunque ello fuese en detrimento de la sencillez de los asientos registrales: No cabe duda que una exigencia sustantiva, cual es la de garantizar el conocimiento de una situación jurídico-real a quien pueda ser afectado por ella, debe anteponerse a una conveniencia adjetiva que no está sino al servicio de aquella primera de índole material.

En cualquier caso, el supuesto de mención que sobrevive no es este —sugerido como posible oportunidad *de lege ferenda*—, sino otro: aquél que se refiere a auténticas cargas que, *no* siendo susceptibles de inscripción especial y separada, afectan al derecho inscrito gravándolo y limitándolo.

### 3.2. *La necesaria mención de las limitaciones convencionales y accidentales del derecho real inscrito*

Conforme a la literalidad de ciertos preceptos, tales como el artículo 9.2.º LH —que ha suprimido la indicación de «cargas de cualquier clase»—, y el artículo 51 RH, que en su regla 6.ª ya no habla de «mención circunstanciada y literal», como hacían sus antecesores, sino de «expresión circunstanciada» de todo lo que según el título limite o determine al derecho inscrito (150),

---

(148) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *op.cit.*, pág. 290 y 291, explica del Derecho registral suizo, que «existe en el folio hipotecario una columna de *menciones* donde se consignan, a petición de parte, los accesorios, las servidumbres activas, las pasivas legales, las restricciones públicas de la propiedad (alineaciones)». Por su parte, SERRANO Y SERRANO, L.: *op.cit.*, pág. 92, acerca de las menciones previstas en el Código Civil suizo (*Anmerkungen*), dice que «de las limitaciones de la propiedad de derecho público, como las resultantes de planos de alineamiento y otros, cuya mención es prevista por los cantones, a reserva de la aprobación del Consejo federal —artículo 962 CC suizo—. Y a estas mismas explicaciones se remiten reproduciéndolas casi en su literalidad, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 322, nota (2); y Díez-PICAZO, L.: *op.cit.*, pág. 506.

(149) GARCÍA GARCÍA, J. M.: *op.cit.*, pág. 42 y 43, nota (63), afirma que un «caso de mención admisible sería la constancia de reserva de derechos en favor del colindante en caso de división o segregación por debajo de la unidad mínima de cultivo, según... al artículo 45.1 de la legislación agraria». Ya en relación a un tanteo legal, decía la Resolución de 26 de abril de 1867, que «el derecho de tanteo que tienen los dueños directos no es inscribible por sí sólo y separadamente de la inscripción del dominio directo». ¿,Por qué no, entonces, mencionarlo?

(150) Ya había vaticinado DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* (Com. a LH), pág. 38, que «aunque el artículo 61 del Reglamento emplea la palabra *mencionar*, no lo hace en

concluirá la doctrina en su mayoría que siendo ese «todo» meras circunstancias no inscribibles separadamente, su consignación en el fondo de la inscripción del derecho al que afecta o identifica no será auténtica y estricta mención, sino simple «expresión» o «constancia» registral de un elemento que es parte *esencial* integrante del derecho con el cual se registra formando parte del propio asiento de inscripción (151). Falla una vez más, sin embargo, en esta opinión una distinción dentro de las cargas y afecciones reales no susceptibles de inscripción especial y separada, advertida ya antes de 1944, entre aquellas «cargas» que simplemente *delimitan* o marcan con carácter necesario el contenido esencial y natural del derecho que se inscribe, y aquellas otras, verdaderas cargas reales, que realmente *limitan*, sujetan o reducen con alcance excepcional el derecho real inscrito, pues sólo estas últimas serán objeto de mención: A diferencia de los límites naturales que acotan de modo necesario el derecho real y generalmente se presumen sin requerir prueba, las auténticas cargas reales, por su carácter restrictivo y accidental, no se presumen por cuanto implican una excepción derogatoria del principio —presumiendo *iuris tantum* de libertad de la propiedad inmobiliaria; de ahí que para desenvolver plenamente sus efectos *erga omnes* —sobre todo frente a los que de buena fe las desconozcan—, deban ser probadas. Y, ¿qué mejor cauce para ello que su constatación en el Registro mediante la oportuna mención? (152).

En la propia Exposición de Motivos de la Ley de Reforma hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, en cuya virtud se aspiraba a eliminar plenamente, con alcance sustantivo y formal, las menciones que reflejasen derechos inscribibles separada y especialmente (153), en cambio se reconocía que «la

---

el sentido específico de la mención, sino en el genérico de expresión o consignación». Por su parte, BONILLA ENCINA, F.J.: *op.cit.*, pág. 547, dirá que «el Reglamento de 1947 intentó una mayor concreción y... sustituyó la palabra «mención» (proclamada en el de 1915 [*sic*]) por la de «expresión» (menos comprometedora ante el sentido equívoco de aquella, evocadora de las antiguas menciones, en buena hora rechazadas)».

(151) ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), págs. 381 a 383, mantiene la misma idea que defendió antes de la reforma de 1944 (págs. 328 y 329 [1941]), considerando (pág. 381) que «constituyen materia o elementos que integran el acto inscrito y que se inscriben con él» (págs. 382 y 383), «pues no se consigna ningún derecho real distinto del que se inscribe especialmente, ni se constata elemento alguno susceptible de inscripción especial y separada»; y así el resto de la opinión común: CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 685; MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 982; DIEZ-PICAZO, L.: *op.cit.*, pág. 507; CANO TELLO, C. A.: *op.cit.*, pág. 227; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *op.cit.*, pág. 563; y BONILLA ENCINA, J. F.: *op.cit.*, pág. 411.

(152) Así, en cierto modo, lo habían precisado, refiriéndose a la legislación hipotecaria anterior, autores como CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 195; y GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (I), pág. 194. Para mayor detalle sobre esta y la anterior opinión, ver *supra* epígrafe II.3.

(153) Recuérdesse que en ella se decía: «ninguna razón abona que continúen mencionándose en el Registro los derechos susceptibles de inscripción separada y especial. Su consignación en el mismo, dificulta el comercio inmobiliario y el crédito territorial. No

mención en el Registro de aquellas circunstancias que constituyen especiales modalidades de la relación que se trate de inscribir, es un requisito indispensable en un sistema que, como el nuestro, no acepta la teoría del *numerus clausus* y en el que las características de los derechos reales no están determinadas por la legislación civil».

En efecto, nuestro Derecho, a diferencia de otros ordenamientos extranjeros, no establece un listado cerrado y taxativo de figuras jurídico-reales que, a modo de rígido patrón, presenten un contenido de poder y de deber o limitativo preestablecido e inalterable; todo lo contrario, impera entre nosotros un sistema de *numerus apertus* o de serie abierta y meramente ejemplificativa de moldes jurídico-reales, en cuanto a su número y contenido particular, a los cuales los sujetos pueden optar, aceptándolos sin más como disponga la norma o modificándolos en alguno de sus aspectos, según sus necesidades económicas (154). Se regulan, con mayor o menor profusión, por la ley algunos moldes jurídico-reales, la gran mayoría, pero en ningún caso se prohíbe la creación negocial de nuevos e innominados tipos —los llamados derechos reales atípicos—, ni se impide la modificación estructural o sustantiva de los tipificados legalmente («y otros cualesquiera reales, dice el artículo 2.2º LH *in fine*) (155).

---

se concibe cómo nuestro Derecho, tan escrupuloso en la calificación e ingreso de los derechos inscribibles, permite que puedan adquirir naturaleza de verdaderos rangos hipotecarios derechos inciertos, de eficacia dudosa y, muchas veces, de no fácil identificación. Los titulares de derechos que pueden ser objeto de inscripción especial y separada, deben cuidar directamente de su ingreso en el Registro. Su negligencia no ha de merecer especial protección» .

(154) Sobre este apasionante tema destacan en nuestra doctrina y por estricto orden cronológico: OTERO Y VALENTÍN, J.: «Límites generales en la determinación de los derechos reales», en *RDP*, 1922, págs. 97 a 102; SERVAT ADUA, I. L.: «Derechos reales y pactos de trascendencia real», en *RCDI*, 1948, págs. 755 a 769; DíEZ-PICAZO, L.: «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, 1976, págs. 273 a 305; FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, A.: «Influencia de la práctica en la evolución de la estructura de los derechos reales», en *RDN*, 1989, págs. 51 a 198. Los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto son abundantes (*vid.*, por todos, DíEZ-PICAZO, L.: *op.cit.*, págs. 284 a 294 [artículo de 1976], y págs. 118 a 126 [de sus Fundamentos]), y, entre los más recientes, destaca la Resolución de 4 de marzo de 1993, que dice escueta pero tajantemente: «No se duda de que en España se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2.2º de la Ley Hipotecaria y 7º del Reglamento Hipotecario)».

(155) Rige, por tanto, el principio de autonomía de la voluntad en sede del Derecho de Cosas (cfr. arts. 1.255 y 1.258 CC, y arts. 392.2, 467, 470, 523, 594 y 598 CC), aunque, por supuesto, dicha voluntad privada siempre habrá de desenvolverse bajo la condición insalvable de que la figura creada o alterada, al margen del *nomen iuris* que se le asigne, obedezca en lo sustantivo a los parámetros esenciales de toda situación jurídico-real: inmediatez de poder respecto a la cosa, inherencia real y eficacia frente a terceros, si se trata de un derecho real, o establecimiento de una limitación del poder en la cosa, adherida a la misma y oponible *erga omnes*, si se trata de una simple carga real, no atributiva de señorío *in re*. Sobre este y otros límites, *vid.*, OTERO Y VALENTÍN, J.: *op.cit.*, págs. 98 a 102; DíEZ-PICAZO, L.: *op.cit.*, pág. 297 a 301; FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, A.: *op.cit.*, pág. 153 y ss.

En este último sentido, referente a derechos reales especiales o atípicos y a limitaciones excepcionales no necesarias, sino accidentales del derecho real a inscribir, dispone el artículo 7 RH: «Conforme a lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan derechos reales típicos—, sino *cualesquiera otros* relativos a derechos de la misma naturaleza —derechos reales atípicos, nuevos o *sui generis*—, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales», es decir, títulos que, cualquiera que sea su denominación, contengan en su fondo material cargas reales extraordinarias y especiales que alteren el típico contenido objetivo, ya sea de poder, ya sea de deber, del dominio o derecho real objeto principal de la inscripción y al que confieran carácter especial o novedoso. El derecho, en uno u otro sentido, modificado, será objeto de *inscripción*, mas los elementos modificadores, no siendo objeto de inscripción separada, serán extremos *mencionables* en la inscripción del derecho que por ellos se conforma. Es decir, la mención registral no será la del derecho real creado con ciertas peculiaridades o constituido *ex novo*, puesto que, siendo éste susceptible de inscripción independiente (arts. 2 LH y 7 RH), deberá ser debida y directamente inscrito en el Registro de la Propiedad (arts. 605 y 606 CC, 1, 13 y 32 LH). La auténtica mención registral, y a la cual se refería el texto positivo de la Ley de Reforma de 1944, versará sobre las cláusulas, pactos y demás acuerdos de trascendencia real que, de suyo, no formando parte del contenido legal y de la extensión limitativa natural del derecho real que se trate de inscribir, alteran su contenido para reservarlo, condicionarlo, modificarlo o eliminarlo, erigiéndolo entonces en derecho real especial o atípico (156).

Así sucede, por ejemplo, con la multipropiedad inmobiliaria, un supuesto atípico de comunidad funcional que difiere de la copropiedad *pro indiviso* tipificada en nuestro Derecho (artículo 392 y ss CC): En aquélla cabe la exclusión definitiva tanto de la acción de división como del retracto legal de comuneros (cfr. con arts. 400 y 1.522 CC), y entre los multipropietarios se distribuye temporalmente y por períodos el goce del inmueble de que se trate a través de una cuota-turno. La multipropiedad en sí misma se inscribirá, mas

---

(156) Con anterioridad a la LH de 1944, según OTERO Y VALENTÍN, J.: *op.cit.*, pág. 102, el derecho real nuevo podía ser inscrito o mencionado para que perjudicase al tercero; pero ahora, derogado ya el anterior artículo 29 LH, sólo es admisible como registración adecuada y eficaz su inscripción. Necesaria es esta matización, porque GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf), pág. 243, favorable a estas menciones, habla sin distinguir de «supuestos en los que la facultad o derecho que contiene la mención no es un derecho típico, o bien constituye una facultad de trascendencia real que no puede tener acceso al Registro en un título aislado o independiente de cualquier otro».

los pactos que la afectan, y que simultáneamente la convierten en comunidad especial y *sui generis*, serán objeto de mención registral (157).

Serán, por tanto, objeto de mención, en cuanto afecten al contenido activo de poder del derecho real inscrito, los gravámenes de retroventa, tanteo, retracto y opción —como condición establecida en una cláusula accesoria del acto inscribible—, las sujeciones legitimarias, las causas y gravámenes restitutorios, tales como las condiciones suspensivas y resolutorias —entre ellas, la afección resolutoria por impago del precio aplazado

---

(157) Nos referimos a esta materia en nuestro trabajo, realizado con ocasión de la Resolución de 4 de marzo de 1993, «La multipropiedad: su problemática ante el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1996, págs. 279 a 351, especialmente: págs. 291 a 301 (la multipropiedad como comunidad funcional, sin acción de división [a pesar del artículo 400 CC] y sin retracto legal de comuneros [a pesar del artículo 1522 CC]), págs. 310 a 317 (sobre la admisión de la multipropiedad dentro del sistema de *numerus apertus* de derechos reales), págs. 323 a 326 (acerca de menciones que han de ser registradas), y págs. 330 a 340 (sobre cuota-turno, estatutos y pactos de trascendencia real como objeto de registración).

(158) Resurge, nuevamente, el histórico supuesto de mención contemplado en los artículos 10 y 11 LH anteriores. Bien es verdad que el artículo 10 LH vigente, acerca de la consignación registral de la cuantía del precio y su forma de pago, no dice ya «se hará mención», sino que «se hará constar» según resulte del título (prueba de que no es estricta mención según ROÁN MARTÍNEZ, J.: *op.cit.*, pág. 648, y la Resolución de 27 de noviembre de 1986); y que el artículo 11 LH se refiere a «la expresión del aplazamiento del pago», para decir a renglón seguido y de modo imperativo que «no surtirá efectos en perjuicio de tercero». Basándose en la Resolución de 17 de enero de 1933, según la cual «la parte del precio que queda aplazada, tampoco puede estimarse como mención, sino como una condición especial del contrato que se inscribe, de obligatoria constancia en la inscripción», la posterior de 30 de abril de 1958, ya consagrada la reforma de 1944, entenderá que «la expresión del aplazamiento del pago no tiene el carácter de una mención en sentido técnico, sino que es una circunstancia que forma parte del contenido del negocio inscribible»; una circunstancia, añade la doctrina, carente por sí misma de trascendencia real, porque así lo impone el artículo 11 LH, aun a pesar de su consignación en el Registro, esterilizándola de cualquier fuerza hipotecaria *erga omnes* (BONILLA ENCINA, J. F.: «Titularidades limitadas. Publicidad registral de las condiciones», en *RCDI*, 1972, I, págs. 565 y 566; ROVIRA JAÉN, F. J.: «La condición resolutoria y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1967, II, pág. 1675 y 1676; GONZÁLEZ PALOMINO, J.: *op.cit.*, págs. 312 a 315; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.*, pág. 383, sobre todo nota (1), manteniendo idéntica opinión que anteriormente (págs. 328 y 329 [1941]); CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 689; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B.: *op.cit.*, pág. 829; MENCHÉN BENÍTEZ, B.: *op.cit.*, págs. 833, 834 y 835 (del artículo de 1962), y págs. 162 y 163 (del artículo de 1975); ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *op.cit.*, págs. 395 y 396). Parece olvidar, sin embargo, esta opinión que el propio artículo 11 LH permite que dicha situación afecte a terceros no sólo por la hipoteca inscrita que garantiza el crédito en cuestión, sino también «cuando se le dé a la falta de pago el carácter de *condición resolutoria explícita*» (cfr. arts. 1.504 CC, 37.1.º LH y 59 RH). En tal caso, su mención en el cuerpo de la inscripción será incluso requerida en virtud de los arts. 9.2.ª LH y 51.6.ª RH, porque ya no se trataría de una simple obligación cuya consignación registral forme parte del contenido del negocio inscribible, sino de una *carga real que no es susceptible de inscripción especial y separada*. Así lo estiman GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf.), pág. 262; y finalmente ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1968), pág. 119.

(158)—, los gravámenes fideicomisarios, y la afección de bienes reservables (159). Incluso, por lo que se refiere al contenido pasivo del derecho real inscrito, podrían destacarse, como mencionables, los deberes —mal llamadas «obligaciones»— *ob rem o propter rem* cuando sean creados convencionalmente (cfr. arts. 392.2, 470, 594, 598 CC y 5.2.º LPH); ¿acaso no podrían ser objeto de mención en el cuerpo de la inscripción del derecho real al que se refieren y con el que conforman el estatuto jurídico-real? En cuanto tales deberes-límites nuevos y adicionales o modificativos de los legalmente previstos (por norma dispositiva), se integren, como parte secundaria respecto al poder *in re*, en dicho régimen jurídico-real a través de unos estatutos o del título constitutivo, y siempre que incidan en el ejercicio del contenido —activo y/o pasivo— del derecho en cuestión, podrán entonces ingresar en el Registro de la Propiedad, aunque, no siendo inscribibles especial ni autónomamente, habrán de ser necesariamente mencionados. Una mención que incluso aseguraría, potenciándola, la propia exigibilidad *erga omnes* del deber *ob rem* creado voluntariamente por las partes, especialmente frente a los terceros adquirentes del derecho real moldeado en su ejercicio por aquél, puesto que mencionado el deber jurídico-real de origen convencional, no podría dicho tercero alegar con eficacia —de buena fe— ignorancia de lo que, simplemente establecido en los estatutos o en el título constitutivo del derecho real en cuestión, no viene prevenido por la Ley, ni estrictamente publicado en el Registro.

A esa necesidad de dar constancia de lo que activa o pasivamente determine el derecho inscrito responde precisamente el artículo 51.6a RH al exigir que en el fondo y cuerpo de la inscripción se haga «*expresión circunstanciada* de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente», debiéndose hacer de igual forma, pero con mayor detalle —«copiándose literalmente», dice el precepto—, en cuanto a las condiciones, suspensivas o resolutorias, que se hubiesen establecido en aquél; todo ello con exclusión, claro está, tanto de lo que, sin constituirse, reconocerse o estar previamente registrado, simplemente se relacione en dicho título

---

(159) Decía SERVAT ADUA, J.: *op.cit.*, pág. 750, que «los pactos de trascendencia real no se hallan sometidos a ningún proceso de configuración y surgen espontáneamente de la voluntad para constituir las más variadas modalidades de los negocios jurídicos», y como tales (págs. 766 a 768) se refiere a reservas, modalidades y limitaciones del derecho inscrito, afirmando que, si bien (pág. 767) «las servidumbres no serán objeto de mención, sino de inscripción», (págs. 766 y 767) «los derechos reservados a favor del transmitente del inmueble o constituyente del derecho real deben mencionarse en la inscripción. No hay en esto la menor duda. La trasferencia no es total y hay que restar al adquirente lo que el transmitente se reserva». Por su parte, GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf.), págs. 248 a 252, como mención registral de las limitaciones, se refiere a las condiciones, a las reservas y a las cargas.

(art. 5 l. 7a RH, segundo párrafo) (160), como de lo que carezca de trascendencia real (artículo 51.6.ª RH *in fine*).

Y, ¿qué importa que se mute el *nomen*, hablándose ahora de «expresión» en vez de «mención»? Son varias las normas hipotecarias que, sobre estas y otras circunstancias no inscribibles por sí mismas, cambian su redacción y emplean términos como «expresión» o «hacer constar», en suplencia de los precedentes «mención» y «hacer mención» (161). No es el dato literal, empero, argumento contundente ni definitivo que denote la eliminación de estas menciones registrales; ya con anterioridad a la reforma hipotecaria de 1944, algunos artículos hubo que experimentaron esa supresión y sustitución del vocablo «mención» o de la expresión «hacer mención» por otra equivalente, mas no por ello se prohibió la práctica de las menciones, que, por el contrario, continuaron vigentes (162). Y tras la reforma de 1944, el propio Ministro de Justicia de aquel entonces, en su discurso leído el 29 de diciembre de aquel mismo año ante las Cortes españolas, decía que «en materia de *menciones* se declara en la Ley expresamente que sólo podrán ser objeto de *referencia registral* los derechos no susceptibles de inscripción especial y separada» (163). Empleaba como sinónimos los vocablos mención y referencia registral; e idéntica equivalencia podría observarse si hubiese hablado de constancia, indicación, cita o expresión registral (164).

(160) Y no deja de ser mención por el hecho de que no refiera una situación pasada, sino constituida en el mismo título que se inscribe. Así quedó advertido en el epígrafe II.2, conforme, sobre todo, a los artículos 7.2 LH 1869 y 1909, y 13 RH 1870.

(161) Mientras que en el artículo 20 LH 1909 la previa adjudicación *pro indiviso* en la inscripción de los bienes hereditarios debía «mencionarse», ahora se dice que «habrá de expresarse» (artículo 20.5.2.º LH). Así lo observa con agrado ROÁN MARTÍNEZ J.: *op.cit.*, pág. 648. En materia de bienes reservables, la legislación hipotecaria anterior, en sede de hipoteca, se refería a su mención registral (art. 141 RH 1861: «hacerse mención del título en que se funde el derecho a la reserva»; artículo 140.10.ª RH 1871: «el carácter reservable de los bienes se mencionará en el fondo de la inscripción...»); pero actualmente se entiende que la calidad de bienes reservables se «hace constar» (arts. 184.1, 185 *in fine*, 186, 189.1 *in fine* LH, y arts. 259, 260.2.ª y 6.ª, y 265 RH) o que simplemente «se consignará» (art. 265 RH).

(162) Dicho cambio literal se observaría, sobre todo, en el Reglamento Hipotecario de 1870: El artículo 140.10.ª RH 1861 decía «se hará mención», y en el de 1870 se dirá «se hará así constar»; por otra parte, serán simplemente eliminadas en el RH de 1870 las alusiones que a la mención hacía el RH de 1861 en sus arts. 141 («mención del título»), 325 («breve mención de ella») y 333 («mención»).

(163) AUNÓS, E.: *op.cit.*, pág. 14.

(164) GIMÉNEZ ARNAU, E: *op.cit.* (Conf.), pág. 265: «No es útil, ni necesario, ni aconsejable reducir el concepto de mención quitándole su primitiva generalidad. Si se limita..., toda la extensión que pierde el concepto la ganarán, con la misma ambigüedad y variedad de acepciones, expresiones equivalentes: v. *gratia*, «expresión de derechos o limitaciones», «consignación de circunstancias», etcétera». El propio ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), págs. 370 y 371, tras referirse a los artículos 9 LH y 51.7.ª RH, advierte en cuanto al artículo 51.6.ª RH que «no obstante, a pesar de estas prevenciones legales,

Al margen de cuestiones puramente léxicas, lo sobresaliente de estas menciones registrales, relativas a situaciones jurídico-reales que, no siendo inscribibles separadamente, gravan y condicionan el alcance y extensión material u objetivo del derecho real que se inscribe principal y especialmente, no es sólo su *posibilidad*, sino además su *conveniencia* como «requisito indispensable», decía la Exposición de Motivos de la ley de 1944, puesto que responden a los propios principios rectores e inspiradores de la reforma hipotecaria: Se han de practicar por razones evidentes de exactitud registral, de *paralelismo entre Registro y realidad*; luego, para evitar cualquier posible contradicción o discrepancia que pudiera surgir entre el título y el Registro, siempre tan indeseable como desconcertante por la inseguridad que origina (165). La inscripción en nuestro sistema, si bien difiere del modelo de transcripción, es por excelencia imagen del título, reflejo del acto o contrato referido al derecho que se inscribe, y como tal debe plasmar —mencionar— todo lo que determine excepcionalmente su entidad, máxime cuando, acorde con nuestro sistema de *numerus apertus*, implique mutación del tipo legal (166).

Son menciones que también inciden en la propia *publicidad y cognoscibilidad erga omnes* —«para dar a conocer la extensión», dice el artículo 51.6.<sup>a</sup> RH— del derecho atípico o especial que se inscribe —de ahí que sean oponibles registralmente— (167); y que vienen exigidas por la *especialidad*, es decir, por lo que se refiere a la necesaria y exacta determinación del derecho objeto de inscripción registral, tanto de lo que suponga alteración material de su objeto (la cosa), como de lo que implique modificación, en más o en menos, de su contenido jurídico activo de poder (*in re*) o pasivo de deber y sujeción (*ob rem o propter rem*) (168). Precisamente, la perfecta

---

aún pueden producirse en lo sucesivo menciones propiamente dichas... porque, sea por lo que fuere, es la misma legislación hipotecaria la que exige en determinados casos que se expresen las *cargas* que afecten a los derechos a inscribir».

(165) Una razón aducida de modo constante por GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf.), págs. 247, 249 y 251, para justificar la mención de situaciones reales no susceptibles de asiento autónomo.

(166) Como dice GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf.), pág. 233, «la inscripción es un reflejo del título, de suerte que los derechos reales no llegan al Registro con una configuración típica —cual ocurre en otros sistemas—, sino que al amparo de la libertad contractual y del principio del *numerus apertus*, el asiento consigna —menciona— cláusulas, condiciones, cargas y limitaciones que modifican la extensión y los límites normales de los derechos reales *típicos*».

(167) Aunque con cierta ambigüedad, pues parece referirse a las menciones de derechos inscribibles separadamente, TRIAY SANCHO, J.: *op.cit.*, pág. 163, considera que «la utilidad de la mención estriba en el supuesto de que el transferente incumpla aquella obligación —*ex artículo 175 RN*—, dejando de dar conocimiento al tercero de la existencia de aquellos gravámenes y derechos reales, en cuyo caso la preexistente mención registral que se hubiese realizado podría suplir la falta de cumplimiento de aquella obligación».

(168) Con apoyo en la Exposición de Motivos de la Ley de reforma de 1944, DE COSSIO Y CORRAL, A.: *op.cit.*, pág. 284, dirá, entonces, que «sería, sin embargo, erróneo

descripción objetiva y sustantiva del derecho que se inscribe (arts. 9 LH y 51 RH), requerida a los efectos de una completa publicidad y oponibilidad hipotecarias, representa uno de los límites mínimamente exigibles que en nuestro sistema aperturista toda voluntad negocial debe observar al constituir una situación jurídico-real innominada o peculiar (169).

Como colofón, y haciendo nuestras las palabras del Ministro de Justicia don EDUARDO AUNÓS, «en lo sucesivo y por las razones indicadas, sólo se admitirá la mención de los derechos que afectando al inscrito no puedan, por razón de su naturaleza, ser susceptibles de inscripción especial y separada» (170). En cambio, «los derechos reales perfectos, aptos para figurar en el Registro bajo asiento especial, no pueden mencionarse; deben inscribirse». Y si tales derechos fuesen inciertos, imperfectos o defectuosos, se les entenderá negada la inscripción y, por supuesto, la mención. A lo más, podrán ser anotados preventivamente cuando así lo permita el artículo 42.9.º Ley Hipotecaria y concordantes, pero en ningún caso se podrá recurrir, como mecanismo supletorio de acceso registral, a su mención. Porque fueron estas últimas menciones, y no aquéllas, las verdaderamente perturbadoras del sistema registral y contrarias en su permisión al principio de legalidad y a la deseable claridad del Registro (171). Así lo presagió en 1926, cuando reinaban todas las menciones y con pleno esplendor, don FERNANDO CAMPUZANO Y HORMA, quien ya por entonces abogó por la supresión de las menciones referidas a derechos inscribibles separada y especialmente, y por la subsistencia de las menciones de derechos no susceptibles de inscripción especial y separada (172).

---

el pensar que estos preceptos —refiriéndose a los arts. 29, 98 y DT1.ª LH— habían conseguido la total eliminación de las menciones de derechos en el Registro de la Propiedad... porque la misma técnica de nuestro Registro, exige necesariamente a veces, *en la descripción de fincas y derechos*, la mención de otros derechos que pueden gravar aquéllas» (el subrayado es nuestro).

(169) Así, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L.: *op.cit.*, págs. 298 y 299; CRISTÓBAL MONTES, A.: *op.cit.*, pág. 264; FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, A.: *op.cit.*, págs. 67 y 68.

(170) AUNÓS, E.: *op.cit.*, pág. 14. También la Resolución de 22 de noviembre de 1945 reconoce que «en lo sucesivo sólo se admitirá en el Registro la mención de derechos que afectando al inscrito no puedan ser objeto de inscripción especial y separada».

(171) AUNÓS, E.: *op.cit.*, pág. 14, y añade: «En cambio, aquellos —derechos— que fueren inciertos, de eficacia dudosa, carentes de algunos de los requisitos que la Ley señala para su inscripción, no podrán ingresar en el Registro mientras su naturaleza, alcance y validez no estén suficientemente determinados».

(172) CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 331 y 332, quien concluye «que sería conveniente suprimir las menciones de derechos que pueden ser inscritos de una manera especial y separada, sobre todo teniendo en cuenta como argumento final que esos derechos serán defendidos por la inscripción cuando los interesados quieran, y si éstos rehusan la protección amplia y completa que la ley les otorga, no hay para qué preocuparse de acogerlos a la garantía limitada e imperfecta que —a ellos— aplica la mención».

Hoy, pues, en honor a la verdad, sólo queda elogiar la aspiración propuesta *de lege ferenda* por dicho hipotecarista, y llevada a efecto *de lege data* en 1944.

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA  
Doctor en Derecho  
Profesor asociado de Derecho Civil  
de la Universidad Hispalense

---

(1) Problemática que ya abordábamos en nuestra obra: *La inscripción del derecho de arrendamiento en el Registro de la Propiedad*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997; y en la que ahora profundizamos tras la incidencia que ha tenido en la materia la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos y los comentarios a que su artículo 13.1 ha dado lugar.







---

(2) *Vid.* S. BARONA VILAR, «El procedimiento ejecutivo del artículo 131 de la Ley Hipotecaria» (Sobre las *SSTC 217/1993, 30 de junio* y *296/1993, 18 de octubre*), *DPC*, núm. 3, 1994, págs. 325-326.

(3) Denominación criticada por J. GUASP, *Vid.* «La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria», *RCDI*, núm. 161, 1941, pág. 594. Considerando LA PLAZA que la vigente Ley Hipotecaria hubiera debido efectuar un cambio de calificación. (*Vid.* «Los principios fundamentales del proceso de ejecución», *RDP* 1945 pág. 83).

(4) Si bien sólo se alude a este precepto en realidad se halla regulado en los arts. 129 a 135 LH, y 225 a 233 RH.

---

(5) Sobre la ejecución procesal en la LH 1861, Ley de Reforma Hipotecaria de 21 de diciembre de 1869 y Ley Hipotecaria para las Provincias de Ultramar de 14 de julio de 1893 —que creó un procedimiento especial de ejecución hipotecaria para Puerto Rico, Cuba y Filipinas, que constituye el antecedente directo del procedimiento judicial sumario—, Vid. J. M. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, 1994, págs. 19-20.

(6) La Ley de 27 de agosto de 1932 reformó la regla 5.ª del artículo 131; La reforma hipotecaria de 1944-1946 las reglas 2.ª, 3.ª, 4.ª, 6.ª, 7.ª, 10.ª, 11.ª y 12.ª; El texto refundido de la LH de 8 de febrero de 1946 recoge íntegramente el texto de reforma de la Ley de 1944, con sólo dos traslados meramente formales de párrafos que estaban en el artículo 131 y los lleva al actual artículo 133 LH, que se forma por el párrafo tercero que contenía la regla 6.ª del artículo 131 sobre duración de la administración y posesión interina, y por el párrafo último del artículo 131 que contenía la regla de que lo relativo a subsistencia de cargas anteriores se aplicaría a todos los procedimientos de ejecución y no sólo al judicial sumario. La Ley de 14 de mayo de 1986 modifica las reglas 3.ª, 7.ª, 8.ª, 12.ª, 14.ª, 15.ª y 17.ª. La Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 30 de abril de 1992, la regla 1.ª (Vid. GARCÍA GARCÍA, J. M.: *El procedimiento judicial sumario...*, cit., págs. 25-30).

(7) Vid. Exposición de motivos del proyecto de reforma de 1909. Cfr. *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, t. II, vol. 1.º

(8) Vid. R. M. ROCA SASTRE, quien señala que la mejor crítica de este procedimiento la hizo MAURA en la Exposición de motivos del proyecto presentado a las Cortes de 1893, estableciéndose para las provincias de Ultramar un procedimiento especial de ejecución hipotecaria. Acusaba las dificultades que ofrecía el juicio ejecutivo para el cobro de los créditos hipotecarios diciendo que «su complicación abrumadora, la inseguridad de éxito y su coste incalculable, retraen el capital o sugieren condiciones usurarias; la venta a *retro* viene sustituyendo al préstamo, por suprimir todo procedimiento con daño del terrateniente; se estipulan intereses que triplican el capital prestado y, tal vez, empleando otras fórmulas, se sujeta con responsabilidades penales al deudor... Emplea estas artes la desconfianza, porque el procedimiento legal no satisface las exigencias razonables de la contratación». (*Derecho hipotecario*, t. IV, vol. 2.º, 1968, pág. 1023).

---

(9) Vid. R. M. ROCA SASTRE, R., *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, pág. 1.024.

(10) GARCÍA FERNÁNDEZ incluyó a este procedimiento entre los actos de jurisdicción voluntaria, al no haber posibilidad de controversia entre acreedor y deudor dentro del procedimiento. (Vid. «Dos cuestiones referentes al procedimiento judicial sumario», *RGLJ*. 1912, pág. 289); Frente a esa opinión ha dicho J. GUASP que la oposición en la jurisdicción voluntaria no está prohibida, como en el artículo 131 LH De manera que mientras en la jurisdicción voluntaria la oposición hace contencioso el expediente en el artículo 131 LH no cabe oposición. (Vid. *La ejecución procesal...*, cit., págs. 49-50); En opinión de LÓPEZ DE HARO en dicho procedimiento no hay ejercicio de acción en juicio, sino simple efectucción judicial de una relación jurídica. (Vid. «Acciones del acreedor hipotecario y naturaleza y prescripción de ellas», *RGLJ*. 1932, pág. 51); Pero J. GUASP, contestando a esta opinión señala que hay litis, pues hay un conflicto de intereses entre acreedor y deudor y una pretensión insatisfecha dada la falta de pago del deudor. (Vid. *La ejecución procesal...*, cit., pág. 51); Para J. GUASP, la naturaleza jurídica del procedimiento judicial sumario es el ser un proceso de ejecución, ya que su característica básica es la ausencia en la tramitación de una fase destinada a la comparecencia del demandado y a la audiencia de sus posibles alegaciones. Su objetivo fundamental se halla en procurar al titular del derecho subjetivo, o del interés protegido, la satisfacción, sino contra la voluntad del obligado. Señala este autor que la calificación del procedimiento regulado en la legislación hipotecaria ha de obtenerse, no tanto por el especial objeto a que está destinado, como por la índole de los actos que lo componen. De ahí que se trate de un procedimiento especial que él denomina como procedimiento judicial sumario, manteniendo este autor que es un verdadero proceso de ejecución. (Vid. «La ejecución procesal...», *loc.cit.*, pág. 596). La teoría del proceso de ejecución es también mantenida por P. ARAGONESE Y CASI, *Compendio de Legislación hipotecaria*, t.I, 1909, págs. 92 ss.; LA PLAZA, mantiene también que nos hallamos ante un proceso de ejecución, pero no considera que estemos ante un proceso sumario. Lo sumario supone siempre abreviación de trámites de un procedimiento ordinario, no establecimiento de un procedimiento distinto. (Vid. *loc.cit.* págs. 83 ss.); Esta es también la tesis sostenida por S. BARONA VILAR, que considera que estamos ante un proceso de ejecución, pero en ningún caso es este sumario, dado que la sumariedad se predica respecto del incidente de oposición que se abre, al amparo de los motivos establecidos en el artículo 132 LH, más no respecto de la ejecución misma. (Vid. «El procedimiento ejecutivo...», *loc.cit.*, pág. 331); la tesis de que la sumariedad es predicable respecto de la declaración del derecho, pero nunca de la ejecución del mismo, es sostenida por MONTERO AROCA, Vid. «Sobre la constitucionalidad de la jura de cuentas». (Comentario a la *STC 110/1993, de 25 de marzo*), *DPC*, núm.2, 1994, págs. 283 ss.).

(11) Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, pág. 1024.

(12) Tal es también, sustancialmente la tesis de J. M. GARCÍA GARCÍA, sobre la naturaleza del procedimiento, insistiendo en que se trata de un proceso de ejecución o vía de apremio muy especial que tiene una base estrictamente registral. (*Vid. El procedimiento judicial sumario...*, cit., pág. 44).

(13) Sobre el procedimiento y sus peculiaridades *Vid.* J. GUASP, «La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria», *RCDI*, núm. 168, págs. 297-314; 169, págs. 382-394; 170, págs. 455-463; 171, págs. 504-515; B. BLÁZQUEZ, «El procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles.—Edictos.—Precio.—Liquidación de cargas.—Subrogación.—Principio de cobertura», *RCDI*, 1944, núms. 191 págs. 227-240; 192, págs. 289-302; 193, pp. 362-368; 194, págs. 450-458; 195, págs. 508-519; Criticando las tesis de J. GUASP en el núm. 196, págs. 553-567; contestando a tales críticas *Vid.* J. GUASP, «En torno al procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles», *RCDI*, 1945, núm. 202, págs. 153-167; J. RUIZ ARTACHO, «Cuestión resuelta por el Reglamento hipotecario vigente», *RCDI*, 1947, págs. 600-607; J. RUIZ ARTACHO, «Naturaleza y efectos de la nota marginal del procedimiento judicial sumario, y de sus similares de los artículos 235 y 143 del Reglamento Hipotecario. Su importancia en el aspecto procesal y en el hipotecario», *RCDI*, 1953, págs. 522 ss.; J. M. RODRÍGUEZ VILLAMIL, «El derecho del acreedor ejecutante después de celebrada la tercera subasta», *RCDI*, 1945, págs. 823-827; H. SUREDA, *Derecho procesal hipotecario. Prácticas de las acciones y de los procedimientos judiciales en la legislación hipotecaria*, 1947, págs. 149 ss.; F. BARRACHINA Y PASTOR, *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, t. III, 1911, págs. 155 ss.; F. CAMPUZANO Y FORMA, *Legislación hipotecaria...*, cit., págs. 255 ss.; R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2º, págs. 1.037 ss.; L. M. SELVA SÁNCHEZ, «La posición del rematante en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria», *RCDI*, 1986, págs. 1.411-1.442; P. VIDAL FRANCÉS, «Problemática registral de los procedimientos de ejecución hipotecaria», *Hipotecas y seguridad jurídica*, 1991, págs. 284 ss.; J. M. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento judicial sumario...*, cit., págs. 97 ss.; R. GIMENO-BAYÓN COBOS, «Notificaciones en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», *Jornadas sobre ejecución hipotecaria...*, cit., págs. 13-30; F. RAMOS MÉNDEZ, «Reflexiones sobre el sistema de subasta en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria», *Jornadas sobre ejecución hipotecaria...*, cit., págs. 121-130; F. J. GÓMEZ GÁLLIGO, «Aspectos registrales del procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», *Jornadas sobre ejecución hipotecaria...*, cit., págs. 95-120.

(14) Señalados por J. M. GARCÍA GARCÍA, *Vid. El procedimiento judicial sumario...*, cit., págs. 45 ss.

---

(15) Vid. J. M. DÍAZ FRAILE, «La constitucionalidad del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», *Jornadas sobre ejecución hipotecaria (Procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH)*, 1994, pág. 131.

(16) Resulta curioso constatar que las críticas de indefensión del deudor hipotecario, a que podía dar lugar el procedimiento dadas sus especiales características de este procedimiento, ya se pusieron de manifiesto en la discusión parlamentaria entre el senador BLANCO RAJOY, empeñado en implantar un trámite de audiencia al deudor, y los senadores LASTRES Y ALVAREZ GUIJARRO, señalando este último: «Este artículo [...] establece un sólo precepto, y es que tan pronto como la obligación está vencida y no satisfecha se celebre la subasta judicial, así es que cuando se nos viene diciendo si este procedimiento es bueno o malo, nosotros contestamos: ¡Si no es procedimiento! «Que este juicio es eficaz o ineficaz, deficiente o exagerado.» ¡Si no hay juicio! «Que quedarán desamparados derechos o intereses de algunos.» ¡Si no vamos a declarar nada contra nadie! «Que el deudor podrá tener mermada su defensa.» ¡Si no le vamos a atacar en nada, si no vamos a hacer más que cuando una hipoteca pese sobre una finca o sobre un derecho, siendo vencida la obligación y no pagada, obedeciendo a lo prescrito en el Código Civil y en la Ley Hipotecaria, se subaste judicialmente con sus naturales consecuencias!». (Vid. *Leyes Hipotecarias...*, cit., t. II, vol. 1º, págs. 460-461).

(17) Vid. S. BARONA VILAR, «El procedimiento del artículo 131...», *loc.cit.*, pág. 339.

(18) Vid. SS.TC de 18 de diciembre de 1981, 17 de mayo de 1985, 17 de enero de 1991, que señala como «este tipo de procedimiento se caracteriza por la extraordinaria

---

fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores o acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización, y que el deudor como los terceros poseedores o acreedores posteriores, más allá de la posibilidad de detener la ejecución mediante el pago, para lo que la ley establece que debe hacerse el oportuno requerimiento, además tienen la posibilidad de contención».

(19) También el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del procedimiento del artículo 131 LH en «Sentencia de 23 de octubre de 1992», *RJA*, 1992, núm. 8.403; la Sentencia declaró que no había lugar a la casación en base a la supuesta inconstitucionalidad por la indefensión en que se puede hacer incurrir a terceros poseedores acreedores y titulares de derechos posteriores a la hipoteca ejecutada por razón de la regulación contenido en las reglas 3.ª y 5.ª del artículo 131 LH, en las que se establece una primacía del domicilio que conste registralmente sobre el domicilio real de los citados afectados por la ejecución hipotecaria, a efectos de notificaciones.

Con menor claridad ya se había referido al tema anteriormente en «SSTS de 10 de diciembre de 1991», *RJA*, 1991, núm. 8.924, y 2 de abril de 1992, *RJA*, 1992, núm. 2.772.

(20) Argumento utilizado en la STC de 18 de diciembre de 1981.

(21) *Vid.* STC de 25 de marzo de 1993.

(22) *Vid.* J. M. DÍAZ FRAILE, «La constitucionalidad...», *loc. cit.*, pág. 135.

(23) En estos supuestos el TC ha aplicado su construcción del concepto de indefensión con trascendencia constitucional, alegando que éste es de carácter material y no exclusivamente formal, con fallos diversos atendiendo a las circunstancias del caso en SSTC de 2 de abril de 1986, 14 de julio de 1988, 30 de junio de 1993 y 18 de octubre de 1993. Señalando I. BARONA VILAR que la doctrina del constitucional viene a establecer que si se tiene conocimiento de la existencia del procedimiento ejecutivo con anterioridad a la primera subasta y, sin embargo, se deja que siga el curso el procedimiento sin actuación alguna hasta que se llega a dictar auto de remate, y luego comparece ante el órgano jurisdiccional denunciando dicha infracción procesal y solicitando la nulidad de actuaciones, es lógico que se entienda que no hubo indefensión alguna para la parte. Esa actitud procesal pasiva no puede luego ser utilizada para beneficiarse con la alegación de indefensión. (*Vid.* «El procedimiento ejecutivo...», *loc. cit.*, pág. 341).

---

(24) *Vid.*, *JC*, núm. 61.

(25) *Vid.* A. CARRASCO PERERA, «Alquileres e hipotecas: costes y principios de protección». (A propósito de la *STC*, 6/1992, de 13 de enero), *DPC*, núm.1.º, 1994, pág. 228.

---

(26) Señala A. CARRASCO que no se sabe muy bien si se discute si el arrendamiento concertado posteriormente a la hipoteca se extingue o no con la ejecución, en general; si el arrendamiento concertado después de la hipoteca se extingue con la ejecución de éste, de manera que el juez pueda proceder a dar posesión de la finca, desalojando a los ocupantes, en el mismo procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH; si la extinción y lanzamiento pueden ser decididos en el procedimiento de ejecución sumaria del artículo 131 LH omitiendo un trámite de citación y audiencia al poseedor inmediato de la finca; si el recurrente ha sufrido una lesión de su derecho a una tutela efectiva de jueces y tribunales, con resultado de indefensión; o si, aunque se de por supuesta la extinción del arrendamiento, es viable «desposeer» materialmente a la arrendataria de la cosa, mediante desalojo o lanzamiento, sin haber sido ofda. (Vid. «Alquileres e hipotecas...», *loc.cit.*, págs. 229-231).

(27) Conforme al cual: «No se trata de introducir aquí un nuevo interrogante sobre la constitucionalidad del proceso sumario. [...] Pero de esta afirmación no puede deducirse que constituya jurisprudencia firme la de que todo tercero ajeno al procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH se vea inerte ante el mismo, caso de ser afectado como tercero, y garantizado en todo caso en su derecho a la tutela judicial, dada la oportunidad de «ejercer el juicio declarativo correspondiente» que le reconoce la Ley, ya que esta conclusión podría ser citada en determinados casos pero nunca en otros, dependiendo ello de las circunstancias, que no son naturalmente siempre las mismas, como puede comprobarse con la atenta lectura de las sentencias citadas, cuyos supuestos fácticos no estaban relacionados, como en el caso, *por terceros poseedores por título arrendaticio*».

(28) Preguntándose A. CARRASCO PERERA qué otras pueden ser las razones que deben inducir al legislador a «introducir una nueva previsión en el proceso del artículo 131 LH que permite la comparecencia en él con igualdad de armas procesales del arrendatario de la finca hipotecada» (Fundamento 7.º); así como ¿qué existen en la institución arrendaticia que la legitima a ella sola para pretender que una ejecución hipotecaria *ex* artículo 131 LH lesiona los derechos de defensa?. (Vid. «Alquileres e hipotecas...», *loc.cit.*, pág. 233); Estima, por el contrario que debe modificarse urgentemente el artículo 131 LH,

---

aceptando esa «amenaza» del TC de conceder el amparo en todos los supuestos similares, C. LASARTE ALVAREZ, *Vid.*, «La ejecución hipotecaria y la tutela judicial efectiva del arrendamiento» (Notas de urgencia a la *STC de 16 de enero de 1992*), *Tapia*, núm.62, 1992, pág. 8.

(29) En este sentido señala A. CARRASCO PERERA, que no es posible una interpretación de los arts. 131 y 132 LH que consigne el resultado de que «el desalojo y lanzamiento de la recurrente de la vivienda que ocupa, requiere como exigencia constitucional que sea oída y vencida en un procedimiento contradictorio con igualdad de armas entre las partes», siendo interpretación indiscutible de los preceptos que en el procedimiento en ellos regulado no hay trámite de oposición, en el que ni el deudor ni el tercer poseedor llegan a constituirse siquiera como partes procesales; no precisan ser emplazadas, ni es preciso darles copia de los escritos; a los poseedores y acreedores anteriores a la nota marginal a que se refiere la regla 4.<sup>a</sup> del artículo 131 LH se les notifica para pago, no para discutir extremo alguno referente a su derecho. Añadiendo el autor, que los esfuerzos constructivos en que se empeña el TC exceden de lo que permite el sentido literal de estas normas, por muy generoso que se fuese en la delimitación de este sentido y cita textualmente a LARENZ (*Metodología*, 318): «Una interpretación que ya no radica en la esfera del posible sentido literal ya no es interpretación, sino modificación del sentido». (*Vid.* «Alquileres e hipotecas...», *loc.cit.*, págs. 234-235).

---

(30) *Vid.* A. CARRASCO PERERA, que concluye preguntándose: ¿A quién puede vender la casa ahora el banco ejecutante, cobrándose con el precio, si al comprador le corresponde cargar con este arrendamiento, o, al menos, con los riesgos de litigar infortunadamente para extinguirlo?. («Alquileres e hipotecas...», *loc.cit.*, págs. 236-238); En el mismo sentido señala J. M. GARCÍA GARCÍA que con una argumentación como la de esta sentencia, se podría venir abajo el procedimiento judicial sumario si se aplica a las demás partes e interesados, ya que si su título es un documento privado no serán notificados ni serán partes ni desde luego se les concede audiencia sobre el problema de fondo, preguntándose por qué ha de ser distinto el arrendatario y respondiendo que únicamente podría haber una diferencia si se parte del problema de legalidad ordinaria de que el derecho del arrendatario prevalece sobre la hipoteca. También considera criticable esta sentencia en cuanto señala que el legislador podría *de lege ferenda* arbitrar una modificación en el artículo 131 LH que permitiera dar entrada en el procedimiento al arrendatario, ya que el arrendatario puede ser notificado si se cumple lo dispuesto en la ley, es decir, la inscripción de su derecho en el Registro. (*Vid. El procedimiento judicial sumario...*, cit., pág. 60).

(31) Y ello aunque, en este caso, y por haberse extralimitado el TC en sus competencias, desconociendo la reserva de competencia del artículo 117 CE, no debe aplicarse el principio de sumisión interpretativa a que se refiere el artículo 5.1. LOPJ y los tribunales ordinarios son libres para desconocer esta interpretación constitucional. (*Vid.* A. CARRASCO PERERA, «Alquileres e hipotecas...», *loc.cit.*, pág. 226).

---

(32) Planteándose en este punto C. LASARTE ALVAREZ, si, a raíz de la STC 6/1992, debería considerarse protegido por el artículo 24 CE también el precarista o a quien por mera tolerancia del titular dominical goza de la posesión del inmueble; o al cónyuge, al que un resolución judicial o el convenio regulador atribuya el uso de la vivienda; o si deben atribuirse los mismos efectos, en este punto, a la posesión dimanante de los derechos reales de goce típicos, como por ejemplo un usufructo o un derecho de superficie. (Vid. «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 131 de la Ley Hipotecaria», *Tapia*, núm. 83, 1995, pág. 24).

(33) Vid. C. LASARTE ALVAREZ, «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 131...», *loc.cit.*, pág. 25.

---

(34) *Vid.* A. CARRASCO PERERA, «Alquileres e hipotecas...», *loc. cit.*, pág. 245.

(35) Estas sentencias han sido analizadas por F. GINOT LLOVATERAS, que señala que la extinción de los derechos o relaciones otorgadas por el usufructuario a la extinción del usufructo se basa normalmente en la naturaleza temporal del derecho, es decir, en que el usufructuario sólo tiene sobre la cosa usufructuada un poder de disposición limitado al tiempo de duración de su derecho, de la misma manera que el fiduciario sometido a la condición resolutoria no tiene más poder que el de disponer de su derecho en la propia forma que a él le pertenece. Esta sería para el autor la razón fundamental de la extinción del arrendamiento otorgado por el usufructuario y la del otorgado por el fiduciario, y esta razón sería aplicable a todos los casos en que una persona que tenga un derecho atacado de un germen de ineficacia otorgue un contrato de arrendamiento. Si después de otorgado éste, y como consecuencia de tal germen de ineficacia el titular del derecho lo pierde, de manera que las facultades que constituyan su contenido se consolidan o revierten a otra persona sin que entre ellos exista sucesión, se producirá la extinción del arrendamiento. (*Vid.* «La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución», *ADC*, núm. VIII, IV, 1955, pág. 1212).

(36) *Vid.* sobre esta sentencia que examinaremos al hablar de la Ley de Arrendamientos Rústicos, el comentario de FLÓREZ DE QUIÑONES, *RDP*, 1945, págs. 532 ss.; tam-

---

bién, I. SERRANO Y SERRANO, «Arrendamiento de finca rústica hipotecada», *Riv. dir. agr.*, núm. LIV, 1975, págs. 1059 ss.

(37) *Vid.*, comentando esta sentencia, M. AMORÓS GUARDIOLA, «Arrendamiento de local de negocio posterior a la hipoteca» (Comentario a la *STS de 4 de mayo de 1961*), *ADC*, núm. XIV.IV, 1961, págs. 1012-1034.

(38) *Vid.* A. CARRASCO PERERA, «Alquileres e hipotecas...», *loc.cit.*, pág. 243.

(39) *Vid.* el acertado comentario de J. ALVAREZ CAPEROCHIPI, que concluye afirmando que el arrendamiento protegido constituido con posterioridad a la hipoteca no puede oponerse a la ejecución hipotecaria. (*CCJC*, 1986, pág. 325).

(40) *Vid.*, criticando a esta sentencia, J. M. GARCÍA GARCÍA, «La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella» (crítica de la *STS de 23 de febrero de 1991*), *RCDI*, 1991, págs. 2225-2.259; también, H. DÍAZ GARCÍA, comentario a esta sentencia, *CCJC*, núm. 25, 1991, págs. 297 ss.; y MARÍN LÓPEZ, «El arrendamiento y la ejecución hipotecaria» (comentario a las *SSTS de 23 de febrero y 6 de mayo de 1991*), *RJN*, núm. 1, 1992, págs. 177 ss.

---

(41) *Vid.* el análisis de esta jurisprudencia hecho por C. LASARTE ALVAREZ, *Hipoteca, arrendamiento urbano posterior y ejecución hipotecaria*, 1992, págs. 19-29.

(42) *Cfr.* AC, núm. 32, semana 2 al 8 de septiembre de 1996, págs. 1580-1583.

(43) *Vid.*, sobre el comentario a estas resoluciones, J. BOLAS ALFONSO, «A propósito del arrendamiento urbano y la hipoteca» (Comentario a las *RRDGRN de 12 y 20 de noviembre de 1987*), *RDP*, 1989, págs. 125-128.

---

(44) En este supuesto señala C. LASARTE ALVAREZ que la publicidad posesoria de la situación arrendaticia (innegable en términos fácticas) y, en su caso, la declaración del propietario de encontrarse la finca arrendada llevan a concluir que la eventual ejecución de la hipoteca no puede afectar a la situación arrendaticia. (*Vid. Arrendamiento hipoteca...*, cit., pág. 11). Resultando altamente criticable que no diferencie, en el caso de los arrendamientos sometidos al Código Civil y en ciertos arrendamientos urbanos, entre arrendamientos inscritos y no inscritos en el Registro de la Propiedad, ya que si no están inscritos la ejecución hipotecaria sí que puede afectar a la situación arrendaticia.

---

(45) Vid. E. ESTRADA ALONSO, «La eficacia de los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles hipotecados», *RCDI*, 1989, pág. 425; V. TORRALBA SORIANO, «Los arrendamientos urbanos posteriores a la constitución de hipoteca», *Ponencia en el V Congreso APDC*, 1994, págs. 20-21.

(46) Vid. E. ESTRADA ALONSO, «La eficacia de los contratos...», *loc.cit.*, pág. 425.

---

(47) Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, pág. 1.073.

(48) Vid. J. BOLAS ALFONSO, «A propósito del arrendamiento urbano...», *loc.cit.*, pág. 126.

(49) Señalando A. Martino Vico que si hay un contrato de arrendamiento al tiempo de inscribir la hipoteca en el Registro de la Propiedad, debería hacerse constar en la inscripción de la finca hipotecada. (Vid. «Los arrendamientos urbanos antiguos o la usurpación de la propiedad. Su relación con el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Urgente exigencia de una nueva ley», *Tapia*, 1992, pág. 14); En parecidos términos se manifiesta P. PUJOL CAPILLA, *Vid.*, «Arrendamiento, hipoteca y Registro de la Propiedad», *RCDI*, núm. 615, 1993, págs. 399-400.

---

(50) En este sentido no nos parece correcto el planteamiento de J. BOLAS ALFONSO que al tratar de la subsistencia del arrendamiento urbano considera que si la finca se hipoteca libre de arrendatarios, la existencia de un arrendamiento posterior plantea la difícil cuestión de armonizar los distintos intereses en juego: 1.º Los intereses del propietario hipotecante, que teniendo la finca hipotecada desea obtener en el interín un rendimiento de la finca mediante su arrendamiento; intereses que se protegen por el principio general de libre transmisión de bienes y derechos y por la inadmisión de las prohibiciones de disponer establecidas en actos a título onerosos a efectos registrales. 2.º Los intereses del arrendatario, que contrató sobre la base de que venta no quita renta y, por tanto, ante la enajenación derivada de la hipoteca, mantiene su derecho a agotar la duración del contrato arrendaticio en los términos originariamente pactados con el arrendador, con la prórroga legal obligatoria; los intereses del arrendatario quedan protegidos por la norma del artículo 57 TR de 1964. 3.º Los intereses del acreedor que en el supuesto de hipoteca libre de arrendamiento ha calibrado el alcance real de la cobertura de la garantía hipotecaria partiendo de una valoración de la finca objeto de la hipoteca que se verá notablemente rebajada en el mercado si la finca resulta estar arrendada en el momento de hacer valer la garantía; estos intereses «tratan» de protegerse a través de la llamada acción de devastación del artículo 219.2 RH, y 117 LH (*vid.* «A propósito del arrendamiento urbano...», *loc.cit.*, págs. 126-127).

---

(51) *Vid.* I. SERRANO Y SERRANO, «Arrendamiento de finca rústica...», *loc.cit.*, págs. 1.042-1.043.

---

(52) Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, págs. 1083-1084 y 1089; Sobre el nuestro sistema de purga y su función en la seguridad del tráfico inmobiliario, Vid. C. R. PARDO NÚÑEZ, «Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español», *RCDI*, núm.614, 1993, págs. 120 ss.

(53) Vid. I. SERRANO Y SERRANO, «Arrendamiento de finca rústica...», *loc.cit.*, pág. 1.046.

(54) Vid. M. ALBALADEJO GARCÍA, que añade: «Por ejemplo, si después de hipotecada la finca se arrendó, cuando la hipoteca se ejecute, si es que el deudor no paga la obligación que garantiza, su ejecución debería purgar a la finca del arriendo. Esta afirmación consideramos que vale, por lo menos, como regla general». (*Derecho civil*, 8.ª ed. t. III, vol. 2.º, 1995, pág. 329).

(55) Vid. C. LASARTE ALVAREZ, «La ejecución hipotecaria y la tutela...», *loc.cit.*, pág. 9.

(56) Vid. «Alquileres e hipotecas...», *loc.cit.*, págs. 239-240.

---

(57) Para V. TORRALBA SORIANO es dudoso que el arrendamiento se pueda incluir entre las inscripciones y anotaciones a que se refiere la regla 17.<sup>a</sup> del artículo 131. (*Vid.* «Los arrendamientos urbanos...», *loc. cit.*, pág. 26); para I. NART la cancelación de cargas posteriores se refiere, tan sólo, a las que conspiren a una realización de valor, o sea inscripciones de hipotecas y anotaciones de embargos. (*Vid.* «Ex-arrendamientos», *ADC*, núm. IV-III, 1951, pág. 936).

(58) *Vid.* I. SABATER BAYLE, «Arrendamientos y finca hipotecada», *RCDI*, núm. 615, 1993, pág. 569.

(59) *Vid.* J. M. MANRESA Y NAVARRO, con ocasión de examinar la procedencia de los contratos celebrados por el marido sobre inmuebles pertenecientes a la esposa, *Comentarios al Código Civil español*, t. X, 1905, págs. 424 ss.

---

(60) Diciendo en este punto M. AMORÓS GUARDIOLA que «El arrendamiento urbano, en su actual regulación de favor, entraña una carga para la titularidad del propietario arrendador, que puede traducirse en un gravamen o disminución económica del precio de venta del local». (*Vid.* «Arrendamiento de local...», *loc.cit.*, pág. 1.021).

(61) J. J. LÓPEZ JACOISTE, analizando el arrendamiento notoriamente gravoso otorgado por el usufructuario considera que ya en los preceptos del Código Civil aparece la exigencia de poder de disposición para otorgar arrendamiento cuyo término exceda de seis años, en el supuesto del artículo 1.548; el linde fronterizo que marca el Código entre los arrendamientos que constituyen actos de mera administración y los que integran la constitución de un gravamen es el mismo que emplea para declarar inscribible un arrendamiento. (*Vid.* «El arrendamiento notoriamente gravoso otorgado por el usufructuario», *ADC*, 1956, págs. 1.242-1.242); No faltan, en cambio, opiniones negativas, o al menos intermedias, en torno a la configuración del arrendamiento como gravamen, *Vid.* S.MORO LEDESMA, «La relación entre el arrendamiento y la hipotecas», *ADC*, 1956, págs. 1329 ss.; O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, t. II, vol. 2.º, 1989, págs. 116 ss.; V. TORRALBA SORIANO considera que, desde el momento que se paga una renta a la propiedad, no parece que se pueda utilizar el término gravamen en sentido técnico. Constituyen gravamen el usufructo y los derechos de uso y habitación, pero no el arrendamiento. Hay que distinguir entre el gravamen en sentido técnico que no es más que el derecho real visto desde la perspectiva del que lo sufre, así el propietario de finca gravada con hipoteca o usufructo, y las condiciones «notoriamente gravosas para la propiedad»; en este último supuesto nos encontramos ante un tratamiento puramente contractual del problema, sin que entren en juego las normas relativas a los derechos reales. (*Vid.* «Los arrendamientos urbanos...», *loc.cit.*, págs. 27-28).

---

(62) *Vid.* I. SABATER BAYLE, «Arrendamientos y finca hipotecada...», *loc.cit.*, pág. 577.

(63) Tal parece ser la opinión de S. MORO LEDESMA al señalar que, admitiendo que el arriendo ocupa un puesto intermedio entre los derechos reales y los personales, ya que en ningún caso cabe admitir sin reservas y escrúpulos la pretendida naturaleza real, siempre será absurdo reconocer la subsistencia de tal derecho, después de haber procedido a la ejecución de la hipoteca y aplicando las normas hipotecarias. Estas disposiciones, al regular el procedimiento sumario de ejecución del artículo 131 de la LH, establecen en la regla 17.<sup>a</sup>, la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca. Es decir, cuando todos los derechos reales inscritos en el Registro desaparecen como consecuencia del ejercicio de la acción hipotecaria, exclusivamente perdurará como enquistado el derecho de arrendamiento, de dudosa naturaleza real. Ello implica, además, gravísimos perjuicios para el desarrollo del crédito territorial, que constituye la estrella polar que orienta la legislación hipotecaria; y concluye afirmando que los arrendamientos posteriores a la constitución de la hipoteca deben extinguirse como consecuencia de la ejecución hipotecaria. (*Vid.* «La relación entre arrendamiento e hipoteca...», *loc.cit.*, págs. 1.346-1.347).

(64) *Vid.* en este sentido I. SABATER BAYLE, «Arrendamientos...», *loc.cit.*, pág. 583; También es tesis sostenida en la *STS de 23 de febrero de 1991*.

---

(65) Vid. J. M. GARCÍA GARCÍA, quien señala que a lo más que ha llegado el legislador en ciertos supuestos es a equiparar los efectos del derecho real inscrito con algunos derechos personales no inscritos atendiendo a su fecha. Pero nunca a hacer de mejor condición los derechos personales que los reales y hacer los derechos no inscritos de mejor condición en efectos que otros inscritos más allá de la fecha de su constitución. Cuando el legislador da efectos a derechos personales no inscritos, está haciendo una excepción de la regla de prioridad por la fecha registral, pero de ningún modo pretende hacer tabla rasa de la propia fecha de prioridad civil de nacimiento de esos derechos, pues antes de la fecha de nacimiento no son derechos porque no existen. «La ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, págs. 2231-2132; Señalando J. M. DE LA CUESTA SÁENZ que sería muy anómalo que sea más firme el arrendamiento de finca hipotecada no inscrito, porque ello es tanto como decir que si se resuelve el arrendamiento al tiempo de ejecutarse será por consecuencia de su constancia registral. (Vid. Comentario a la *STS de 9 de junio de 1990*, *CCJC*, núm. 23, 1990, pág. 732).

(66) Tesis sostenida por V. TORRALBA SORIANO, Vid. «Los arrendamientos urbanos...», *loc.cit.*, pág. 26.

---

(67) Sin embargo, para F. GINOT LLOVATERAS la única razón por la que el precepto comentado habla de cancelación de inscripciones y anotaciones, en lugar de referirse a la extinción de derechos, es su inclusión en la Ley Hipotecaria, a diferencia de lo que ocurren en el Derecho italiano donde una norma semejante se establece en el artículo 2.919 del Código Civil, haciendo referencia a la extinción de derechos. (*Vid.* «La hipoteca y los arrendamientos posteriores...», *loc.cit.*, pág. 1.216).

(68) *Vid.* I. SABATER BAYLE, «Arrendamientos...», *loc.cit.*, págs. 582-583.

(69) En este sentido se manifiesta V. TORRALBA SORIANO, quien, sin embargo, considera que la cancelación de las inscripciones de los derechos reales practicada en virtud del procedimiento de ejecución hipotecaria si lleva consigo la extinción de tales derechos, salvo el supuesto de las servidumbres legales o forzosas. (*Vid.* «Los arrendamientos urbanos...», *loc.cit.*, pág. 52); *Vid.*, también, M. AMORÓS GUARDIOLA, quien además se plantea si cabe estimar abuso de derecho en la conducta del hipotecante que arrienda luego la finca, para que la calificación de tal conducta como abusiva pueda servir de cauce eficaz para impugnar el arrendamiento. Si bien concluye que admitida la posible concurrencia de abuso del derecho, esta valoración sólo podrá oponerse al hipotecante-arrendador, no al arrendatario, tercero contratante de buena fe que arrienda fiado en la aparente legitimación del arrendador y desconociendo el *animus fraudandi*. Esto restringirá mucho la eficacia del abuso de derecho como recurso defensivo del acreedor. («Arrendamiento de local de negocio...», *loc.cit.*, págs. 1.031-1.033). Totalmente desacertada es, en este punto la doctrina jurisprudencial y la de autores que, como I. SABATER BAYLE, la

---

recogen sin criticarla. Señala la autora que el TS, realmente, distingue entre arrendamientos validamente celebrados, que declara en principio subsistentes, y arrendamientos fraudulentos, que no son eficaces frente al adjudicatario porque no existen en derecho. Arrendamientos ineficaces exclusivamente por su carácter fraudulento y no por estar o no contemplados en el artículo 131 LH; Así, en la *STS de 23 de febrero de 1991*, se declara que deben subsistir los arrendamientos concertados mediante buena fe entre arrendador y arrendatario, mientras no se acredite confabulación o fraude contra el acreedor hipotecario ni contra el adjudicatario. El momento de conclusión del contrato cuando es posterior al comienzo del procedimiento hipotecario, la renta insuficiente o el haber sido declarado el arrendador en concurso de acreedores serían circunstancias tenidas en cuenta por el TS para declarar el carácter fraudulento del contrato de arrendamiento, y por ello la ineficacia del contrato, también frente al adjudicatario. (*Vid. «Arrendamientos...», loc.cit.*, págs. 564-566);

(70) Señalando A. MONSERRAT VALERO que en este caso, se impondría al acreedor la carga de un declarativo ordinario en el que se pudiera tener que probar extremos difíciles como la simulación de los contratos. Además puede ser que no haya simulación, que el arrendatario proceda de buena fe e ignore la existencia de la hipoteca, lo cual haría más difícil la declaración de nulidad del arrendamiento. (*Vid. «La ejecución de la hipoteca y la extinción de los arrendamientos urbanos posteriores a su constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo», RJC, 1992.3, pág. 732*).

(71) *Vid. A. CARRASCO PERERA, «Alquileres e hipotecas...», loc.cit.*, pág. 240; En el mismo sentido *Vid. F. GINOT LLOVATERAS, «Las hipotecas y los arrendamientos posteriores...», loc.cit.*, pág. 1.216.

---

(72) Vid. C. LASARTE ALVAREZ, *Hipoteca, arrendamiento...*, cit., pág. 16.

(73) Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, págs. 1.088-1.089.

(74) Tal carácter de la presunción es resaltado por I. SABATER BAYLE, que, además de no argumentar cómo se demuestra en este caso que el asiento cancelado existen en la realidad, cita a R. M. ROCA SASTRE, que, efectivamente señala que esa presunción del artículo 97 es *iuris tantum*, pero no tiene en cuenta la opinión antes citada del ilustre hipotecarista sobre la cancelación prevista en la regla 17.ª del artículo 131 LH, ni la calificación de absurda de la argumentación de quienes pretenden fundar en ella la subsistencia del arrendamiento. (Vid. «Arrendamientos...», *loc.cit.*, pág. 583).

(75) Vid. la exposición de J. M. GARCÍA GARCÍA, «La ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, págs. 2232-2233.

---

(76) *Vid.* F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, «La purga o extinción de los arrendamientos concertados con posterioridad a la constitución de la hipoteca en caso de ejecución de esta», *BCRE*, 1989, 3, págs. 2429 ss.

(77) Cuestión distinta, señala V. TORRALBA SORIANO, es que con mucha frecuencia, los arrendamientos otorgados después de la constitución de la hipoteca sean fraudulentos. En efecto, a la vista de que no se va a cumplir y de que, inevitablemente, la ejecución judicial va a tener lugar, el dueño de la finca hipotecada realiza un arrendamiento de larga duración, cobrándose las rentas por anticipado, o estableciendo una renta muy baja con la pretensión de oponerlo, especialmente en el supuesto de arrendamientos protegidos, al tercero que adquiera mediante adjudicación en el procedimiento judicial sumario. Son estos supuestos muy frecuentes en la práctica, tal como resulta de la jurisprudencia, los que justifican que el arrendamiento posterior a la hipoteca se perciba como sospechoso. (*Vid.* «La ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, pág. 23).

---

(78) Vid. F. GINOT LLOVATERAS, «La hipoteca y los arrendamientos posteriores...», *loc.cit.*, pág. 1.181; señalando R. M. ROCA SASTRE, que, en general, el propietario del bien hipotecado, puede enajenarlo y gravarlo, sin que ello pueda repercutir desfavorablemente, en general, respecto de la seguridad de la garantía hipotecaria, aunque sus actos dispositivos los realice por precio vil o los otorgue en favor de varios adquirentes. Pero todos estos actos de disposición o gravamen no podrán resultar nocivos para el acreedor hipotecario, porque al consumarse, por vía de ejecución, la enajenación dineraria de la finca hipotecada, la propiedad del bien hipotecado hará tránsito al rematante o adjudicatario, y las cargas, gravámenes y limitaciones impuestas en el interregno quedarán desvanecidas por su extinción a consecuencia de la propia ejecución hipotecaria, debiendo ser cancelados en consecuencia sus correspondientes asientos registrales. (Vid. *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, pág. 953); J. A. DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, en cambio, se ha manifestado negativamente, o al menos con muchas reservas, sobre la capacidad dispositiva del hipotecante para arrendar la finca, al sostener que el dueño de la finca hipotecada no puede comportarse como un propietario normal y debe atemperar el alcance de sus facultades de disfrute y disposición —material o jurídica— conforme a su influencia en el mantenimiento del valor de la cosa. (Vid. «La conservación de la cosa hipotecada», *RDP*, 1962, págs. 500 ss.). Matizando el autor esas afirmaciones en una obra posterior, en la cual pone énfasis en la delimitación de la esfera de competencia del dueño sobre la finca hipotecada, que deriva del hecho de ser una competencia compartida con la que ostenta el acreedor hipotecario sobre la finca. Por ello, el propietario hipotecante no podrá establecer con eficacia permanente cargas o limitaciones que impliquen una disminución del valor de la finca, y, de establecerse, creará situaciones jurídicas carentes de firmeza. El arrendamiento concertado con posterioridad a la hipoteca no se asienta en la relación jurídica de propiedad, sino en la relación de garantía; la propiedad sobre la finca, durante la fase de seguridad en la hipoteca, alberga un estado cuestionable del que, por tanto, participa el arrendamiento. Y concluye afirmando que, en definitiva, el propietario hipotecante puede vender, pero la venta no perjudica al acreedor; puede volver a hipotecar, pero la hipoteca no afecta al primer acreedor; establecer un derecho real limitado de disfrute, que no afecta al acreedor; puede dividir o segregar la finca, más no por ello afecta, sin su consentimiento, al acreedor... (Vid., *La fase de seguridad en la hipoteca*, 1967, págs. 331-334 y 398); Así puede interpretarse también la opinión de J. VALLET DE GOYTISOLO, al decir que la hipoteca sujeta la cosa de suerte que impide toda disposición en perjuicio del acreedor que pueda resultar tanto de acciones positivas, como de omisiones. (Vid. *Hipoteca del derecho arrendaticio, especialmente de empresas y locales de negocio*, 1951, págs. 98 ss.).

---

(79) Vid. J. M. GARCÍA GARCÍA, J. M.: «La ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, pág. 2.233; también, A. MERINO GUTIÉRREZ, «Las repercusiones del arrendamiento del Hotel-Residencia “Los Astures”», Dictamen, *RCDI*, núm. 616, 1993, pág. 1.014.

(80) Tesis sostenida en la STS de 23 de febrero de 1991.

(81) Vid. I.SABATER BAYLE, «Arrendamientos...», *loc.cit.*, pág. 562.

(82) Vid. J. M. GARCÍA GARCÍA, que cita en este punto las SSTS de 27 de enero de 1927 y 30 de noviembre de 1939, «La ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, pág. 2.242.

---

(83) Entendiéndose siempre por «tercero de mejor derecho», aquel que tiene atribuido, como mínimo, el *ius possessionis*, circunstancia que no concurre en el arrendatario.

(84) Vid. J. M. GARCÍA GARCÍA, que concluye diciendo: «En todo caso, decirle al adjudicatario de la subasta que no se discute su derecho de dominio y que ya tiene la posesión mediata de dueño, aparte de no ser convincente, no deja de ser una broma de mal gusto para los que derivan su derecho de una hipoteca constituida con anterioridad a los arrendatarios posteriores». («La ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, pág. 2.242); También, P. PUJOL CAPILLA, «Arrendamiento, hipoteca...», *loc.cit.*, pág. 404.

(85) Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, pág. 1063; I. SERRANO Y SERRANO, «Arrendamiento de finca rústica hipotecada...», *loc.cit.*, págs. 1075-1076.

(86) Vid. V. TORRALBA SORIANO, «La prótoga forzosa del artículo 57 TR de 1964 y los arrendamientos posteriores a la constitución de la hipoteca a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Jornadas sobre ejecución hipotecaria...*, cit., págs. 80-81.

(87) Vid. Auto de la AP de Barcelona de 27 de noviembre de 1990 y SAP de Oviedo de 12 de noviembre de 1990. Incluso, en la STS de 31 de octubre de 1986, se dijo que la ejecución hipotecaria del arrendamiento no es causa de suspensión del procedimiento (artículo 132 LH). Vid. J. ALVAREZ CAPEROCHIPI, comentario a esa sentencia, *loc.cit.*, pág. 326.

---

(88) Vid. Autos de la AP de Barcelona (Sección 13.ª) de 21 de abril de 1993 y AP de Bilbao (Sección 4.ª) de 19 de julio de 1993.

(89) En contra, entendiendo que el lanzamiento automático del inquilino o arrendatario lesiona su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y que tampoco es posible acudir al procedimiento judicial del artículo 41 LH para proceder al lanzamiento de los arrendatarios por parte de los adjudicatarios, siendo necesario acudir a juicio ordinario tendente a conseguir la extinción del arrendamiento y el consiguiente desahucio del arrendatario, *Vid.* M. L. Huerta Viesca y D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, «El arrendamiento urbano de fincas hipotecadas: ¿subsistencia?»; *Doctrina, jurisprudencia ordinaria y constitucional*, AC, 1992-IV, pág. 826.

- 
- (90) *Vid.* R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, pág. 1087.
- (91) *Vid.* V. TORRALBA SORIANO, «Los arrendamientos urbanos...», *loc.cit.*, pág. 43.

---

(92) Vid. A. CARRASCO PERERA, «Alquileres e hipotecas...», *loc.cit.*, pág. 240.

(93) Vid. A. CARRASCO PERERA, «Alquileres e hipotecas...», *loc.cit.*, pág. 241.

---

(94) *Vid.* C. LASARTE ALVAREZ, *Hipoteca, arrendamiento...*, cit., pág. 16; A favor de la aplicación analógica del precepto se muestra V. TORRALBA SORIANO, quien señala que el artículo 8 LAU, al determinar que «los Tribunales aplicarán sus preceptos por analogía», se refiere a todos los preceptos. Si bien reconoce que el TS en Sentencia de 5 de julio de 1948, estableció que no son susceptibles de interpretación analógica las causas de extinción del vínculo arrendaticio, entre las cuales se encuentra la regla 12.ª del artículo 114. (*Vid.*, «Los arrendamientos urbanos...», *loc.cit.*, págs. 41-43).

(95) Pero, señala J. BOLAS ALFONSO, cabe también una segunda interpretación, según la cual el artículo 219 RH presupone justamente lo contrario, la extinción del arrendamiento en caso de ejecución, pues, de lo contrario, no tendría sentido que se indique como primera medida la de que «el Juez, a instancia de parte, podrá declarar vencido el crédito...», pues si el arrendamiento subsiste el legislador estaría favoreciendo las retorcidas intenciones del propietario arrendador, ya que el vencimiento del crédito determina la posibilidad de la ejecución de la hipoteca y ésta se adelantaría justo al momento en que es evidente la disminución del valor de la finca hipotecada. Si se admite el vencimiento anticipado del crédito es porque la ejecución de la hipoteca purga el arrendamiento posterior contratado con propósito de desvalorizar. (*Vid.* «A propósito del arrendamiento...», *loc.cit.*, pág. 127); En el mismo sentido *Vid.* J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, «Comentario a la STS de 9 de junio de 1990», *loc.cit.*, pág. 733.

(96) *Vid.* A. CARRASCO PERERA, «Alquileres e hipotecas...», *loc.cit.*, pág. 242.

---

(97) *Vid.* R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, *cit.*, t. IV, vol. 2.º, pág. 945; B. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Garantías patrimoniales, estudio especial de la hipoteca*, 1993, págs. 575 ss.

(98) *Vid.* A. CARRASCO PERERA, «Alquileres e hipotecas...», *loc.cit.*, pág. 242; Señalando J. M. GARCÍA GARCÍA que el artículo 219.2 RH no tiene por qué interpretarse en un determinado sentido autónomo, sino que, al ser norma adjetiva, debe interpretarse en concordancia con lo que resulte de la legislación sustantiva. Por otra parte, el precepto ha podido ser introducido en el año 1959 con la finalidad de paliar una determinada situación partiendo de interpretaciones de textos sustantivos que pueden estar perfectamente superadas y que hacen innecesario buscar cualquier explicación a dicho precepto. No obstante —continúa— puede tener perfecta explicación aun partiendo de que la ejecución de hipoteca anterior extingue el arrendamiento posterior, y ello es partiendo de dos consideraciones: la primera, que un arrendamiento posterior con baja renta da lugar a que en la subasta se restrinjan los postores por el temor reverencial a todo arrendamiento, lo que justificaría que el acreedor hipotecario que ve amenazada la obtención de un valor adecuado en subasta solicite ya de antemano una serie de medidas al Juez; la segunda, que no hay por qué descartar el supuesto de hipoteca extensiva a las rentas de la finca (conforme al artículo 111.3.º LH) y para ese caso, es importante para el acreedor hipotecario contar con unas rentas adecuadas del inmueble derivadas de un arrendamiento y no unas rentas mínimas que para nada le han de servir. En todo caso —concluye— el artículo 219.2 RH es de poca utilidad y no se ha usado nunca en la práctica. (*Vid.* «La

---

ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, pág. 2.238); En parecido sentido se manifiesta I. SABATER BAYLE, *Vid. «Arrendamientos...», loc.cit.*, págs. 594-596.

(99) *Vid.* Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sosanziale*, 1935, págs. 175-178.

(100) *Vid.* J. M. GARCÍA GARCÍA, «La ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, pág. 2236. En el mismo sentido entiende J. MORO LEDESMA, que, indudablemente, deben tener un

---

trato distinto quienes suceden al propietario en su posición de arrendador por haber adquirido voluntariamente la propiedad de la finca arrendada, y aquellos la hayan adquirido en subasta pública. (*Vid.* «La relación entre arrendamiento e hipoteca...», *loc.cit.*, pág. 1343).

(101) *Vid.* F. GINOT LLOBATERAS, «La hipoteca y los arrendamientos posteriores...», *loc.cit.*, pág. 1.217.

(102) *Vid.* A. CARRASCO PÉREZ, «Alquileres e hipotecas...», *loc.cit.*, pág. 241.

---

(103) Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, págs. 1084-1088; J. CASTÁN TOBEÑAS y J. CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, t. II, 1957, pág. 465; FLÓREZ DE QUIÑONES, «Comentario a la STS de 5 de febrero de 1945...», *loc.cit.*, pág. 531 ss.; M. AMORÓS GUARDIOLA, «Arrendamiento de local de negocios...», *loc.cit.*, págs. 1033-1034.

(104) Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, pág. 1088.

---

(105) Vid. J. M. GARCÍA GARCÍA, «La ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, pág. 2259.

- 
- (106) Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t.IV, vol. 2.º, pág. 1.086.
- (107) Vid. C. CUADRADO GONZÁLEZ, «Los efectos de la hipoteca sobre los arrendamientos posteriores a su constitución», *LL*, 1991, 3, pág. 838.
- (108) Vid. I. SERRANO Y SERRANO, «Arrendamiento de finca rústica hipotecada...», *loc.cit.*, pág. 1.058.
- (109) Vid. M. AMORÓS GUARDIOLA, «Arrendamiento de local de negocios...», *loc.cit.*, pág. 1020; GAYOSO ARIAS, *Nociones de legislación hipotecaria*, t. II, 1918, pág. 111; R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, págs. 1085-1086.
- (110) Lamentablemente no lo hace así la STS de 9 de junio de 1990, altamente criticada por la mayoría de la doctrina: Vid. J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, Comentario a esta sentencia, *loc.cit.*, págs. 732 ss.; C. CUADRADO GONZÁLEZ, «Los efectos de la hipoteca...», *loc.cit.*, págs. 842 ss.; J. M. GARCÍA GARCÍA, «La ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, págs. 2.246 ss.

(111) Esta sentencia ha sido comentada y alabada por muchos autores, *Vid.* I. SERRANO Y SERRANO, «Arrendamiento de finca rústica...», *loc.cit.*, págs. 1.059 ss.; F.GINOT LLOVATERAS, «La hipoteca y los arrendamientos posteriores...», *loc.cit.*, págs. 1.220 ss.; R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, págs. 1085 ss.; Recientemente *Vid.*, C. CUADRADO GONZÁLEZ, «Los efectos de la hipoteca...», *loc.cit.*, págs. 838-839; J. M. GARCÍA GARCÍA, que señala que de esta sentencia se desprende:

1.º Que la hipoteca es un derecho de máxima garantía y pulveriza cuantas cargas o limitaciones de disposición, uso y disfrute figuren establecidas con posterioridad a ella.

2.º Que la fecha clave es la de constitución de hipoteca, a la que han de retrotraerse sus efectos, y que el adjudicatario deriva su derecho del de hipoteca.

3.º Que esa pulverización es de esencia sustancial de la hipoteca.

4.º Que un arrendamiento a largo plazo tiene influencia en el valor en cambio inmobiliario y por ello se debe ocasionar el finiquito de éste.

5.º De no entenderse así, el efecto hipotecario sería vacío, pues para dejarlo inerte bastaría ceder el disfrute y anticipar los pagos. (*Vid.* «La ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, págs. 2243-2244); En cambio, se muestra contrario a esa solución y partidario de la subsistencia del arrendamiento, FLÓREZ DE QUIÑONES, *Vid.* Comentario a esa sentencia, *loc.cit.*, págs. 531 ss.

(112) *Vid.* J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, *Comentario a la STS de 9 de junio de 1990*, págs. 730-731.

---

(113) Vid. A. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, *Comentarios...*, cit., pág. 244; señalando J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, que la alusión al tercero hipotecario del artículo 74 no puede entenderse como comprensivo incluso del arrendamiento posterior a la hipoteca, porque en tal caso perturbaría profundamente la seguridad del tráfico anteponiendo un arrendamiento inscrito con posterioridad, en clara quiebra del principio de prioridad registral. (Vid. *Comentario a la STS de 9 de junio de 1990...*, cit., pág. 731).

(114) Vid. C. CUADRADO GONZÁLEZ, «Los efectos de la hipoteca...», *loc.cit.*, pág. 840.

(115) Tal diferencia de tratamiento no parece advertirse por los comentaristas de la Ley de Arrendamientos Rústicos que propugnan la aplicación indistinta de éstos dos preceptos a todos los supuestos que tradicionalmente se vienen considerando como resolución del derecho del arrendador. Vid. J. M. GIL-ROBLES GIL-DELGADO, *Comentarios prácticos...*, cit., pág. 201; J. A. COBACHO GÓMEZ, *Estudios sobre la LAR...*, cit., pág. 150; A. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, *Comentarios...*, cit., pág. 228 ss.

---

(116) *Vid.* J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, Comentario a la *STS de 9 de junio de 1990...*, cit., pág. 732.

(117) *Vid.* C. CUADRADO GONZÁLEZ, «Los efectos de la hipoteca...», *loc.cit.*, págs. 840-841.

(118) *Vid.* J. M. GARCÍA GARCÍA, J. M.: «La ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, págs. 2247-2248.

---

(119) Señalando además J. M. GARCÍA GARCÍA que, si bien puede decirse que esto tiene consecuencias respecto a la forma de operar la regla 17.<sup>a</sup> del artículo 131 LH, la especialidad consiste únicamente, desde la perspectiva del artículo 78 LAR en la necesidad de que el adjudicatario inste del Juez el lanzamiento del arrendatario, lo que puede hacer con ocasión de la solicitud de puesta en posesión que la propia regla 17.<sup>a</sup> del artículo 131 prevé. El Juez lo concederá si se trata de arrendamiento posterior a la hipoteca y una vez transcurrido el año agrícola a que se refiere el artículo 13 LAR (*Vid.* «La ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, pág. 2.248).

(120) *Vid.* J. L. ALBACAR LÓPEZ, *La Ley de Arrendamientos Urbanos. Comentarios a la nueva Ley y legislación vigente*, VV.AA., 1994, pág. 75; J. M. FERNÁNDEZ-HIERRO, *La resolución arrendaticia urbana con arreglo a la Ley 29/1994*, 1995, pág. 250; J. LEÓN-CASTRO y M. DE COSSÍO, *Arrendamientos urbanos. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, 1995, págs. 76-77; N. DÍAZ MÉNDEZ, E. LEGIDO LÓPEZ y M. A. LOMBARDÍA DEL POZO,

---

*Visión judicial sobre los aciertos de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos: aspectos sustantivos y procesales*, 1995, págs. 54-55.

(121) Señala V. GUILARTE GUTIÉRREZ que «En definitiva, entre los dos polos de tensión que permanentemente se advierten antes estas situaciones, es decir protección del acreedor hipotecario y ulterior adquirente, por un lado, o, por otro, deseo de estabilidad del inquilino, el legislador ha optado teóricamente por la defensa del interés de este último, si bien desde los nuevos postulados temporales tan lejanos al instituto de la prórroga forzosa. Dulcificada tal prórroga la actual situación resulta evidentemente mucho menos traumática para cualquier adquirente que se adjudique la finca en el trámite de realización hipotecaria, pues, a lo sumo, deberá soportar una relación arrendaticia quinquenal». (*Vid. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, VV.AA., 1994, pág. 162).

(122) *Vid.* E. SERRANO ALONSO, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por X. O'CALLAGHAN, 1995, págs. 139-140.

(123) Señalando V. GUILARTE GUTIÉRREZ que «tal guante ha sido recogido por el legislador si bien no mediante una alteración normativa del supuesto en sede de regulación hipotecario sino arrendaticia cuya renovación ha sido más próxima». (*Vid. La nueva ley...*, cit., pág. 163); en esta línea, señala A. GORDILLO CANAS, que la solución resulta coherente con la naturaleza del arrendamiento y encaja sin estridencias en el marco de la nueva Ley. Supone una solución matizada al problema que resuelve, en la que la natural victoria del crédito territorial sobre el arrendamiento sólo se ve obstaculizada por la

---

subsistencia de éste tras la ejecución hasta el cumplimiento del tolerable plazo de los cinco años. Señalando también que el crédito territorial no se resiente gravemente por esta medida de política legislativa tan central en la regulación de los arrendamientos urbanos de vivienda. (*Vid., Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos. Ley 29/1994 de 24 de noviembre, coordinado por C. LASARTE ALVAREZ, 1996, pág. 332*).

(124) *Vid. L. PRAT ALBENTOSA, Comentarios a la nueva Ley de arrendamientos urbanos, VV.AA., 1994, pág. 125.*

(125) *Vid. V. GUILARTE GUTIÉRREZ, La nueva ley..., cit., págs. 162-164.*

(126) *Vid. V. GUILARTE GUTIÉRREZ, La nueva ley..., cit., págs. 162-164.*

---

(127) Vid. J. J. MARÍN LÓPEZ, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, 1995, pág. 298.

---

(128) En el poco probable caso de que el arrendamiento se inscriba en el período de tiempo comprendido entre el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la hipoteca y su inscripción en el Registro de la Propiedad, habrá que estar al juego de los principios hipotecarios, fundamentalmente a la prioridad que puede venir determinada por el asiento de presentación y a la buena fe.

(129) Tesis sostenido por L. ROJO AJURÍA, *Comentario...cit.*, págs. 187-188; en contra se manifiesta V. GUILARTE GUTIÉRREZ, para quien fuera del límite de cinco años no tiene interés el legislador en seguir protegiendo al inquilino. (*Vid. La nueva ley...*, cit., pág. 168).

---

(130) *Vid.* L. ROJO AJURÍA, *Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos*, dirigidos por F. PANTALEÓN, 1995, pág. 197.

(131) Ya señalé GARCÍA GARCÍA, J. M.: refiriéndose al Proyecto que «Si se consuma la regulación [...] y no se prevén medios registrales de publicidad de dichos arrendamientos, las subastas hipotecarias van a quedar desiertas, o lo que es peor, se van a fomentar las adquisiciones a bajísimo precio por parte de los «subasteros». [...] Desde el momento en que se sepa que una finca hipotecada está arrendada, nadie va a concurrir como postor a una subasta y los «subasteros» van a tener su «agosto», pues van a adquirir fincas a bajísimo precio con sólo soportar durante cuatro años a un arrendatario constituido fraudulentamente, porque sólo los subasteros y no los postores corrientes e individuales pueden soportar cuatro años de rentas bajas. (*Vid.* «Las subastas hipotecarias y los arrendamientos», *RCDI*, núm.622, 1994, págs. 1292-1296); Pues bien, sumemos a la argumentación de GARCÍA GARCÍA, un año más de subsistencia del arrendamiento.

# Elementos identificativos de la fundación: el nombre (1)

*SUMARIO:* a) SIGNIFICADO Y FUNCIONES MULTIPLES DEL NOMBRE DE LA FUNDACION.—b) LA UTILIZACION DEL TERMINO «FUNDACION» COMO DERECHO EXCLUSIVO.—c) EL PRINCIPIO DE LIBERTAD RELATIVA EN LA ELECCION DEL NOMBRE. EN ESPECIAL, LA PROHIBICION DE IDENTIDAD O SEMEJANZA CON EL DE OTRA FUNDACION PREEXISTENTE: c.1) CONFLUENCIA DEL RÉGIMEN DE LA DENOMINACIÓN DE LA FUNDACIÓN CON LA LEY DE MARCAS Y LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL: DENOMINACIÓN Y SIGNOS DISTINTIVOS. c.2) COINCIDENCIA O SEMEJANZA CON OTRA DENOMINACIÓN PREVIAMENTE INSCRITA EN EL REGISTRO DE FUNDACIONES. c.3) LA AUTORIZACIÓN DE LA PERSONA AFECTADA POR LA COINCIDENCIA O SEMEJANZA.

## a) SIGNIFICADO Y FUNCIONES MULTIPLES DEL NOMBRE DE LA FUNDACION

La personalidad del ser humano deriva de su dignidad como tal, mientras que la de los entes morales tiene un carácter instrumental. Pero aunque ontológicamente existe una gran distancia entre la persona física y la moral (2), ambas resultan equivalentes en la sintaxis del tráfico jurídico, donde operan como sujetos protagonistas. De ellas se predicen derechos y obligaciones y quedan ligadas entre sí por el vínculo de las relaciones jurídicas, que generan responsabilidades. Es pues una cuestión de orden público, a la vez que un derecho subjetivo, su perfecta identificación.

Esta se logra, fundamentalmente, a través del nombre. El nombre es la señal de identidad que representa fielmente al sujeto y lo individualiza en el tráfico.

Pero no sólo distingue a cada persona de las demás, sino que incorpora o trasluce una serie de características de aquéllas, que pueden tener una re-

---

(1) Proyecto de Investigación científica y despliegue tecnológico de la Generalitat Valenciana sobre «Contratos bancarios y persona moral», GV-B-ES-16-088-96.

(2) Como queda reflejado en la regulación constitucional de los derechos de asociación y fundación (arts. 22 y 33 CE).

levancia moral o económica. Piénsese en la proyección de la fama de un empresario, o en la utilización del nombre como signo distintivo en el mercado, o en el prestigio social o profesional que puede ir ligado a ciertos apellidos. En el caso de las personas físicas, el nombre, además, manifiesta la filiación, a través de los apellidos.

El nombre es, pues, esencial en un doble plano. Es a la vez exigencia de la personalidad y de la seguridad requerida por el orden público. En el primer sentido, se ha calificado como atributo de la personalidad, como derecho básico e, incluso, empleando una expresión conscientemente técnica, como derecho fundamental, pese a no hallarse incluido en el correspondiente elenco constitucional. En cuanto imperativo del orden público, la perfecta identificación del sujeto mediante el nombre constituye un deber (3). Este doble plano de derecho/deber queda de manifiesto en la vigente Ley estatal de Fundaciones. Mientras que el artículo 3,2 establece que sólo las entidades inscritas en el RF podrán utilizar la denominación de «fundación» (por tanto, se pronuncia desde el punto de vista del derecho subjetivo), el artículo 9.1, apartado a), afirma que en los Estatutos se hará constar la denominación de la entidad, con las especificaciones que a continuación se enuncian (con lo cual configura esta mención como deber).

No puede sorprender, después de lo dicho, que el artículo 9 de la Ley de Fundaciones (LF) se refiera en su apartado 1, a), a la DENOMINACION, como mención necesaria de los Estatutos. La denominación, elemento identificativo esencial de la persona, forma parte del contenido imperativo de los Estatutos de la Fundación, al igual que sucede con los de otras personas jurídicas (4):

---

(3) Salvo lo dicho respecto a la filiación y las matizaciones que puedan introducirse en cuanto a la «fama» u «honor» que denota el nombre de la persona que los ha merecido (con respecto al honor de las personas jurídicas, puede consultarse el trabajo de RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M<sup>a</sup>, «El derecho al honor de las personas jurídicas (Comentario a la STCC 139/1995, de 26 de septiembre)», Sección de jurisprudencia comentada del Tribunal Constitucional, *ADC*, t. XLIX, abril-junio 1996, así como la jurisprudencia y doctrina allí citadas), lo que se afirma respecto al nombre de la persona física puede aplicarse a la persona jurídica y, en concreto, a la Fundación. El fundamento de la necesidad del nombre es análogo en ambos casos. Así lo reconoce la RDGRN 10-V-46, citada por BOTANA AGRA, autor que afirma la condición de derecho fundamental atribuible al nombre de las personas jurídicas, en relación con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 26-IX-95 («A propósito de las colisiones entre denominaciones sociales y nombres comerciales», *La Ley*, n.º 4023, abril 1996, pág. 2). Hay que reivindicar el tema como propio de la Teoría general de las personas, aun cuando después se realice un tratamiento específico según se trate de personas físicas o morales. Con ello se daría respuesta a una serie de exigencias prácticas que irán siendo desgranadas a lo largo de estas páginas.

(4) Hasta que se promulgó el Reglamento de las Fundaciones Culturales Privadas por Decreto 2930/1972, de 21 de julio, no existía en nuestro Derecho positivo regulación

*«En los Estatutos de la Fundación se hará constar:*

*a) La denominación de la entidad, en la que deberá figurar la palabra Fundación, que no podrá coincidir o asemejarse de manera que pueda crear confusión, con ninguna otra previamente inscrita en el Registro de Fundaciones.»*

Los términos en que se expresa la Ley son significativos y encierran una serie de cuestiones o problemas que irán siendo desarrolladas a lo largo de este trabajo.

Al tema de la denominación hacen alusión, igualmente, la mayoría de las leyes autonómicas, o normas de rango inferior, sobre fundaciones. (5)

En conexión con la función identificadora, el nombre tiene una utilidad adicional, de enorme importancia, sobre todo para los terceros que se relacio-

expresa sobre este extremo, con la excepción de la legislación sobre fundaciones laborales. A pesar de ello, nunca se dudó de la necesidad de que la Fundación tuviera un nombre, por las razones apuntadas. Sobre la necesidad del nombre bajo la legislación anterior, puede consultarse VALERO AGUNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, 1969, págs. 308-309.

(5) El artículo 9 de la Ley catalana 9/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas establece que *«en los Estatutos de la fundación deben constar, por lo menos: a) La denominación, que deberá contener necesariamente las palabras «fundación privada» y, a continuación y entre paréntesis «sujeta a la legislación de la Generalitat de Catalunya».*

(El artículo 7 de la Ley vasca 12/1994, de 17 de junio de Fundaciones del País Vasco preceptúa: *«1. Los Estatutos de la Fundación deberán contener como mínimo, los siguientes extremos:*

*a) La denominación de la entidad, en la que deberá figurar la palabra «Fundación» o «fundazioa» o «iraskundea», que no podrá coincidir con ninguna otra previamente inscrita en el Registro de Fundaciones.».*

El Decreto 404/1994, de 18 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de organización y funcionamiento del protectorado y del Registro de Fundaciones del País Vasco, desarrolla, en su artículo 32, el tema de la *«Coincidencia de denominación».*

El artículo 33 trata sobre la posibilidad de solicitar del Registro una *«reserva temporal de denominación».*

El artículo 6 de la Ley gallega 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las Fundaciones de interés gallego, se limita a señalar que los Estatutos comprenderán la *«denominación de la Fundación».*

La Orden de 3 de julio de 1985 por la que se regula el funcionamiento del Registro de Fundaciones Privadas de Carácter Cultural y Artístico, Asociaciones y Entidades análogas, dictado en desarrollo del Decreto de la C.A. de Andalucía, 89/1985, de 2 de mayo, por el que se crea dicho Registro, señala, asimismo, en su artículo 8, que *«Los Estatutos de la Fundación, han de contener: 1. La denominación de la Institución.»*

El artículo 3 de la Orden de 9 de abril de 1986 de regulación del Registro de Fundaciones Privadas de Canarias, dispone que *«Los estatutos reguladores del régimen de funcionamiento de la Fundación incluirán necesariamente los siguientes apartados: a) La denominación de la Fundación.»* Y lo mismo se reitera en la Ley 1/1990, de 29 de enero, de fundaciones canarias.

nan con la fundación: Debe manifestar el tipo de persona al que identifica, ya que correlato esencial de esta tipología es la asignación de uno u otro régimen de responsabilidad patrimonial (6). El legislador es consciente de ello. De ahí que en la LF se diga expresamente que en la denominación de la entidad deberá figurar la palabra «Fundación» (7). Esta regla, en cuanto norma expresa de Derecho positivo y de ámbito estatal, constituye una novedad introducida por la Ley del 94. Sin embargo, no puede olvidarse el antecedente representado por diversas leyes autonómicas sobre la materia (8), así como el indudable paralelismo que existe con la regulación de las Sociedades mercantiles (9). Se trata, por otra parte, de una norma generalizada en los ordenamientos extranjeros.

Además, el nombre tiene un valor «moral», desde el momento en que absorbe el prestigio o fama que el ente pueda proyectar al exterior. Y puede tener, igualmente, un valor «económico», cuando se emplee como signo distintivo en el Mercado, en el que la fundación puede actuar como opera-

(6) Es ésta una característica propia del nombre de las personas jurídicas, ya que sólo existe un tipo de personas físicas, a tales efectos.

(7) Ya con anterioridad a la Ley, estimaba VALERO AGUNDEZ (Ob. cit., pág. 310) que la denominación de la fundación debía incluir la palabra «Fundación», u otra equivalente, como «Patronato»: «Aunque no hay precepto alguno que expresamente lo imponga, existe una razón de claridad jurídica que exige que, junto con el nombre distintivo de un sujeto jurídico, no natural, se dé una indicación suficiente de la naturaleza del mismo, en cuanto ésta es la base del régimen de su responsabilidad patrimonial». Añadía que esto tiene particular importancia en los casos de Fundación como forma de empresa, «por la claridad exigida por la seguridad del tráfico mercantil, en las bases del régimen de responsabilidad patrimonial de cada sujeto de los que en él intervienen». Se planteaba, igualmente, para acabar rechazándola, la conveniencia de que en el caso de fundación-empresa, dicho carácter constara de alguna manera en la denominación, añadiendo, p. ej., a la expresión «Fundación», el calificativo de «mercantil». La razón que le lleva a concluir en un sentido negativo consiste en que la condición de comerciante de la fundación-empresa no modifica para nada el régimen de responsabilidad de la fundación: «comerciante o no, la fundación se somete a un idéntico régimen de responsabilidad. Basta, por tanto, para expresar abreviadamente este régimen en la denominación de la entidad, incluir en ella la expresión «Fundación», que es la que sugiere el régimen de la responsabilidad patrimonial de dicha entidad».

(8) Véanse el artículo 9 de la Ley catalana de fundaciones y el artículo 7 de su homónima vasca. La Ley catalana establece que, a continuación de las palabras «fundación privada» y entre paréntesis deberá constar la mención «*sujeta a la legislación de la Generalitat de Catalunya*». Con ello se introduce una nueva precisión, derivada de la organización del Estado español y su configuración como Estado de las Autonomías. Al igual que el término «Fundación» apunta al régimen de responsabilidad correspondiente a la persona, la segunda alusión indica el ámbito competencial - estatal o autonómico - al que se adscribe esa fundación y, por tanto, la legislación que le es aplicable.

(9) Véanse los arts. 2, 1 TRLSE (Real Decreto Legislativo de 22 de diciembre de 1989); artículo 2.1 L. 2/1995, de 23 de marzo, de SRL; y arts. 126, 146, 147 y 153 CCom, en cuanto a Sociedades Colectivas, Comanditarias y Comanditarias por acciones; así como el artículo 4.1 LGC.

dor (10). El valor económico no deriva de la existencia del nombre en sí, sino del uso que del mismo se haga en el tráfico (11). En este sentido, hay que tener en cuenta que, como dice VICENT CHULIÁ (12), la proyección del nombre en el tráfico cuando más que a una persona jurídica, designa a una empresa (lo que también puede ocurrir, en mayor o menor medida, en el caso de las fundaciones [13]), ha determinado la formación de un Derecho peculiar, distinto al que rige el Derecho Común del nombre civil. Sobre los problemas de relación entre el nombre como signo de identidad de la persona y los signos distintivos de ésta en cuanto operador económico en el mercado, hemos de volver.

#### b) LA UTILIZACION DEL TERMINO «FUNDACION» COMO DERECHO EXCLUSIVO

A tenor del artículo 3,2 LF, «sólo las entidades inscritas en el Registro a que se refiere el apartado anterior, podrán utilizar la denominación de *Fundación*». Recordemos que la inscripción en el Registro de Fundaciones determina el nacimiento de la Fundación como persona jurídica. De ahí que, hasta que la misma se produzca, no pueda hablarse de verdadera «Fundación». En este sentido, puede afirmarse que la inscripción es constitutiva.

Sin embargo, en este punto hay alguna discrepancia doctrinal. PINAR MANANAS entiende que para poder usar el apelativo «fundación» «no basta con el otorgamiento de la carta fundacional. En tanto no se inscriba, la Fundación no es tal y, por tanto, no puede usar esa denominación. Aunque nada impide utilizar la expresión «fundación en formación» o alguna semejante» (14). Por el

(10) Ello es indudable después de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones. La doctrina mayoritaria admite incluso la vigencia en nuestro Derecho de la figura de la fundación-empresa, aunque no exista una regulación específica de la misma. Destaca en este tema, dentro del panorama doctrinal español, la obra de VALERO AGUNDEZ, *La fundación...*, cit., que no ha sido desbancada por otra, pese al tiempo transcurrido desde su elaboración. Puede consultarse, igualmente, el trabajo de LINARES ANDRÉS, «La actividad económica de las Fundaciones», *RCDI*, núm. 642, sept.-oct. 1997, págs. 1625-1665.

(11) De ahí que, como veremos después, si con el uso de una denominación se vulnera la propiedad industrial de otro sujeto o se incurre en competencia desleal, la sanción no debería atacar la existencia del nombre, sino impedir el uso de éste que produjera tales efectos.

(12) *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3.ª ed., t. I, vol. 2, Ed. Bosch, Barcelona, 1991, pág. 399.

(13) El inciso es mfo. Estoy pensando en un concepto amplio de empresa, como operador económico.

(14) «Comentario al artículo 3 LF», en *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, Colección Solidaridad, Fundación ONCE, Escuela Libre Editorial y Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 31.

contrario, DEL CAMPO ARBULO estima que la afirmación del artículo 3.2 LF «no es exactamente algo que haya que tomar como verdad de fe. Se puede utilizar la palabra fundación o la denominación fundación sin inscripción en el Registro. Más aún. Es preciso utilizar esa denominación en determinados trámites previos. Por ejemplo, resulta obvio que para obtener el número de identificación fiscal, para hacer la declaración censal correspondiente, para abrir una cuenta corriente en la que depositar la dotación, es preciso utilizar ya la denominación de fundación. *Será fundación en constitución o como queramos llamarle*, pero fundación será, aunque el nombre sólo se pueda utilizar en esas circunstancias concretas» (15).

La fundación en proceso de formación no puede ser considerada como verdadera fundación (16), aunque está claro que el otorgamiento de la carta fundacional abre la puerta a determinados efectos jurídicos, a los que se refiere el artículo 11 LF. Con la finalidad de lograr la inscripción se articulan una serie de deberes, a la vez que se contempla la posibilidad de realizar una serie de actos «conservativos», y se vertebra un régimen de responsabilidades por los actos realizados durante este periodo por cuenta de la futura fundación. Con ese mismo carácter instrumental será posible utilizar la denominación de fundación para identificar a la que se encuentre en proceso de formación, bien entendido que si dicho proceso se frustra el empleo de tal nombre podrá dar lugar, en su caso, a responsabilidades jurídicas. Piénsese, p. ej., en el sujeto que realizó atribuciones patrimoniales en favor de la futura fundación y en consideración a que se trataba de este tipo de persona.

Por otra parte, el término queda reservado en exclusiva para esta clase de sujetos, con lo que se evita la confusión que, de otro modo, se produciría en el tráfico (17). No se olvide que, además de todo lo dicho, las fundaciones tienen en la sociedad un prestigio del que no pueden aprovecharse «gratuitamente» otras personas jurídicas. Al menos, de un modo directo. Podrían hacerlo constituyendo fundaciones que llevasen su nombre, lo que es una práctica bastante habitual en no pocos países y que se está extendiendo como una técnica más de *marketing*. En última instancia, utilizar el nombre de Fundación sin serlo constituiría un verdadero fraude. Lo anterior suma una razón extra y específica de las fundaciones para justificar una

---

(15) «Temas polémicos del Título I de la Ley y soluciones posibles», en *Las fundaciones. Su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 1995, pág. 106.

(16) No hay persona jurídica del tipo «fundación» sin inscripción y, además, al contrario de lo que ocurre con las sociedades, no hay «fundación» que no sea persona jurídica.

(17) PIÑAR MAÑAS apunta como antecedente de esta norma, el artículo 20 de la Ley francesa de 20 de julio de 1987, sobre el desarrollo del mecenazgo (*Comentarios a la Ley de fundaciones ...*, cit., pág. 31).

norma que, incluso sin aquélla, tendría sentido referida a cualquier tipo de persona moral.

La Ley española no determina, sin embargo, la sanción que debería recaer sobre quienes realizasen un uso indebido del calificativo de «Fundación». Se ha apuntado que podría incurrirse, en su caso, en el delito de falsedad en documento público o privado (18). Sin embargo, el nuevo Código Penal (19) no considera delito la falsedad ideal cometida por particulares. Pienso que, igualmente, podría incurrirse en el tipo de la estafa si, mediante la utilización del calificativo de fundación, se hubiera logrado, dolosamente, un desplazamiento patrimonial a costa de un sujeto que lo efectuaba creyendo que lo hacía, y precisamente por ello, en favor de una fundación (piénsese en posibles donaciones a supuestas «fundaciones»). En el plano civil, podría acudir-se, concurriendo los presupuestos, a las vías ordinarias de la responsabilidad contractual o extracontractual.

c) EL PRINCIPIO DE LIBERTAD RELATIVA EN LA ELECCION DEL NOMBRE. EN ESPECIAL, LA PROHIBICIÓN DE IDENTIDAD O SEMEJANZA CON EL DE OTRA FUNDACION PREEXISTENTE

En nuestro Derecho rige el principio de libertad en la elección del nombre de la fundación, característico de las personas jurídicas, al menos de las que tienen carácter jurídico-privado, al contrario de lo que ocurre con las personas físicas.

En general, en la actualidad, caben tanto denominaciones subjetivas como objetivas, aunque en la práctica predominan las primeras (20). En el caso de denominaciones subjetivas, entiendo que no podrá incluirse total o parcialmente el nombre o pseudónimo de una persona sin su consentimiento (aplic. analógica del artículo 401,1 RRM y artículo 2 y concordantes LO de 5 de mayo de 1982, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen) (21).

---

(18) PIÑAR MAÑAS, *Ob. cit.*, pág. 32. El mismo autor recuerda que en la legislación francesa (Ley de 23 de julio de 1987) se establecen expresamente sanciones pecuniarias determinadas por el uso indebido del término «fundación».

(19) Cfr. artículo 392, en relación con el 390.

(20) Decía VALERO AGUNDEZ que, en la práctica, las fundaciones suelen llevar el «nombre de sus fundadores, siendo menos frecuentes los casos en los que la denominación se forma por referencia a la actividad desarrollada o con elementos que nada expresan de lo uno ni de lo otro. Las pocas fundaciones laborales aún existentes llevan frecuentemente el nombre de la empresa fundadora o promotora de las mismas» (*Ob. cit.*, págs. 309-310).

(21) MARINA GARCÍA-TUÑÓN, «Denominación y domicilio social», en *Derecho de Sociedades Anónimas, I. La Fundación*, Coord. por ALONSO UREBA y otros, Civitas, Madrid, 1991, pág. 219), refiriéndose a las sociedades mercantiles, escribe: «parece lógico presu-

La denominación objetiva podría hacer referencia a uno o varios de los fines o actividades de la fundación, o ser de fantasía (ap. analógica del artículo 402.1 RRM, y en virtud del principio de libertad de elección). Cabría discutir si, al igual que ocurre con las Sociedades mercantiles (art. 402.2 RRM), quedan excluidas aquéllas denominaciones objetivas que guarden relación con fines o actividades que no sean las propias de la fundación. La cuestión entra de lleno en el ámbito de la prohibición de seleccionar denominaciones que induzcan a error sobre la persona que las utiliza. A este tema me referiré a continuación.

La vigente legislación sobre fundaciones laborales establece que el nombre podrá hacer referencia a su fundador, a las finalidades a que se dedique, a la Empresa o a cualquier otra circunstancia que la tipifique (O. 25-I-1962, artículo 22).

Sin embargo, se trata de una libertad relativa, en cuanto sometida a unos límites que derivan de las funciones que dicha denominación cumple. La Ley de Fundaciones expresa dichos límites cuando se refiere, por una parte, a la necesidad de incluir, como elemento de la denominación, el término «Fundación», extremo del que ya se ha tratado; y, por otra, a la prohibición de coincidencia o semejanza con la denominación de otra Fundación previamente inscrita en el Registro de Fundaciones.

A éstos debe sumarse el consistente en no utilizar términos o expresiones que resulten contrarios a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres (cfr. artículo 404 RRM, por analogía y artículo 1.255 CC). El concepto de orden público amparará respecto a las fundaciones la prohibición de denominaciones que induzcan a error sobre la clase o naturaleza de la entidad (art. 402.2 RRM). En concreto, deben quedar excluidas aquéllas que guarden relación con fines o actividades que no sean las propias de la fundación, lo que podría generar el tipo de confusión que se trata de evitar (22). Estimo

---

mir que dicho consentimiento habrá de constar formalmente en la escritura de constitución de la sociedad o en la modificación de estatutos, si bien nada impedirá, al menos teóricamente, que el mismo se otorgue en otro documento público, pensando siempre en una mayor protección de los intereses de terceros».

Lo cierto es, en mi opinión, que al solicitarse la inscripción deberá poder acreditarse la autorización del tercero. En otro caso, el encargado del Registro deberá denegar la inscripción.

(22) La necesidad de que el nombre no cree este tipo de confusión o dé una falsa impresión de la persona jurídica, ha sido sentida en los diferentes ordenamientos extranjeros. SIMONART, *La personnalité morale en Droit privé comparé*, Bruylant, Bruselas, 1995, pág. 134, nota 23. Curiosamente esta autora pone como ejemplo la utilización en la denominación del término «*banque*», caso representativo en España. MARINA GARCÍA-TUÑÓN, y refiriéndose a las sociedades, trae a colación el artículo 367.2 RRM, según el cual, la denominación no puede hacer referencia a actividades que no estén incluidas en el objeto social. La referencia banco o banquero (como la de agencia de viajes, casino de juego, etc.) ha sido objeto de una regulación especial: Ley de Ordenación bancaria de

igualmente aplicable, por analogía, la prohibición de denominaciones oficiales a que se refiere el artículo 405 RRM (ver RD 77 asociaciones). Lo que guarda relación con la restricción anterior, por su identidad de fundamento.

Especial consideración merece la prohibición de identidad o semejanza con el nombre de fundaciones preexistentes. La Ley dice literalmente que la denominación no podrá coincidir o asemejarse de manera que pueda crear confusión, con ninguna otra previamente inscrita en el Registro de Fundaciones (23).

Es inevitable subrayar el paralelismo del artículo 9.1.a) LF con sus homólogos en el Derecho societario. En concreto, el artículo 2.2 TRLSA (24) (Real Decreto Legislativo de 22 de diciembre de 1989); artículo 2.1 L. 2/1995, de 23 de marzo, de SRL; así como las normas concordantes del Reglamento del Registro Mercantil; o el artículo 4.2 LGC (25) (Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas). En el mismo sentido discurre la Ley de Asociacio-

1946. La RDGRN 12-1-84 extendió la aplicación de la ley a «bank»: «aparece frecuentemente en las abreviaturas o contracciones utilizadas por Bancos españoles, lo que podría dar lugar a evidentes confusiones...» (Ob. cit., pág. 215). Objeto de regulación especial ha sido también el uso de determinadas expresiones (Agencias de Viajes, Cooperativas, etc.) que quedan reservadas a las personas jurídicas que cumplan determinados requisitos (véase PELLISE PRAT, Ob.cit., págs. 704-705).

Entiendo que el mismo límite es aplicable a las fundaciones, con base en las exigencias del orden público.

(23) VALERO defendía bajo la legislación anterior, la conveniencia de establecer la prohibición de elegir denominaciones usadas ya por otra fundación anterior (Ob. cit., pág. 311).

En cuanto a las fundaciones laborales, hay que atender al artículo 25 de la Orden de 25 de enero de 1962.

La Ley vasca de fundaciones destaca por la regulación pormenorizada de este requisito, inspirada claramente en el RRM. Señala en su artículo 32: «1. A tenor de lo dispuesto en el artículo 7.1 a) de la Ley, las Fundaciones no podrán adoptar una denominación coincidente con la de otra previamente inscrita en el Registro.

2. Las denominaciones se considerarán coincidentes en los siguientes supuestos:

a) Cuando utilicen las mismas palabras en distinto orden, género o número.

b) Cuando utilicen las mismas palabras con la adición o supresión de términos o expresiones genéricas o accesorias, o de artículos, adverbios, preposiciones, conjunciones, acentos, guiones, signos de puntuación y otras partículas similares.

c) Cuando exista identidad de expresión fonética.

3. No obstante podrá admitirse la denominación coincidente cuando se presente certificación acreditativa, expedida por el órgano competente, de que la Fundación afectada por la nueva denominación autoriza el uso de la misma a la entidad que pretende su inscripción.

4. En los casos de fusión por absorción o creación de una Fundación nueva, también se aceptará la denominación coincidente, con la de la entidad absorbida o extinguida, como resultado de aquélla.»

(24) Según éste, «No se podrá adoptar una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistentes».

(25) «Ninguna Sociedad Cooperativa podrá adoptar denominación idéntica a la de otra ya preexistente. La inclusión en la denominación de referencia a la clase de Cooperativas no será suficiente para determinar que no existe identidad en la denominación».

nes (26). Se trata de preceptos anteriores en el tiempo a la Ley de Fundaciones y que, con seguridad, han influido en ésta. En realidad, el tema debería inscribirse en el seno la teoría general de la persona (27). Por si esto fuera poco, puede hablarse de un verdadero metabolismo asociativo de la vigente Ley de Fundaciones, hasta el punto de que en no pocas ocasiones llega a desvirtuarse la estructura tradicional de las fundaciones (28). Todo ello justifica los abundantes apuntes de Derecho societario que siguen.

La regla de la prohibición de identidad entre denominaciones ha sufrido una evolución significativa en la doctrina, jurisprudencia y legislación societaria. Es difícil comprender el verdadero alcance del artículo 9.1, a) LF, sin hacer referencia a esta evolución, cuya complejidad se acentúa por incurrir en importantes contradicciones sustantivas y formales.

La LSA de 1951 señalaba en su artículo 2: «*No se podrá adoptar una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente*». Buscando una flexibilización de la exigencia estricta de identidad e influida la Comisión de Codificación por la doctrina previamente sentada por la DGRN, a la que luego haré referencia, el Anteproyecto de LSA de 1987 intentó sustituir la expresión «denominación idéntica» por la de «denominación sustancialmente idéntica». La idea no prosperó (29), de modo que el artículo 2 TRLSA, mantiene los términos del antiguo precepto, aunque añade que «*reglamentariamente podrán establecerse ulteriores requisitos para la composición de la denominación social*». Se debió ello al triunfo de la enmienda número 180, presentada por el CDS. GARRIDO CERDÁ (30) califica de impecable su motiva-

(26) En este mismo sentido, discurre la Ley de Asociaciones, de 24 de diciembre de 1964. Establece que en los Estatutos deberá constar necesariamente la denominación de la asociación. Y añade que ésta no podrá ser idéntica a la de otras asociaciones ya registradas, ni tan semejante que pueda inducir a confusiones. Deberá hacer referencia al contenido de sus fines estatutarios.

El tema de la denominación de las asociaciones ha sido desarrollado por el R.D. de 1 de abril de 1977.

(27) No alcanzo a entender alguna afirmación, como la de VILASECA («Una Ley de fundaciones privadas», *RJC*, 1983, pág. 592), cuando realiza el siguiente y criticable juicio: «He estado pensando si convendría exigir, como se hace en las sociedades mercantiles y en las asociaciones, que la denominación fuese distinta de cualquier otra fundación existente, pero me ha parecido una complicación innecesaria, ya que la razón de esa previsión no tiene el mismo alcance en una fundación que en una sociedad mercantil. Por otra parte, así se puede suprimir un trámite burocrático más».

(28) A modo de ejemplo podemos subrayar cómo el Registro de Fundaciones se organiza a semejanza del Registro Mercantil, en concreto en lo referente al tema de la eficacia registral; o los muchos aspectos heredados de la Ley de Sociedades Anónimas, de los que el tema de la denominación es sólo un ejemplo; o el hecho de que se organice, lo que en la concepción originaria de las fundaciones son meras «actividades», como verdaderos órganos (así, el Protectorado).

(29) La expresión «sustancialmente idénticas» desapareció en el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso, *BOCG* de 13-IV-89, Congreso.

ción, que propugnaba dejar para los Tribunales y el Registro de la Propiedad Industrial la defensa de los intereses relativos a la competencia mercantil y a la propiedad industrial. El nacimiento e inscripción de una sociedad en el Registro Mercantil debía ser independiente de la tutela de dichos intereses, sin perjuicio de que por la vía adecuada ésta pudiera llevar, si así lo estimaban los Tribunales, a la modificación de la denominación social. Para entender estos argumentos hay que tener en cuenta que en la flexibilización de la prohibición estricta de identidad subyace muchas veces el deseo de tutelar intereses competenciales o patrimoniales a través de la regulación de las señas de identidad de la persona jurídica, en concreto, del nombre. Se trata de evitar que con la elección de determinada denominación se vulneren los derechos de propiedad que ostenta otra persona sobre signos distintivos semejantes a aquélla. El Derecho societario, así, no sólo estaría regulando la función identificadora del nombre, sino que tutelaría también los derechos de propiedad industrial sobre los signos distintivos y la leal competencia.

La Ley de Sociedades Anónimas, con su opción definitiva —señala VICENT CHULIÁ (31)—, se aparta de formulaciones «más ambiciosas», como las de «idéntica o semejante», del RD regulador de las SAT, o «idéntica o que pueda confundirse», de la Ley de cooperativas valenciana (32), presentes también en otras legislaciones extranjeras. Podríamos añadir a las apuntadas por este autor, la expresión de la Ley de Asociaciones, que impide tanto la «identidad», como aquélla «semejanza que pueda inducir a confusiones».

Esta última sería la dirección seguida por la Ley de Fundaciones. Pero, debemos plantearnos si es la opción más conveniente, o la más correcta desde un punto de vista técnico-jurídico. La cuestión no es baladí. La labor de calificación o el juicio previo a la inscripción de la fundación en el Registro, dando por buena o no la denominación elegida, se ve afectada.

---

(30) «La denominación social», AAMN, t. XXX, vol. 1, EDERSA, Madrid, 1991, pág. 624.

(31) *Compendio...*, cit., pág. 401.

(32) La Ley de cooperativas valenciana, tras las modificaciones introducidas en la misma por Ley 3/1995, de 2 de marzo, ha sufrido un cambio significativo en este tema. En efecto, frente a la dicción anterior —a la que se refiere la cita de VICENT CHULIÁ—, el vigente artículo 5, apartado 3, establece que «no se podrá utilizar una denominación idéntica con la de otra cooperativa preexistente, tanto si está sometida a esta Ley, como a la legislación estatal». Como señala el preámbulo de la Ley de reforma, el mencionado precepto limita la calificación del Registro de Cooperativas a determinar si la denominación de la cooperativa es «idéntica» a la de otra cooperativa preexistente y adopta la solución técnica presente en el Derecho de sociedades mercantiles. Resulta interesante, igualmente, el último inciso de la norma, que obliga a atender a las denominaciones de cooperativas sometidas tanto a esta Ley autonómica, como a la estatal. Con ello se precisa algo más el concepto respecto a la regulación de la Ley de Fundaciones. Pero obsérvese que no se hace referencia a cooperativas sometidas a otras legislaciones autonómicas, ni a otro tipo de personas jurídicas.

Para formular una conclusión es necesario, con carácter previo, interpretar correctamente el sentido de la expresión «*asemejarse de manera que pueda crear confusión*». De nuevo conviene no dejar la pista del Derecho societario.

El rigor del requisito de la identidad en la LSA de 1951, fue atenuado por la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual elaboró su doctrina en una etapa cronológica que discurre entre la LSA del 51 y el TRLSA vigente. Esta sería en gran medida asumida por el RRM, incluso violentando, en opinión de muchos, la letra y el espíritu de la LSA.

En primer lugar, la Dirección entendió que no debían inscribirse denominaciones «sustancialmente idénticas», estableciendo una serie de criterios para determinar cuándo ocurría esto (33), con lo que se flexibilizaba la exigencia estricta de falta de identidad.

Posteriormente, la idea anterior se conjugó con un nuevo criterio: el Registrador, para la calificación previa a la inscripción de la denominación, debía atender no sólo a la certificación del Registro Mercantil, sino también a la existencia en el tráfico de denominaciones notorias sustancialmente idénticas.

Se trata de una serie de resoluciones (RR. 11, 15, 16, 17, 18, 19 y 20-X-84) que resolvían casos idénticos: Se solicitaba la inscripción de varias SS.AA. cuyo nombre coincidía con el de sendos clubes de fútbol, todos ellos asociaciones deportivas notoriamente conocidas. La inscripción fue denegada sobre la base de la tutela que merece el tercero que puede verse inducido a confusión acerca de la «identidad» de la persona jurídica con que se contrata, y en el derecho al nombre (a la protección de su propia personalidad) «que asiste a toda persona jurídica ... y que debe ser protegido por el Registrador, aunque no aparezca en la certificación, siempre que sea un hecho notorio ... el Registrador no debe limitarse a aplicar el artículo 2 LSA, sino todo el ordenamiento legal y en especial los artículos 57 CCom (buena fe) y 7 CC. (impedir el abuso del derecho)». La DGRN entendía que «la certificación negativa del Registro es sólo un elemento más a tener en cuenta en el juicio que ha de verificar el Registrador, pues aparte de las normas de desarrollo de aquélla ... habrá de apreciar si existe un obstáculo que impida pueda aceptarse la denominación elegida» (34).

---

(33) Estos criterios serían recogidos después por la Instrucción de 16 de septiembre de 1987 y ha acabado por heredarlos, con algunas variaciones, el Reglamento del Registro Mercantil.

(34) En realidad, para denegar la inscripción, el Registrador había utilizado un cúmulo de argumentos muy diversos, algunos de los cuales recogería la DGRN. En la nota registral calificadoras se decía: «Ser idéntico el nombre adoptado por las mismas al de entidades deportivas notoriamente conocidas y reguladas por la Ley de 31 de marzo de

Obsérvese que el fundamento de la interpretación extensiva del requisito de la identidad, que la Ley de Sociedades Anónimas refiere a identidad con las denominaciones de otras sociedades preexistentes, se sitúa, por un lado, en la necesidad de evitar que se genere una apariencia que pueda provocar confusión en terceros que entren en relación, en sentido amplio, con el sujeto; y, por otra, en la tutela del derecho al nombre que asiste a toda persona. Con esta base, se incide en un doble plano:

a) Qué debe enjuiciar el Registrador: la sustancial identidad.

b) A qué datos debe atender o en qué datos debe basar su juicio: no sólo a los que consten en el Registro, sino también a los que sean notorios en el tráfico.

Algún problema plantea la interpretación del término «notoriedad», que posteriormente recogerá el Reglamento del Registro Mercantil. GARRIDO CERDÁ entiende que se da siempre que el Notario o el Registrador que deban autorizar la escritura o practicar la inscripción, respectivamente, conozcan de modo directo la coincidencia de denominaciones, sea ésta o no del dominio público, y, por supuesto, siempre que lo sea. (35) Por su parte, PARICIO SERRANO interpreta la notoriedad como conocimiento por terceros o por el público en general, de que esa denominación identifica en el tráfico a determinado ente, sin que se halle inscrita en el Registro Mercantil. La ausencia de inscripción la refiere única y exclusivamente a la inscripción en el Registro Mercan-

---

1980 y del Decreto de 16 de enero de 1981, lo que puede inducir a error a los terceros en orden a la identidad de la persona jurídica con quien contratar, con infracción de la buena fe que debe presidir las relaciones mercantiles, según el artículo 37 (se refiere al 57) del Código de Comercio; sin que el hecho de acompañarse certificación negativa del Registro General de Sociedades desvirtúe lo expuesto, dado que si se solicitasen certificaciones como por ejemplo las de «Cruz Roja Española, S.A.», o «Fundación Juan March, S.A.», evidentemente las certificaciones también serían negativas y no parece posible inscribir sociedades mercantiles con denominaciones idénticas a las de otras personas jurídicas no mercantiles que ya la ostentan jurídicamente por sus inscripciones correspondientes».

Tras interponerse los correpondientes recursos gubernativos, el Registrador mantuvo su calificación, añadiendo a los argumentos anteriores, los de una posible competencia ilícita, el atentado contra el orden público (art. 1.255 CC) o la necesidad de impedir la persistencia del abuso del derecho (art. 7.2 CC) mediante la medida administrativa consistente en la no inscripción.

PELLISÉ PRATS («La denominación de las Sociedades Anónimas o de Responsabilidad Limitada y su Tratamiento Registral», *RJC*, LXXXIV, 1985, pags. 697 y ss.) se muestra enormemente crítico con esta doctrina.

(35) Ob. cit., pág. 633: «la calificación negativa debe aplicarse siempre que al Notario o Registrador le conste la existencia de la denominación anterior, ya sea por notoriedad, ya sea por conocimiento directo, pues éste implicará siempre «notoriedad» para el conocedor, aunque no la haya para otras personas».

til y no a la inscripción en otros registros públicos, pues parece más bien lo normal que se dé esta última (36).

La filosofía que subyace en dicha flexibilización se halla, en gran parte, en la tutela de la propiedad industrial e intereses conexos a ella. No se trata sólo de que el sujeto quede perfectamente identificado, sino de que no se pueda aprovechar torticeramente del prestigio ligado a signos distintivos ajenos, con los que su nombre guarde semejanza (37). Nadie puede dudar de la justicia de tal pretensión. Lo que habrá que resolver es si la vía utilizada (la del Derecho de sociedades, a través de la prohibición de denominaciones idénticas) es la adecuada o si se está interfiriendo indebidamente en el terreno de los signos distintivos, que tiene sus propios cauces de tutela. Muchos autores entienden que esta doctrina contraría la LSA, que prohíbe únicamente la identidad y se basa en la necesidad de que el sujeto quede perfectamente identificado en el tráfico.

El siguiente hito importante en el proceso que describimos lo constituye la amplia regulación de la denominación social que contiene el Reglamento del Registro Mercantil. A la misma se dedican hoy los artículos 395 y ss., bajo la rúbrica «*De la Sección de denominaciones de sociedades y entidades inscritas*». La doctrina de la DGRN ha sido en parte recogida en el RRM, que desarrolla el concepto de identidad, para extenderlo a supuestos que son más bien de semejanza, aunque de tal calibre que puede dar lugar a confusión (art. 408 [38]). Recoge además aquél criterio según el cual, deben tenerse en cuen-

(36) Ob. cit., págs. 1796-2797: «El término notoriedad debe ser «entendido en sentido estricto, y por tanto el Notario no podrá autorizar la constitución de una sociedad o el Registrador no podrá inscribir la sociedad constituida tan sólo cuando la denominación adoptada coincida con un nombre o denominación de la que es titular otra persona de hecho conocida y que no haya tenido acceso al Registro Mercantil». Señala, que si se partiera de la tesis de GARRIDO CERDÁ, en el caso de que se diera el conocimiento directo por el Notario o Registrador, pero no por el público en general, bastaría para resolver el problema, con acudir a otro Notario o a otro Registrador (Ob. cit., pág. 2797).

(37) Una prueba de que esto es así, la encontramos en el RRM, cuando excepciona la prohibición de la semejanza en el caso de que el afectado dé su autorización: esto solo tiene sentido si lo que ocurre, en el fondo, es que este sujeto renuncia a ciertos derechos que derivan de su «propiedad industrial». Volveremos sobre el requisito de la autorización.

(38) Art. 408 RRM: «Concepto de identidad.—1. Se entiende que existe identidad no sólo en caso de coincidencia total y absoluta entre denominaciones, sino también cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

1.<sup>a</sup> La utilización de las mismas palabras en diferente orden, género o número.

2.<sup>a</sup> La utilización de las mismas palabras con la adición o supresión de términos o expresiones genéricas o accesorias, o de artículos, adverbios, preposiciones, conjunciones, acentos, guiones, signos de puntuación u otras partículas similares, *de escasa significación*.

3.<sup>a</sup> La utilización de palabras distintas que tengan la misma expresión *o notoria semejanza fonética*.

ta, no sólo las denominaciones inscritas en el Registro Mercantil, sino también las denominaciones notorias de personas jurídicas no mercantiles (art. 407). Como ha puesto de relieve un sector de la doctrina, el RRM llega a desnaturalizar el sentido de la LSA en lo referente a la prohibición de identidad. El problema tiene su origen en la remisión del artículo 2,3 TRLSA al desarrollo reglamentario acerca de la «composición» de la denominación social. Con base en esta remisión, y superando los límites de lo que es propiamente la «composición» de la denominación, el RRM parece redefinir el concepto o el principio de identidad violentando el espíritu de la LSA y por influencia, básicamente de la doctrina sentada por la DGRN en la materia. En este sentido crítico pueden verse, entre otros GARRIDO CERDÁ (39) y PARICIO SERRANO (40). En cualquier caso, el alcance de la disfunción —es necesario no olvidarlo— debe venir condicionado por el rango reglamentario de aquella norma.

Por su parte, la Ley de Fundaciones habla de una denominación «que no podrá *coincidir o asemejarse de manera que pueda crear confusión*, con ninguna otra previamente inscrita en el *Registro de Fundaciones*».

Como he dicho, el nombre cumple una función identificadora de la persona, física o jurídica, además de ser atributo esencial de la personalidad. El nombre, que puede consistir en un término genérico (lo que no ocurre con las marcas), sin embargo, determina perfectamente al sujeto: Individualiza a la

2. Los criterios establecidos *en las reglas 1.ª, 2.ª y 3.ª* del apartado anterior no serán de aplicación cuando la solicitud de certificación se realice a instancia o con autorización de la sociedad afectada por la nueva denominación que pretende utilizarse.

En la certificación expedida por el Registrador Mercantil Central se consignará la oportuna referencia a la autorización. La autorización habrá de testimoniarse en la escritura o acompañarse a la misma para su inscripción en el Registro Mercantil.

3. Para determinar si existe o no identidad entre dos denominaciones se prescindirá de las indicaciones relativas a la forma social o de aquellas otras cuya utilización venga exigida por la Ley.»

En negrita aparecen los cambios introducidos por el R.D. 1784/1996, de 19 de julio.

(39) GARRIDO CERDÁ, Ob. cit., pág. 612, nota 4: «...no parece muy ortodoxo desde el punto de vista del rango de normas que el artículo 2.3 del RD-L de 22 de diciembre, al igual que la Ley de julio, delegue en favor del Reglamento una materia que va a contradecir la escueta y terminante disposición del punto 2 de dicho precepto».

(40) «La denominación social y el nombre comercial. Reflexiones en torno al concepto y a su relación desde la perspectiva de la competencia desleal», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al prof. BROSETA PONT*, t. III, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 2791: «El Reglamento del Registro Mercantil, al establecer una serie de excepciones a la regla general —prohibición de adoptar una denominación idéntica a otra preexistente— lo que de facto ha hecho ha sido desnaturalizar dicha regla general. Para conseguir este fin se ha servido de una norma de remisión (art. 2.3 TRLSA). El resultado ha sido que el criterio sancionado por la Ley ha quedado sustituido por el criterio sancionado por el Reglamento, el espíritu de la ley, a la que se dice desarrollar, queda vulnerado y, además, con el agravante de llevarse a cabo por una norma de rango inferior».

persona en el tráfico jurídico, y para ello es necesario que la distinga de los otros sujetos. En este sentido, no debe provocar confusión.

Para ilustrar de modo sencillo la cuestión, permítaseme utilizar un ejemplo extraído de la práctica. En Valencia tenía su domicilio una sociedad dedicada al almacenamiento de joyería. Un buen día comenzaron a recibirse en el domicilio social una serie de reclamaciones de cantidad por mercancía supuestamente suministrada a dicha entidad por otra compañía, que todavía no había visto satisfecho su precio.

Tras una serie de indagaciones se descubrió que la deudora era una sociedad de responsabilidad limitada con el mismo nombre que la valenciana, aunque domiciliada en Córdoba, y ya disuelta. No importa en este momento indagar cómo pudieron acceder al Registro dos sociedades con el mismo nombre (lo que se explicaría si la valenciana hubiera sido inscrita posteriormente a la disolución de la otra), ya que lo que queremos ilustrar es la función identificadora de la denominación de la persona moral, lo que exige evitar coincidencias entre denominaciones de distintos sujetos. El caso pone de relieve, igualmente, que esta función no sólo satisface el interés privado de la persona y el de aquéllas con cuyo nombre se confunda el de ésta, sino el de los terceros (en este caso, los acreedores), además del interés general de la comunidad en el correcto funcionamiento del tráfico jurídico.

No hay que mezclar esta cuestión con la confusión lesiva de derechos de propiedad industrial o atentatoria contra las leyes de la competencia. (41) Así lo ha reconocido en diversas ocasiones la jurisprudencia (aunque pueden encontrarse, igualmente, sentencias en las que se entremezclan ambos temas, pues el TS no mantiene en esta materia una opinión constante ni clara). Es interesante en este sentido, la S. 31-V-79. Se plantea en ella «la distinta función de los dos Registros, ya que mientras el Registro Mercantil sirve, en general, al objeto de identificar al comerciante —individual o social—, y como efecto reflejo, a la contratación mercantil..., el Registro de la Propiedad

---

(41) En el sentido de deslindar la denominación social del nombre comercial y las marcas, resultan de interés las RRDGRN 2-IX-82 y 16-IX-58 (citadas por PELLISÉ PRATS (Ob. cit., págs. 143-144, nota 37). Con referencia al artículo 2 LSA, señala la primera: «son distintas la denominación social de una parte y el nombre comercial y marca de fábrica de otra, y se rigen por normas diferentes, y por eso normalmente no debe constituir obstáculo para la inscripción de aquéllas en el Registro Mercantil una pretendida contradicción entre ambos tipos de normas». La resolución del 58, afirma: «el artículo 2 de la Ley de 17 de julio de 1951 establece ... el sistema de libertad de elección de nombre social, sin más limitaciones que la de figurar necesariamente en él la indicación de «Sociedad Anónima» y la de no poderse adoptar nombre igual al de otra sociedad preexistente, y por tanto, nunca debe constituir obstáculo para la inscripción en el Registro Mercantil una pretendida contradicción con alguna de las normas sobre marcas y nombre comercial».

Industrial atiende a la finalidad de reconocer y proteger esta especial forma de propiedad en sus distintas modalidades». GARRIDO CERDÁ (42), que cita la sentencia anterior, abunda en la idea: el Registro de la Propiedad Industrial es un registro de bienes (en concreto, a él acude el nombre comercial como «objeto de derecho», que puede ser transmitido con el negocio —artículo 79 LM.—), similar al Registro de la Propiedad mientras que el Registro Mercantil es fundamentalmente un registro de personas, identificadas por su nombre civil o denominación social.

Lo mismo debe defenderse con referencia al Registro de Fundaciones. Una cosa es la identificación de la persona como tal, misión del Derecho societario y del Derecho de fundaciones o de asociaciones (y de los Registros Mercantil, de Fundaciones, de Asociaciones), y otra distinta la tutela de derechos de propiedad industrial o de intereses comerciales o relacionados con el Mercado (donde tendría relevancia el Registro de Propiedad Industrial, hoy Oficina española de patentes y marcas). Se trata de dos planos distintos: el uno, personal; el otro, patrimonial.

Desde este punto de vista, ¿resulta más conveniente prohibir tan sólo denominaciones «idénticas» o debe darse entrada a fórmulas más amplias y flexibles, como la de la LF?

El tema fue incluso debatido en el Parlamento, cuando se discutía el Proyecto de Ley de fundaciones. El Grupo Popular presentó en el Congreso, entre otras, la enmienda núm. 263, por la cual proponía suprimir del artículo 9.1, a) el inciso «... o asemejarse de manera que pueda crear confusión...», quedando redactado el precepto así: «a) la denominación de la entidad, en la que deberá figurar la palabra fundación, que no podrá coincidir con ninguna otra previamente inscrita en el Registro de Fundaciones». Se aducían razones de seguridad jurídica y de evitación de interpretaciones arbitrarias. La enmienda, sin embargo, no prosperó.

Ya hemos visto la reacción que provocó la prohibición de identidad en la legislación societaria. Y las críticas que ha merecido la solución arbitrada por la DGRN y la jurisprudencia del TS y parcialmente recogida en el RRM.

La LF habla de «coincidir», lo que equivale a una identidad estricta, y de «asemejarse de manera que pueda crear confusión». ¿A qué tipo de confusión se refiere? Entiendo que la interpretación correcta debe traducir esta confusión como la potencialidad de la semejanza para generar dudas acerca de la identidad, es decir, que puedan entorpecer la identificación del sujeto por quien se relacione con él. Quedaría fuera sin embargo, aquella confusión que pueda lesionar, o en cuanto lo haga, los derechos de propiedad industrial o la leal competencia, lesiones que tienen sus propios cauces de prevención y

---

(42) Ob.cit., pág. 616.

represión. (43) La reparación o inhibición de estos daños se ha de conseguir por otras vías: las correspondientes a la defensa de la propiedad industrial y de la leal competencia.

A estos mismos criterios hay que acudir al interpretar el artículo 14.1 del Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal, cuando señala, al tratar de la solicitud de certificaciones negativas relativas a que una determinada denominación está o no inscrita en el Registro de Fundaciones, que «Las certificaciones negativas habrán de incluir, en su caso, las denominaciones inscritas que, *por su semejanza con la denominación de la que se solicita información, pueda crear confusión entre unas y otras*». El precepto reglamentario responde a la norma del artículo 9,1,a) LF.

En el mismo sentido parece desenvolverse el artículo 406 RRM, al señalar que «*No podrá incluirse en la denominación término o expresión alguna que induzca a error o confusión en el tráfico mercantil sobre la propia identidad de la sociedad o entidad, y sobre la clase o naturaleza de éstas*». El precepto ha mejorado la redacción del antiguo artículo 371 RRM, según el cual no podía «*incluirse en la denominación término o expresión alguna que induzca a error sobre la clase o naturaleza de la sociedad o de la entidad a que se refiera*». Hacía pues referencia al error acerca de la clase o naturaleza de la entidad (lo que apunta de modo principal al régimen de responsabilidad patrimonial). Hoy, junto a ello, se habla del error acerca de la propia *identidad* del ente. De lo que se trata en suma, es de que la entidad quede perfectamente individualizada en el tráfico jurídico. Así como otros preceptos del RRM son criticables, por cuanto parecen situar el fundamento de la prohibición de identidad en la protección de derechos de propiedad industrial y en la defensa de la leal competencia (así, el 408.2, sobre el que luego volveremos), el artículo 406 refleja con exactitud la función principal, identificativa, que cumple la denominación de las personas jurídicas, y en la que se deben cifrar las limitaciones que normas como ésta impongan al principio de libre elección del nombre. La tutela de los derechos de propiedad industrial y de la leal competencia es misión de otras normas. En todo caso, ambos planos deben quedar perfectamente deslindados, si no queremos caer en soluciones viciosas. Muchos han sido los autores que han criticado el criterio de la «confundibilidad» sustentado por el RRM, por constituir una vulneración del principio de «identidad» de la LSA, sobre todo si se relaciona la «confusión» con

---

(43) Lo mismo cabe decir de la Ley de Asociaciones. Esta Ley prohíbe las denominaciones idénticas con las de otras sociedades ya registradas, y las que sean tan semejantes que puedan inducir a confusiones. Desde mi punto de vista, dicha confusión debe interpretarse en el mismo sentido apuntado para la Ley de Fundaciones. El fundamento de la prohibición en ambas leyes es el mismo: evitar problemas de identificación del sujeto en el tráfico jurídico, como centro de imputación de derechos y obligaciones y, en consecuencia, de responsabilidades.

la tutela de la propiedad industrial y la leal competencia. Y, en efecto, es criticable si se parte de esta idea que, a la vista de los antecedentes, podemos entender que estuvo en la mente del reglamentador. Creo que el único modo de resolver la discordancia, interpretando los preceptos reglamentarios de acuerdo con la filosofía de la Ley que desarrollan es entender la confusión a reprimir por el Derecho societario y el Registro Mercantil en el sentido expuesto, como confusión que impida la identificación del sujeto como tal.

En no pocas ocasiones, determinada semejanza tendrá consecuencias en ambos planos: el de la identificación en sentido estricto y el de la vulneración de la propiedad industrial o las normas de competencia. Podrá entonces actuarse por diferentes vías, pues no son incompatibles. En uno y otro caso se trata de prevenir distintos efectos derivados de la identidad o semejanza de denominaciones. El tema merece ser desarrollado en un epígrafe específico.

*c.1)* CONFLUENCIA DEL RÉGIMEN DE LA DENOMINACIÓN DE LA FUNDACIÓN  
CON LA LEY DE MARCAS Y LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL:  
DENOMINACIÓN Y SIGNOS DISTINTIVOS

En contra de lo que venimos defendiendo, suele afirmarse que la jurisprudencia ha consolidado una línea según la cual debería modificarse la denominación social que pudiera confundirse con un signo distintivo preexistente. Se incluye así dentro del régimen de la denominación social la función tuitiva de la propiedad industrial y de la leal competencia (44).

Entre todas las sentencias que consagran esta doctrina (45), se cita como máximo exponente la del «Caso Domestos» (STS 16-VII-85). La sociedad «Lever Ibérica, S.A.» era titular de las marcas registradas «Domestos» para la distribución de jabones y detergentes. Demandó a la sociedad «Domestos S.A.», constituida con posterioridad al registro de aquellas marcas y cuyo objeto social consistía en vender jabones y detergentes. La demandante solicitaba que se condenara a «Domestos, S.A.» a modificar su denominación social. En ambas instancias se desestimó la pretensión, basándose en el principio de libre elección de la denominación social, con el único límite de la colisión con una denominación idéntica correspondiente a una sociedad preexistente. El TS casó la sentencia y estimó la pretensión de la recurrente,

---

(44) Puede encontrarse un resumen de las sentencias que han ido conformando esta dirección jurisprudencial, en AREAN LALIN, «La protección de una marca registrada frente a una denominación social confundible», *ADI*, núm. 12, 1987-1988, págs. 207 y ss., que se muestra conforme con la posición del Supremo.

(45) SSTs 27-XII-54 (Caso «Laboratorios OM, SA»); 11-III-77 (Caso «Finresa»); 7-VII-80 (Caso «Kemen»); 16-VV-85 (Caso «Domestos»); 26-VI-95 (Caso «Avianca»); y 4-VII-95 (Caso «Arevalillo»).

calificando de rigorista la decisión de instancia. Sus argumentos podrían resumirse del modo siguiente:

1) Deben coordinarse las dos normativas en juego —Ley de Sociedades Anónimas y legislación sobre Propiedad industrial— en cuanto tienden ambas a evitar el riesgo de error o confusión que, tanto entre las personas jurídicas como entre sus actividades y productos puedan producirse, por la denominación coincidente entre una marca y una denominación social, cuando aquélla ampara la comercialización de los mismos productos que constituyen el objeto social de la anónima, cuya idéntica designación puede, además, encubrir un acto apropiatorio de los derechos adquiridos por la más antigua denominación —por cierto de pura fantasía (46)— a la par que un aprovechamiento de los beneficios derivados del esfuerzo ajeno.

2) La mera comprobación, en el Registro Mercantil, por una sociedad anónima, del dato de que no existe registrada una denominación idéntica a la elegida por ella, no agota las posibilidades de que se declare la improcedencia de la denominación social pretendida, cuando exista un obstáculo de sentido contrario a esta pretensión, con entidad ético-jurídica suficiente, tal y como sucede en el presente caso en el que se impone erradicar el riesgo de error o confusión en el mercado, provocado por la absoluta identidad denominativa y de productos amparados entre una marca preexistente, notoriamente conocida, y una denominación social. De otro modo, se sobrepasarían los límites normales de ejercicio de un derecho con daño para tercero.

En realidad, en todos estos casos, la vulneración de los derechos de propiedad industrial o, en su caso, la competencia desleal, derivan no ya de la coincidencia entre la denominación social de la persona y los signos distintivos preexistentes en favor de otra, sino del hecho de que aquella denominación social se utilice en el tráfico como verdadero signo distintivo de la empresa, empleándolo, p. ej., como nombre comercial, en sus rótulos, en la publicidad, en la documentación comercial (47).

Es cierto que la utilización de la denominación como signo distintivo lesiona los derechos de propiedad industrial de las personas que cuentan con signos distintivos preexistentes con los cuales se pueda confundir aquélla

---

(46) Con este inciso parece querer apuntarse a la mala fe del que elige el mismo nombre, sin ninguna relación objetiva o subjetiva con la persona.

(47) Quizá la única excepción sea el caso «Domestos». Señala BOTANA AGRA (Ob.cit., pág. 6): «en la mayoría de los casos enjuiciados en las sentencias que al respecto se citan, todo induce a tener por más cierto que las denominaciones sociales que hubieron de modificarse por colisionar con signos distintivos prioritarios eran utilizadas en el tráfico mercantil como nombres comerciales, y no como signos sólo de identidad personal». Por ello, niega que se pueda hablar de una línea jurisprudencial reiterada y, menos, consolidada, en el sentido de que la denominación social debe ceder ante signos distintivos previos cuando exista riesgo de confusión entre los mismos.

denominación (a tenor de la Ley de Marcas, basta la idoneidad para la confusión, no se requiere identidad, lo cual es lógico si tenemos en cuenta cuáles son los intereses tutelados) e, incluso, puede suponer un ejercicio de competencia desleal. Sin embargo, estos actos ilícitos tienen su propio cauce de represión: Ley de Marcas y Ley de Competencia Desleal. Aplicando estas leyes, debería condenarse a cesar en todo empleo de la denominación que la haga jugar como signo distintivo, pero no, necesariamente, a la modificación de la denominación. Así lo entendieron en muchas de las sentencias citadas, los Juzgadores de instancia (p. ej., en el Caso «Laboratorios OM» (STS 27-XII-54). Los problemas pueden derivar, en la práctica, de la dificultad o imposibilidad de evitar que una denominación opere como signo distintivo (48).

La finalidad que persiguen las Leyes de Marcas y de Competencia Desleal es completamente distinta a la de la normativa reguladora de la denominación social o, la que a nosotros nos interesa, fundacional. Aunque el tema se ha proyectado en la práctica y en su análisis doctrinal en el ámbito de la denominación social, las ideas son perfectamente reconducibles a las fundaciones. Recordemos, una vez más, que en la actualidad es indiscutible que la fundación pueda operar en el tráfico como agente económico.

Ultimamente, la STS 21-X-94 ha roto con aquella reiterada jurisprudencia, manifestándose en la línea crítica que acabamos de apuntar. Aunque las SSTS 26-VI y 4-III-95 vuelven a la antigua doctrina. La sentencia del 94 deslinda perfectamente la regulación de la denominación social (lo que es aplicable a la denominación de la fundación), de la que atañe a los signos distintivos. La conclusión a la que llega se basa en la distinta finalidad y

---

(48) Como señala BOTANA AGRA, «no es infrecuente ... que ... la denominación sea utilizada en el tráfico mercantil, en situación extrarregistral, a título de marca, de nombre comercial o de rótulo de establecimiento. Es más, no parece del todo desterrada aún la creencia de que el registro de la denominación social en el Registro Mercantil autoriza de por sí para usarla como signo diferenciador de productos y servicios, como signo distintivo de actividades empresariales o como signo individualizador de locales en los que se ejerce una empresa». Añade que así como no parece difícil detectar el empleo extrarregistral de la denominación social como marca o como rótulo de establecimiento, no ocurre lo mismo con su uso como nombre comercial, ya que la proximidad que existe entre sus respectivas funciones, enturbia las más de las veces definir con seguridad sus lindes. Téngase en cuenta que, así como la denominación o la razón social identifican a su titular como persona, el nombre comercial (véase el artículo 76, 1 LM) identifica a éste como empresario o, si se quiere, identifica a la empresa (esta concepción objetiva facilita la delimitación entre denominación y nombre comercial. Formalmente, el nombre comercial puede o no coincidir con la denominación.

En el mismo sentido, PELLISÉ PRATS, Ob. cit., pág. 137, nota 29: «Es frecuente, no sólo entre particulares, sino también entre profesionales del Derecho, la creencia errónea de que las certificaciones del Registro General de Sociedades Mercantiles, aparte de abrir paso a la aceptación de una denominación social en el Registro Mercantil, legitiman el uso comercial de tal denominación».

función de la denominación de la persona jurídica y el régimen de los signos distintivos. Frente a la función identificadora del nombre, que se configura como atributo de la personalidad y exigencia inexcusable del orden público, los signos distintivos tiene virtualidad en un marco de competencia. Representan para su titular un derecho de exclusiva que se inscribe en el ámbito de la propiedad industrial, a la vez que son pieza fundamental del orden concursal. Se trata de funciones perfectamente deslindables (49).

Cabe con todo que nos detengamos en el análisis del juego de dos criterios, a los que se refiere la STS 21-X-94, en este campo: el de la buena fe (suele alegarse en el sentido de buena fe mercantil, lo que parece apuntar a la leal competencia) y el del abuso del derecho.

a) Al criterio de la buena fe se alude en relación con el artículo 33.1.a) Ley de Marcas. Señala BOTANA AGRA que «para el alto Tribunal (en la sentencia comentada) parece claro que la única incursión que las normas protectoras de los signos distintivos podrían efectuar en ese círculo reservado a la denominación social como signo de identidad personal, sería la que permite el artículo 33.1.a) de la Ley de Marcas en caso de falta de buena fe en el uso de la denominación en esa dimensión» (50). Sin embargo, parece difícil imaginar un supuesto de mala fe en el que a la vez la denominación no estuviera siendo utilizada en el mercado como signo distintivo. Si cabe, estaría reprimido, no sólo por el artículo 33.1.a) LM, sino por el principio de buena fe, positivizado en el Código Civil y en el Código de Comercio. Si la mala fe supone utilización como signo distintivo, ésta sería reprimible por aplicación del régimen de los signos distintivos y de la competencia desleal, pues se entraría de lleno en su ámbito de actuación. Por otra parte, pienso que siempre que se utilice una denominación social como signo distintivo en el Mer-

---

(49) Señalan MONTIANO y SALELLES, al comentar esta sentencia, que «la denominación social no tiene por finalidad distinguir la actividad empresarial en el mercado evitando el riesgo de confusión con otros agentes económicos, sino identificar al sujeto responsable de las relaciones jurídicas, permitiendo su aislamiento registral». «En este sentido, es claro que basta con establecer la prohibición de identidad... El riesgo de confusión que se pudiera provocar en el mercado como consecuencia de la utilización de la denominación social como signo distintivo, fundamentalmente como nombre comercial, no compete, pues, al Derecho de sociedades (añadiría yo, ni al de Fundaciones). No queda desasistido, sin embargo, el riesgo señalado, por cuanto recae plenamente en el ámbito del Derecho de marcas o, en su caso, en la normativa contra la competencia desleal» («De nuevo sobre el conflicto entre denominación social y nombre comercial (Comentario a la STS., Sala 1ª, de 21-X-94)», *RGD*, mayo 1995, pág. 5480).

(50) Ob. cit., págs. 5. BOTANA matiza de este modo su opinión tras poner de manifiesto su simpatía por las conclusiones de la STS. 21-X-94 y concluir que a la pregunta de si está facultado el titular de el nombre comercial para exigir, con base en su derecho de propiedad industrial, el cambio de una denominación social confundible, hay que responder que no, salvo que se emplee como signo distintivo, siendo este último uso, en todo caso, el que podría ser atajado obligando al titular a cesar en el mismo.

cado, de buena o mala fe, dicho uso caerá bajo el campo de acción de la LM y de la LCD. Lo determinante es el uso objetivo que se haga de la denominación, no el ánimo subjetivo con que se haga.

b) En cuanto al abuso del derecho, la sentencia estimó inaplicable el artículo 7.2 CC, «puesto que la situación de estimación de abuso del derecho lo determina el exceso en el ejercicio del mismo o la presencia de la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad legítima, seria y suficientemente justificativa, pudiendo sólo acudir a su concurrencia en casos patentes, lo que no sucede en la presente cuestión».

Creo que el empleo de una denominación social como signo distintivo cuando preexisten otros con los que puede confundirse no es abuso de derecho: No hay extralimitación en el ejercicio de un derecho, sino que falta el derecho mismo. Entendiendo como tal el derecho a usar la denominación como signo distintivo. Una cosa es el derecho a un signo de identidad personal (derecho de la personalidad) y otra diferente el derecho a un signo distintivo en el marco de la competencia (derecho patrimonial, de propiedad industrial).

#### c.2) COINCIDENCIA O SEMEJANZA CON OTRA DENOMINACIÓN PREVIAMENTE INSCRITA EN EL REGISTRO DE FUNDACIONES

Nos planteamos en este apartado las razones y conveniencia de que la prohibición se cifia a la colisión con denominaciones inscritas en el Registro de Fundaciones. Si bien, en apariencia, esto es lo mismo que decir que coincida con la denominación de otras Fundaciones preexistentes, dado que la inscripción es presupuesto de la atribución de personalidad jurídica, hay un dato que estorba el carácter absoluto de esta afirmación: la existencia de Fundaciones regidas por las diversas Leyes autonómicas e inscritas en sus correspondientes Registros.

La Ley de Fundaciones es en este punto más restrictiva que la legislación societaria, tal y como viene siendo interpretada y aplicada por la jurisprudencia.

Hemos visto, anteriormente, cómo en materia de sociedades, una línea jurisprudencial asentada obligaba a tener en cuenta las denominaciones que, aunque no estuvieran inscritas, fueran notorias, a la hora de aplicar la prohibición de identidad. Esta idea ha sido llevada hasta el punto de afirmar que debe atenderse incluso a las denominaciones notorias de personas jurídicas no mercantiles. Lo cual encuentra hoy apoyo positivo en el RRM.

El RD 1597/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento del Registro Mercantil, concretó el requisito al decir que «no se podrán inscribir en el Registro Mercantil las sociedades o entidades cuya denomina-

ción sea idéntica a alguna de las que figuren incluidas en la Sección de denominaciones del Registro Mercantil Central» (art. 373, 1). Pero, a continuación añadía: «2. Aun cuando la denominación no figure en el Registro Mercantil Central, el Notario no autorizará, ni el Registrador inscribirá, sociedades o entidades cuya denominación les conste por notoriedad que coincide con la de otra entidad preexistente, sea o no de nacionalidad española». La redacción se mantiene tras la reforma del RRM por R.D. 1784/1996, de 19 de julio, aunque el precepto es ahora el artículo 407 RRM. Con el último inciso, se complica todavía más la labor del Registrador, pero es sintomático de la tendencia a evitar toda confusión posible. Vemos pues como el RRM se hace eco de aquella línea jurisprudencial.

La cuestión que ahora me preocupa discurre en sentido inverso: cuando se solicite la inscripción de una Fundación en el Registro de Fundaciones, y en lo que a la denominación se refiere, ¿bastará con constatar que no entra en colisión con el nombre de otra fundación inscrita, o deberán tenerse en cuenta igualmente las denominaciones notorias de otras personas jurídicas y, añadiría en este caso, las denominaciones de Sociedades inscritas en el Registro Mercantil? ¿Qué decir, por otra parte, de aquellas fundaciones que, por estar sometidas a la legislación autonómica, no se inscriben en el Registro estatal, sino en el de la correspondiente Comunidad Autónoma?

De lo dicho anteriormente se desprende que el conflicto de denominaciones supera el ámbito de un tipo concreto de personas jurídicas. Así hay que entenderlo si de lo que se trata es de lograr la perfecta identificación de las mismas. Para que este objetivo pudiera alcanzarse al cien por cien, sería necesario contar con un Registro de denominaciones de todas las personas jurídicas, lo que no sucede hoy (51). En todo caso debería optimizarse la utilización de los instrumentos de que disponemos: Registros y apariencia derivada de la posesión del nombre. Es decir, el Registrador Mercantil debería atender a las denominaciones notorias, pero también sería conveniente que se solicitara una certificación de los Registros de Fundaciones y, en su caso, Asociaciones. Y, a la inversa, previamente a la inscripción de una fundación debería consultarse no sólo el Registro estatal de Fundaciones, sino también el Mercantil Central, y el de Asociaciones, además de atender a las denominaciones notorias (52) y a los Registros de Fundaciones de las CC.AA. (53).

---

(51) Alguna utilidad puede tener la posibilidad que regula el artículo 396 RRM.

(52) Siempre dentro del ámbito de la garantía de la perfecta identificación en el tráfico, y no de la protección de derechos de propiedad intelectual o derivados de la leal competencia. Cabría, en este sentido, pensar en la identidad con denominaciones notorias de comunidades sin personalidad jurídica, personas extranjeras, etc.

(53) Cabría plantearse hasta donde nos puede llevar la integración en la Unión Europea y la progresiva internacionalización de las relaciones jurídicas.

Ahora bien, si intentamos aplicar estas ideas a las fundaciones, nos encontramos aparentemente con un obstáculo de Derecho positivo. El artículo 9 LF prohíbe la coincidencia o semejanza con *con ninguna otra* (denominación) *previamente inscrita en el Registro de Fundaciones*. Interpretada literalmente la norma, sólo debería atenderse al Registro de Fundaciones estatal (habla de Registro en singular y, concretamente «del» Registro. Debe pues referirse al regulado en esa misma Ley). Sin embargo, creo que sería posible hacer uso de la doctrina sentada por la DGRN (que inspira el RRM) al tratar de la inscripción de las Sociedades Anónimas. Adaptándola a las fundaciones, diríamos que no sólo hay que respetar el artículo 9 LF, sino todo el ordenamiento jurídico en que éste se inscribe y, en concreto, los principios positivizados de buena fe y abuso del derecho. Por aplicación del artículo 9 debería consultarse el Registro de Fundaciones. Pero ello no excluye que por aplicación de aquellos principios no deba atenderse también a los nombres de otras personas jurídicas, inscritos en otros Registros públicos o notorios (54).

Podría aducirse, por otra parte, que cuando se trate de personas jurídicas de distinto tipo no importa que exista coincidencia en los términos utilizados en la denominación, ya que al añadirse la expresión que manifiesta el tipo: «Fundación», «S.A.», etc., la persona queda identificada. Sin embargo, no parece éste un argumento demasiado sólido. Incluso el Reglamento del Registro Mercantil establece en su artículo 408.3 que *«para determinar si existe o no identidad entre dos denominaciones se prescindirá de las indicaciones relativas a la forma social o de aquellas otras cuya utilización venga exigida por la Ley»*.

### c.3) LA AUTORIZACIÓN DE LA PERSONA AFECTADA POR LA COINCIDENCIA O SEMEJANZA

La autorización otorgada por la persona afectada por la coincidencia o semejanza de la denominación, ¿enerva la prohibición de identidad?

El Reglamento del Registro Mercantil establece en su artículo 373.2: *«Los criterios establecidos en las reglas 1.ª, 2.ª y 3.ª del apartado anterior no serán de aplicación cuando la solicitud de certificación se realice a instancia o con autorización de la sociedad afectada por la nueva denominación que pretende utilizarse»*.

En esta misma línea, el Decreto 404/1994, de 18 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de organización y funcionamiento del protectorado

---

(54) Lo mismo podría decirse de las asociaciones, cuya Ley prohíbe, como sabemos la identidad o semejanza que pueda inducir a confusión con las denominaciones de otras asociaciones ya *inscritas*.

y del Registro de Fundaciones del País Vasco, y que se inspira en el RRM, declara en su artículo 32, tras haber consagrado la prohibición de identidad: «*No obstante podrá admitirse la denominación coincidente cuando se presente certificación acreditativa, expedida por el órgano competente, de que la Fundación afectada por la nueva denominación autoriza el uso de la misma a la entidad que pretende su inscripción*». Obsérvese que, según esto, podría haber dos fundaciones con el mismo nombre.

No deja de resultar chocante la virtualidad de tal autorización, sobre todo si se tiene en cuenta que la función identificadora y, por tanto, individualizadora de la denominación de la persona jurídica, no sólo tutela intereses privados, sino que satisface, además, las exigencias del orden público: las personas deben quedar perfectamente individualizadas en el tráfico, de modo que pueda saberse quién es sujeto en las relaciones jurídicas y a quién debe imputarse determinada responsabilidad. Por otra parte, la autorización deriva de un acuerdo entre las personas cuya denominación coincide, en el que no participan los terceros que, sin embargo, pueden verse afectados, debido a la confusión que dos denominaciones similares, o incluso idénticas, puede generar en el tráfico: p. ej., los acreedores, o los consumidores. El alcance que se da a la autorización en los preceptos citados, tutela el derecho al nombre en cuanto derecho de la personalidad; tutela asimismo los derechos de propiedad industrial y la leal competencia, pero desconoce los derechos de los consumidores y las exigencias del orden público.

Al establecer la regla de la autorización parece que se está pensando en evitar competencia ilícita entre las personas afectadas o lesiones de la propiedad industrial de las mismas, cuando la misión de la denominación no es esta (la competencia desleal se reprime y la propiedad intelectual se tutela por otros cauces), sino la de identificación de la persona. El no diferenciar bien estas cuestiones es técnicamente incorrecto y provoca dificultades de interpretación como la que estamos viendo. El RRM es pues criticable en este punto, como en otros (55). Y lo mismo, la Ley de Fundaciones Vasca, que en este tema no hace otra cosa que reiterar las reglas del RRM.

La autorización no servirá para levantar la prohibición cuando se trate de denominaciones idénticas, por las razones expuestas. Hay una interpretación posible del RRM, en este sentido. El artículo 408.2 RRM habla de sociedad afectada por la «nueva» denominación que pretenda utilizarse y, además, hace referencia a los criterios de semejanza. Por ello, puede entenderse que quedan excluidas denominaciones idénticas en sentido estricto y que la autorización sólo puede operar en favor de las semejantes (aquéllas semejanzas que el artículo 408.1 RRM equipara a identidad). Sin embargo, aun así no

---

(55) En sentido crítico, igualmente, MONTEAGUDO, M. y SOLER, P., «Conflicto entre denominaciones sociales y signos distintivos», *RGD*, 1983, pág. 6522.

podría aceptarse la autorización cuando la semejanza fuera tal que impidiera la correcta identificación del sujeto (56).

La autorización podría ser efectiva si se refiriera al uso como nombre comercial y no en cuanto denominación social en sentido estricto, pero este es un tema que no debe ser regulado en la normativa sobre el Registro Mercantil o el Registro de Fundaciones, sino en la que ordena los signos distintivos.

En todo caso no hay que perder de vista el rango meramente reglamentario de la norma.

Entiendo, sin embargo, que en un supuesto sí habría que conceder relevancia a la autorización. Estoy pensando en la persona jurídica que crea una fundación a la que atribuye su mismo nombre, aunque calificado con el término «Fundación». En la actualidad constituye ello una práctica habitual de mecenazgo interesado, pues, de este modo, la imagen de la empresa fundadora se beneficia. No se constituye la fundación, o no sólo, con ánimo de liberalidad, sino que se trata de una técnica más de «marketing». Aquí, la autorización reviste unos matices especiales. Se trata, en efecto, de dos personas distintas, pero con la significativa particularidad de que la primera ha creado a la segunda, con fines, además interesados, al servicio, cuando menos, de su imagen. Existe una relación entre ambas. Frente a terceros es exigible que queden perfectamente identificadas, como sujetos diferentes. Pero nada impide, e incluso la realidad aconseja, que quede de manifiesto, al mismo tiempo, la conexión existente entre ambas, que puede y suele ir más allá del mero acto de fundación (no es extraño que los patronos sean socios, o cargos directivos, o tengan algún tipo de vinculación con la sociedad). La identificación se logra, en este caso sí, con la adición del término «Fundación». La atribución del nombre del creador refleja lo segundo. Al autorizar, o mejor atribuir su nombre al ente por ella creado, la persona fundadora no está renunciando a derechos de propiedad industrial. El atribuir el propio

---

(56) MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., «Denominación...», cit., pág. 225; el problema central consiste en determinar si la autorización puede abarcar también a denominaciones idénticas, en sentido estricto, o sólo a aquéllas que guarden un grado de semejanza que, bajo el criterio legal, hayan de considerarse como idénticas. Del puro tenor literal de la norma, recordemos «... los criterios utilizados en el apartado anterior...», es decir, los definitorios de la identidad, o coincidencia total o absoluta, o las semejanzasducen a la identidad, parece deducirse, pues, claramente que sí se incluyen ambas posibilidades». Personalmente no se me alcanza de donde resulta esta claridad. Pero a continuación añade: «No obstante la solución no parece la más adecuada si consideramos de nuevo las funciones de identificación y diferenciación que está llamada a cumplir la denominación. Indefectiblemente, parece imposible que se alcancen tales objetivos si, a pesar de la aludida autorización, se permite el uso de expresiones y términos que conduzcan por su similitud, o incluso su identidad a una clara situación de confusión sobre una persona jurídica».

nombre a un ente por él creado parece más bien ejercicio del derecho al nombre como derecho de la personalidad. No creo que en este caso pueda afirmarse que se confunde a los terceros o se vulnera el orden público.

M<sup>a</sup> DOLORES MAS BADÍA.  
Profesora Titular de Derecho civil.  
Universitat Estudi General de Valencia

# El embargo de bienes gananciales a través de la Jurisprudencia

*SUMARIO.*—I. REFLEXIONES PREVIAS: INTRODUCCIÓN.—II. CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES GANANCIALES.—III. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: LA REFORMA DE 1981 ¿HA MODIFICADO LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES? ASPECTOS HIPOTECARIOS. EL ARTÍCULO 94.2 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.—IV. LA RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES GANANCIALES: GESTIÓN Y RESPONSABILIDAD. NUESTRO PUNTO DE VISTA. ACTITUDES DOCTRINALES EN TORNO A LA NUEVA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. RESPONSABILIDAD INTERNA Y EXTERNA.—V. LA RESPONSABILIDAD EXTERNA: LA PRUEBA. EL INTERÉS DE LA FAMILIA. LA CARGA DE LA PRUEBA.—VI. RESUMEN.

## I. REFLEXIONES PREVIAS

### INTRODUCCIÓN

La responsabilidad de los bienes gananciales en cuanto recae sobre bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, adquiere una vertiente registral lo que obliga a estudiar conjuntamente los aspectos civiles y registrales de la materia, cuyas regulaciones han corrido parejas, pues a toda modificación sustantiva ha seguido la correlativa adaptación de la norma hipotecaria. Por ello el estudio de la jurisprudencia debe comprender las SSTs y las RR de la DGRN (aunque como dijera la STS de 15 de marzo de 1991, «una R. de la DGRN, desde luego no es apta por su naturaleza para ser invocada como jurisprudencia (cfr. el art. 1.692-4.º de la LEC), sin menoscabo de lo valioso de su opinión»).

## II. CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES GANANCIALES

La responsabilidad de los bienes gananciales es materia problemática, objeto de permanente preocupación en la doctrina y en la jurisprudencia, que ha dado lugar a frecuentes estudios, ha generado gran cantidad de sentencias y resoluciones de la DGRN y ha pasado por repetidas reformas legislativas.

La conflictividad procede de diversas causas. En primer lugar se ha dicho y se ha repetido (G. LAGUNA y SOLANO MANZANO, *Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales. Estudios en homenaje a TIRSO CARRETRO*, Madrid, 1985, pág. 835; DE LA CÁMARA, «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad». *ADC*, 1986, pág. 476; RIVAS, «Anotaciones de embargo», *CNRP*, Madrid, 1992, pág. 125) que en esta materia confluyen tres clases de preceptos: de orden civil, procesal e hipotecario, cuya armonización no es fácil, lo que al no haberse acometido por el legislador crea problemas a la doctrina de difícil solución (DE LA CÁMARA), y de aquí el frecuente recurso a la jurisprudencia para suplir las carencias indicadas.

Siendo un tema de frontera, ubicado en las lindes de los tres ordenamientos, la doctrina especializada en cada uno de ellos pocas veces se ha aventurado en terrenos de los otros, lo que origina visiones parciales de los problemas. De estas actitudes parciales no se ha librado ni siquiera el legislador. Cuando se han dicho normas en una de las materias específicas habitualmente se omiten referencias a las implicaciones que comportan en aquellas otras con las que se relacionan, de lo que hay frecuentes quejas en la doctrina (por ejemplo, se ha quejado unánimemente de la falta de desarrollo procesal del artículo 1.373 del Código Civil, lo que ha hecho también la propia jurisprudencia, cfr. la R de 23 de noviembre de 1983) (1).

Comoquiera que dichos ordenamientos responden a razones de ser y a finalidades distintas resulta difícil, a veces imposible, su correcta y simultánea aplicación a los distintos casos que son objeto de controversia. En la solución de los supuestos cuestionados se recurre, a menudo, a razones de tipo práctico (*Vide* RIVAS, ob. cit., pág. 131) lo que puede conducir a conclusiones incompatibles con principios aceptados o a dar preferencia en casos

---

(1) CAMY, refiriéndose a la reforma del régimen de gananciales, dentro de la del CC de 1981, dice que hay que reconstruir el nuevo edificio jurídico en relación a este régimen matrimonial y, quizá con alguna exageración, añade, «parece que el legislador ha rehuido toda precisión y que sea la jurisprudencia y la doctrina las que, «después», vayan interpretando y precisando esta vaguedad de expresión» (B. CAMY, *Examen de los actos jurídicos sobre bienes inmuebles, en especial la capacidad*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1989).

También en la doctrina italiana se concede amplio campo al juego de la jurisprudencia en esta materia.

concretos a la aplicación de uno de dichos ordenamientos en perjuicio de principios básicos de otro (2).

En el aspecto civil destaca la necesidad de determinar cuáles son las obligaciones de que responden los bienes gananciales, de descubrir los requisitos que deben cumplirse para que los actos de los cónyuges vinculen los bienes comunes a la acción de los acreedores. En cuanto al procesal surgen problemas en torno al embargo y a la ejecución. En el campo hipotecario existe una primera y permanente dificultad de carácter general, aunque, por obvia, no suele mencionarse, que consiste en la mala relación que existe entre la naturaleza jurídica de la comunidad ganancial —aceptada mayoritariamente como germánica— y principios hipotecarios básicos como son los de especialidad (cfr. art. 54 del RH), tracto y legitimación. De esta mala relación proceden la mayoría de las desavenencias que proliferan entre la regulación sustantiva de los negocios jurídicos relativos a los bienes gananciales y su correcto reflejo en el Registro de la Propiedad. Aunque como dicen G. LAGUNA y MANZANO SOLANO, las dificultades y problemas no nacen del Registro sino de la regulación sustantiva (*ob. cit.*, pág. 861).

### III: LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

El primer aspecto a contemplar es la nueva sociedad de gananciales, sobre cuya gestión se ha proyectado el principio de igualdad entre cónyuges, sustituyendo los poderes omnímodos que hasta entonces disfrutó el marido por el principio de actuación conjunta, tanto para la administración como para la disposición de los bienes gananciales. Estas novedades han levantado dudas en algún sector doctrinal que le ha llevado a plantear si la naturaleza de la sociedad de gananciales había sufrido modificación a consecuencia de las nuevas normas.

El artículo 1.344 del Código Civil dice: «Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidas por mitad al disolverse aquélla».

El precepto no constituye propiamente una definición pues, como tal, resulta incompleta: por una parte solo refiere uno de los aspectos de dicha sociedad, la distribución de ganancias a su disolución y, por otra, sólo señala una de las fuentes de ganancialidad, aunque la más significativa, pero existen otras (Cfr. el art. 1.347). Finalmente, no explica en cuanto régimen conyugal en qué consiste durante la vigencia de la sociedad.

---

(2) *Vide* la crítica de GARCÍA ARANGO a la Resolución de 25 de marzo de 1988 en el *BCRP*, número 245, pág. 981.

Una idea más completa ofrece DE LOS MOZOS al decir que la sociedad de gananciales se caracteriza por atribuir a determinados bienes y derechos (las ganancias y beneficios de los cónyuges) la condición de comunes o gananciales con los que se constiuye un patrimonio en comunidad, perteneciente a ambos cónyuges, que se halla afecto a unas cargas comunes surgidas tanto de las necesidades del consorcio como de los respectivos patrimonios privativos, destinándose los remanentes que existieren a su disolución a ser repartidos por mitad entre ambos cónyuges (DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBADALEJO, t. XVIII-2.º, pág. 53).

De dicho artículo no puede extraerse un criterio acerca de la naturaleza jurídica de la asociación de gananciales. Aunque en vida de su antecedente, el artículo 1.392 —con escasas diferencias— se desarrolló la jurisprudencia de la DGRN para configurarla como una comunidad germánica, lo mismo que ha vuelto a hacer ahora en la R de 28 de marzo de 1983.

Dicha naturaleza en su origen fue muy discutida, pero la doctrina emanada del CD, sobre todo, a partir de los años veinte inició la vía hacia la consagración del carácter germánico de la sociedad de gananciales (3).

Entre las Resoluciones más destacadas se pueden señalar: la de 30 de junio de 1927, según la cual, «Considerando que, entre las distintas construcciones jurídicas con que la técnica moderna trata de explicar la situación jurídica de la llamada sociedad de gananciales, parece ajustarse a los dictados de nuestro derecho positivo la que admite una especie de mancomunidad de bienes entre marido y mujer, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división mientras dura la vida en común...». Esta situación es esencialmente distinta de la propiedad *pro indiviso* romana, con cuotas definidas, sumisión al voto de la mayoría y acción para pedir la división de la cosa común.

En el mismo sentido se expresa la de 12 de diciembre de 1935 al enjuiciar la naturaleza de la comunidad de bienes entre cónyuges, estimando que se trata de una mancomunidad de bienes entre marido y mujer, en la que no hay atribución de cuotas ni facultad para pedir la división de la cosa común.

Más levemente interviene al respecto la jurisprudencia del TS (como dice LACRUZ), con ello y una notable aportación doctrinal, en la que sobresale CASTÁN (desde su conocida *Dogmática de la sociedad de gananciales* en 1929), y otros autores como ROCA SASTRE, CASTRO y, más tarde, LACRUZ BERDEJO llegó a formarse una *communis opinio* acerca del carácter germánico de la sociedad de gananciales. Tesis, a su vez, no compartida por otros autores, entre ellos, COSSÍO y ROYO MARTÍNEZ.

---

(3) La participación de la DG en dicha tesis está motivada precisamente por la necesidad de resolver problemas de titularidad y de tracto sucesivo originados por el embargo y enajenación de bienes gananciales (MAGARIÑOS, *Sociedad de gananciales y sociedad civil*. Academia Sevillana del Notariado, 1989, pág. 307).

En el campo registral la apoteosis del carácter germánico de la sociedad ganancial tuvo su epifanía en la reforma de 17 de marzo de 1959 (correlativa a la del Código Civil de 24 de abril de 1958) que reguló por primera vez la registración de los bienes gananciales (4).

La reforma se hizo bajo la obsesión de hacer compatible la falta de personalidad de la sociedad de gananciales con la adscripción de los bienes a una comunidad sin cuotas sobre cada uno de los bienes a ella pertenecientes, que no debían figurar en los libros como copropiedad de los cónyuges (LACRUZ, «Los bienes conyugales y el Registro de la Propiedad tras la Reforma del Registro hipotecario», *AAMN*, t. XXV, pág. 37).

El resultado fue el artículo 95, con la conocida fórmula, para reflejar en el Registro el carácter presuntamente ganancial de los bienes comunes, «se inscribirán a nombre de ambos cónyuges, sin atribución de cuotas y para su sociedad conyugal». La fórmula recibió críticas a discreción y desaparecería en la reforma de 12 de noviembre de 1982 (versión hipotecaria de la del Código Civil de 13 de mayo de 1981) que, en vista de la experiencia, huyó de consideraciones doctrinales, empleando en ocasiones las propias palabras del Código Civil (cfr. LACRUZ, *ob. cit.*, pág. 336).

La idea de comunidad germánica tiene como substrato un patrimonio sobre el que recaen o se proyectan las facultades dominicales de un colectivo como ocurre en la sociedad de gananciales, según se deduce de los artículos 1.397 y 1.398 que relacionan el activo y el pasivo de la sociedad con motivo de su disolución (por ello se la califica de sociedad universal. LACRUZ, VALLET).

La noción de patrimonio como un todo, como un objeto unitario de derecho, síntesis de los derechos y cosas que lo integran, es completamente irreal. Tiene una existencia meramente lógica, no ontológica por lo que, como tal no puede ser objeto de derecho (5).

Lo mismo ocurre con la cuota, cuya existencia es también meramente lógica, no una participación efectiva del cónyuge en la comunidad, sino algo adjetivo a ella, su medida, la expresión matemática de la concurrente titula-

---

(4) Hasta el RH de 1947 el legislador no se había preocupado por la registración de tales bienes y aún lo que acomete en dicho reglamento no es la inscripción de los bienes gananciales con carácter general, sino la de las adquisiciones a título oneroso realizadas por mujer casada, así como establecer los requisitos que debían cumplirse para inscribir los actos de disposición de tales bienes (arts. 94 a 96).

(5) CASTRO al tratar del objeto del derecho subjetivo había hecho ver que la atribución de un conjunto patrimonial a un sujeto no se considera un derecho subjetivo sobre un patrimonio, sino como una titularidad o cualidad jurídica que determinará ser sujeto de una pluralidad de derechos subjetivos concretos. Ante tal supuesto la solución jurídica ha consistido en admitir una indeterminación limitada y transitoria del sujeto de cada uno de los derechos subjetivos que contenga la masa patrimonial, dejándose su individualización para el momento de la liquidación de la *universitas* y la correspondiente liquidación de bienes (*Derecho Civil de España*, Madrid, 1949, pág. 584).

ridad de cada condueño, módulo o índice del futuro reparto caso de liquidación y medida del disfrute, percepción de utilidades y participación en cargas.

Por consiguiente, la *universitas* que constituye la comunidad ganancial «no expresa un nuevo objeto de derecho, sino un modo de considerar y determinar los objetos efectivos de derecho» (VALLET), los verdaderos objetos de derecho son los bienes que integran la comunidad. Si se estimara un derecho sobre la comunidad, los bienes concretos quedarían desamparados de titularidad, serían *res nullius*, dice LACRUZ. Por ello hay que aceptar que los bienes y derechos que integran la comunidad ganancial pertenecen directamente a los consortes. La inicial cotitularidad sobre el patrimonio se ramifica y se reproduce en cada uno de los bienes que lo integran, de forma que mientras la participación de cada cónyuge está determinada en relación a aquél, permanece temporalmente indeterminada en cuanto a los bienes singulares (MARTÍNEZ SANCHIZ, «Casos dudosos de bienes gananciales», *AAMN*, 1983, t. XXV, pág. 360). Razón esta última que veda o impide la enajenación por el cónyuge de dicha participación (cfr. R de 28 de marzo de 1983).

La Reforma de 1981 ¿ha modificado la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales?

A pesar de lo expuesto, a raíz de la reforma de 1981, en la que a consecuencia de los principios de libertad e igualdad de los cónyuges se les han conferido ciertas facultades sobre los bienes comunes no acordes con las reglas de la comunidad (cfr. arts. 1.381, 1.384, 1.385), un sector doctrinal cuestiona la naturaleza e incluso la existencia de la comunidad ganancial.

Entre los argumentos que invocan los integrantes de este sector figura, en primer lugar el de si las «ganancias o beneficios» existen vigente la sociedad o si hay que referirlos únicamente al tiempo de la disolución. La respuesta condiciona la idea de sociedad ganancial, pues en el caso de que los bienes gananciales no existan durante el matrimonio, no podría constituirse una comunidad sobre ellos por falta de objeto (cfr. PILAR BENAVENTE, «Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges». *CRPE*, Madrid, 1993, pág. 210).

Pero este problema no es nuevo, en la doctrina antigua algunos autores (SÁNCHEZ ROMÁN, MANRESA) habían sostenido un doble concepto de los bienes gananciales: constante matrimonio, los que en cada momento forman la masa común y, disuelto éste, solo el exceso sobre las aportaciones de los cónyuges.

Ciertamente bienes gananciales son los que cumplen las determinaciones legales de atribución al patrimonio común. De estos bienes hay que deducir los correspondientes gastos de producción, conservación y demás gastos ordinarios y, en su caso, los reintegros que correspondan en favor de los patrimonios privativos. Cualquiera que sea el pasivo del patrimonio común, éste tiene carácter ganancial. El concepto de ganancia, dice LACRUZ, no es cronológico sino económico, resultado de comparar en cualquier momento el acti-

vo con el pasivo de la sociedad, que es obligado al llegar la liquidación para concretar el activo final al objeto de su distribución, pero que también se puede realizar en cualquier tiempo (LACRUZ, *ob. cit.*, pág. 392. DE LOS MOZOS, *ob. cit.*, pág. 55). Ambos autores critican algunas sentencias del Tribunal Supremo —entre ellas las de 7 de marzo de 1963; 27 de febrero de 1970 y 11 de abril de 1972— según las cuales para saber si hay gananciales es necesario proceder a la liquidación de la sociedad. Basta leer la enumeración del artículo 1.347 para persuadirse de lo contrario.

Una segunda cuestión consiste en que desde la igualdad que impera entre los cónyuges en cuanto a la gestión de los bienes gananciales, el sector doctrinal antes mencionado hace nuevas apreciaciones sobre el significado de la titularidad de los bienes pertenecientes a dicha sociedad cuyas consecuencias cuestionan su carácter de comunidad (6). Algún autor (DE LOS MOZOS) hace ver que el régimen de comunidad de adquisiciones o ganancias se complica por la atribución de titularidades sobre los bienes a los cónyuges que, en plano de igualdad tienen abiertas las facultades que nacen de su capacidad de negociar, no restringida por el matrimonio. Sin embargo, aún con distintas facultades de los cónyuges, ello ha sido así a lo largo de la elaboración de la doctrina de la comunidad germánica por el CD, pues como dice una de las Resoluciones más citadas al servicio de tal teoría, la de 12 de mayo de 1924, en el Registro de la Propiedad no existen inscripciones especialmente extendidas a favor de la sociedad de gananciales como persona jurídica, independiente de las personas físicas que la han constituido, sino que los bienes y derechos aparecen inscritos a nombre del marido o de la mujer, con ciertas circunstancias o datos que permiten su atribución a un grupo patrimonial de fines peculiares y régimen característico.

Dichos datos son la onerosidad de la adquisición, el nombre del cónyuge y la no acreditación del carácter privativo del precio (*Vide* art. 144.1 del RH anterior). Con ello el patrimonio ganancial será el atributivo material, mientras que con la persona del cónyuge adquirente «se cuenta de una parte, como partícipe en el consorcio y de otra, a los efectos de ser el soporte subjetivo de la titularidad registral» (LACRUZ, *AAMN*, t. XXV, pág. 335) (7).

---

(6) Antes de 1981 el que un bien o derecho ganancial figurase a nombre de un solo cónyuge o se encontrare en su poder no alteraba la regla del gobierno absoluto del marido respecto a la administración y disposición de los bienes, por ello el problema de la titularidad que, como hemos visto no ha variado, se contemplaba con perspectiva diferente a la del gobierno conjunto actual.

(7) También el Tribunal Supremo distingue entre titularidad real y formal. Así en la Sentencia de 4 de julio de 1988 estimó que frente a la cotitularidad real que existe entre marido y mujer, no puede primar la titularidad meramente formal de estar un bien a nombre de un solo cónyuge, por virtud de lo cual falló que en la adjudicación de acciones a la mujer en la liquidación de la sociedad ganancial no había transmisión a un extraño que permitiera el retracto previsto en los estatutos.

Entre los autores que consideran que la sociedad de gananciales no constituye una comunidad cabe señalar, entre otros, los siguientes:

CHEVARRÍA que distingue en la sociedad de gananciales dos fases: dinámica, vigente la sociedad y estática, a partir de la disolución. En la primera, los bienes gananciales no constituyen una comunidad, se hallan integrados en dos patrimonios separados —del marido y de la mujer— cuya finalidad y destino es el sostenimiento de las cargas del matrimonio y la secundaria la obtención de ganancias («Sociedad de gananciales. Bienes gananciales y ganancias», *RDN*, número 116, 1.082, pág. 35). No existe patrimonio ganancial inicial ni en la fase dinámica como patrimonio separado del de los cónyuges, la comunidad de bienes se produce a partir del momento de la disolución (ob. cit., pág. 36).

En análogo sentido, GARRIDO CERDÁ sostiene que en la sociedad de gananciales, la comunidad ha perdido el sentido jurídico —en el aspecto de cotitularidad y se ha extrapolado hacia un terreno puramente económico («Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», *AAMN*, t. XXV, 1982, pág. 152). En el régimen de gananciales la titularidad de los bienes pertenece a los cónyuges, individual o *pro indiviso* sin que exista comunidad de bienes sobre los gananciales.

Para ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, la ganancialidad ha dejado de ser un patrimonio autónomo para convertirse en una cualidad de los bienes. La masa común no es nunca algo distinto de dos patrimonios particulares de cada cónyuge que se hallan afectos a una particular responsabilidad (*Curso de Derecho de familia. Matrimonio y régimen económico*. Madrid, 1987, pág. 210).

Postura no muy diferente sostiene MARTÍNEZ SANCHIZ, quien partiendo del hecho de que en la nueva regulación de la sociedad ganancial en 1981, la «correlación entre la pretendida cotitularidad sobre el patrimonio común y sobre los bienes que lo integran se interrumpe en varios preceptos (arts. 1.381, 1.384...), le hace preguntarse, ¿no será que esta supuesta participación indeterminada temporalmente sobre cada bien no existe por el mero hecho de ser ganancial? Reconoce que en el origen parlamentario del artículo 1.344 anida la idea de comunidad, pero que ésta se proyecta sobre las ganancias, a depurar en la liquidación que sigue a la disolución de la comunidad ganancial («Casos dudosos de bienes privativos y gananciales», *AAMN*, 1983, pág. 360).

Para VALLET, en el artículo 1.344, al decir que «se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias y beneficios..., que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla» hay que entenderlo de forma que los gananciales a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 1.347 (trabajo e industria de cada cónyuge; y frutos rentas e intereses de los bienes comunes y privativos), se hacen comunes en el momento de obtenerse, y se distribuyen en el momento de la disolución. Pero la comunicación en este caso no es plena y absoluta, sino que se circunscribe a la finalidad de que se emplee en atender las necesi-

sidades de la familia; el remanente que se ahorre no se comunica, sino al disolverse la sociedad de gananciales.

Respecto a los gananciales de los apartados 3, 4 y 5 del artículo 1.347 (adquisiciones onerosas; ejercicio del derecho de retracto y empresas creadas vigente la sociedad por un cónyuge a expensas de los bienes comunes), sólo se hacen comunes como saldo positivo, en el momento de la disolución.

Frente a estas posturas negatorias de la existencia de comunidad en la sociedad de gananciales, nos parecen más atendibles las de quienes sostienen que los bienes calificados de gananciales se comunican desde que se adquieren con tal carácter por los cónyuges.

Así resulta del artículo 1.344, «se hacen comunes para el marido y la mujer...», en presente, a diferencia del futuro que empleaba el anterior artículo 1.392. Y así lo admite explícitamente el legislador al aceptar una enmienda del Grupo Parlamentario de UCD, relativa al «carácter abstractamente común de los bienes gananciales» (8).

Como dice LACRUZ, vigente la sociedad la masa común existe y está formada no por el exceso del capital actual sobre el inicial de los cónyuges, sino por las adquisiciones hechas con fondos cuyo origen privativo no puede acreditarse.

Análoga conclusión se obtiene del artículo 1.373. Pues si la responsabilidad de un cónyuge por deudas privativas abarca, además de su patrimonio particular, la mitad neta que le corresponde en la masa ganancial es porque se parte de la dual titularidad actual (no diferida a la liquidación) de la masa común (RAMS, *ob. cit.*, pág. 323).

#### ASPECTOS HIPOTECARIOS

Por otra parte, la reforma del Reglamento Hipotecario de 1982, que acoge la del Código Civil de 1981, en cuanto se refiere a la inscripción de bienes de la sociedad de gananciales, parte claramente de la idea de comunidad (art. 93.1.4). A la misma idea responden los requisitos exigidos para la disposición de tales bienes (apartados 2 y 3 de dicho artículo 93) (cfr. art. 397 del Código Civil).

Y ésta es la interpretación de la sociedad ganancial como comunidad germánica que de forma invariable viene sosteniendo el CD desde la primera ocasión que tuvo para pronunciarse sobre el tema después de las reformas del Código Civil de 1981 y del RH en 1982.

---

(8) La enmienda, presentada por el diputado DÍAZ FUENTES se refiere «al propósito que el Proyecto revela de destacar la condición abstractamente común de los bienes durante la vigencia de la sociedad conyugal sin imputación de cuotas concretas en bienes determinados y la atribución que se produce, por mitad, al tiempo de la disolución.

En la Resolución de 28 de marzo de 1983 afirma: «Considerando que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la de la DGRN, vienen configurando la sociedad legal de gananciales —al igual que la generalidad de la doctrina— como una comunidad de tipo germánico en la que el derecho que ostentan los cónyuges afecta indeterminadamente al objeto, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división material mientras dura la sociedad, a diferencia de lo que ocurre en el condominio romano...».

Por tanto, dice DE LA CÁMARA, si ésta es la interpretación que de la sociedad ganancial hace el CD y a esta pauta se atiene puntualmente el RH, poca utilidad tiene buscar otras exégesis a los preceptos reguladores de los bienes gananciales, que califica de ensayos más o menos aventurados, a su parecer, no llamados a tener demasiado éxito (*ob. cit.*, pág. 342).

#### EL ARTÍCULO 94.2 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

En el examen de las facultades de los cónyuges en relación con los bienes gananciales, consideración especial merece el artículo 94.2, del que conviene destacar —para el mejor entendimiento de su contenido— que su eficacia se desenvuelve en el terreno puramente registral.

El precepto contempla dos supuestos, bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales, inscritos, con esta indicación a nombre del adquirente (art. 93.4) y los bienes adquiridos por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, inscritos a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial.

El apartado dos del artículo 94 dice: «Serán inscribibles las agrupaciones, segregaciones o divisiones de estas fincas, las declaraciones de obra nueva, la constitución de sus edificios en régimen de propiedad horizontal y cualesquiera otros análogos realizados por sí solo para el titular registral».

Este apartado trae causa del 1.384 del Código Civil, según el cual «serán válidos los actos de administración de bienes... realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren».

De entre los actos de administración en general que el Código Civil declara válidos realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren, la norma en cuestión se refiere a unos actos específicos, caracterizados por no suponer transmisión o gravamen de la finca y que no alteran la titularidad sobre ella. Se trata de actos de gestión que producen modificaciones de tipo inmatriculador, actos que van a permanecer en la esfera tabular (en el folio de la finca), pudiendo ser rectificadas en cualquier momento.

En opinión de LACRUZ el artículo 94.2 comprende todos los actos posibles de esta especie, al cerrar su enumeración con la de «otros cualesquiera aná-

logos». En cambio el artículo 93.2 habla de actos de administración, concepto que no puede ser más amplio del contemplado en el 94.2 y «es por esto por lo que el artículo 94 no regula ulteriormente el acceso a los libros de actos gestorios distintos de los descritos en dicho precepto: porque no hay otros» (LACRUZ los bienes gananciales y el Registro de la Propiedad tras la reforma del Reglamento Hipotecario, págs. 345/346).

¿Y el arrendamiento? Según el artículo 93.2 del Reglamento hipotecario «para la inscripción de los actos de administración o de disposición a título oneroso» rige la norma general de actuación conjunta o autorización judicial supletoria.

El único acto de administración susceptible de acceder al Registro es el arrendamiento de bienes inmuebles, artículo 5.2 de la LH.

No obstante, la naturaleza del arrendamiento de bienes inmuebles es discutida. Sin profundizar en la controversia, diremos que para algunos autores, si bien la inscripción da eficacia erga omnes al arrendamiento ello no le otorga carácter de derecho real porque tal eficacia no es exclusiva del derecho real, sino producida por la inscripción (ALBADALEJO, *Derecho de obligaciones*, 5.ª ed., vol. 2.º, págs. 182/183). Para otros (DE LA CÁMARA), el arrendamiento tiene vocación de derecho real por su contenido y contacto inmediato con la cosa arrendada; pero sobre todo la tiene en el caso que el adquirente de la finca arrendada tenga que respetar el arrendamiento, por estar inscrito o por estar sujeto a la legislación especial. De aquí que en tales supuestos, la constitución del arrendamiento deje de ser un acto de administración y, por consiguiente la ley exija, para constituirlo, la misma capacidad que para los actos de disposición (cfr. arts. 272.4.º y 1.548 del Código Civil).

De esta manera se salvaría la contradicción que se podría aducir entre los artículos 93.2 y 94.2 (dentro del primero, el arrendamiento figuraría entre los actos de disposición) (9).

---

(9) DE LA CÁMARA con ocasión de comentar el artículo 1.413 del Código Civil, reformado por la Ley de 24 de abril de 1958, se planteó el discernir cuáles actos del marido necesitaban consentimiento uxorio.

Y señaló que cabía detectar actos que no encajaban en la clásica dicotomía de actos de administración-actos de disposición. Era el caso de las agrupaciones, segregaciones, o divisiones de fincas; declaraciones de obra nueva y de la constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal (siempre que ésta todavía no exista porque el edificio siga perteneciendo íntegramente al otorgante).

Que en tales casos, las modificaciones hipotecarias, podían ser actos de riguroso dominio, pero los documentos para formalizarlas, al objeto de concordar el Registro con la realidad, al igual que documentar la división horizontal con el mismo fin, eran actos formales que podía realizar el marido sin necesitar consentimiento uxorio ni autorización judicial.

No sería aventurado pensar que tales consideraciones pudieran haber influido en la redacción del artículo 94.2 del RH.

A nuestro juicio, lo que hizo la reforma de 1981 fue adaptar el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales al principio de igualdad de sexos proclamado en la Constitución de 1978. Sin que se perciba que haya estado en el ánimo del legislador (cfr. la citada enmienda al artículo 1.344) el alterar el contexto comunitario de tipo germánico de la sociedad de gananciales. Las normas incongruentes con la idea de comunidad no apuntan directamente a tal finalidad, ni son suficientes para producir, como efecto no deseado, tal modificación. Realmente responden a una preocupación distinta: compatibilizar la igualdad y libertad de los cónyuges con un gobierno ágil y diligente de los bienes comunes (LACRUZ), lo que resulta indispensable para el manejo de los mismos y para la seguridad del tráfico (10).

#### IV. LA RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES GANANCIALES

##### GESTIÓN Y RESPONSABILIDAD

Este es el aspecto más controvertido de la reforma de 1981 en cuanto se refiere a la sociedad de gananciales. La controversia gira en torno a las consecuencias de la sustitución del gobierno exclusivo del consorcio por el marido

---

(10) Después de razonar que la construcción dogmática de la sociedad de gananciales no ha sido afectada por la última reforma quizá sea conveniente poner de relieve la preocupación de algunos autores por el relajamiento que se observa de ciertos elementos que contribuyeron a configurar la sociedad de gananciales como una comunidad de tipo germánico.

Así se señala, en términos generales, la incompatibilidad entre los presupuestos de las colectividades en mano común con el sustrato en el que se apoya la vigente sociedad conyugal.

Frente a la inexistencia de cuota en la comunidad germánica, asoma una constatación positiva de tal noción a propósito del pasivo ganancial en el artículo 1.373. También la noción de cuota resultante acentuada en el nuevo régimen democrático de gestión dual de los bienes gananciales, menos visible en un sistema de administración única y poder absoluto del marido (arts. 1.412, 1.414 y 1.408, anteriores).

Pero por encima de todo están las facilidades normativas para disolver el régimen (ya desde la reforma de 1975) que resultan del todo incompatibles con la tradicional permanencia de las mancomunidades de tipo germánico. (GUILARTE, *ob. cit.*, págs. 87 y ss.). En el mismo sentido se manifiesta GIMÉNEZ DUART en «Adquisición y disposición de los bienes gananciales por uno solo de los cónyuges», *AAMN*, t. XXVIII, pág. 265).

Como ejemplo superador de los inconvenientes del dogmatismo de tipo germánico, se trae a colación el Código suizo de 5 de octubre de 1984, el cual regula, con carácter convencional, el régimen de comunidad de bienes, cuya naturaleza configura, estableciendo que los bienes que la integran pertenecen indivisamente a ambos cónyuges y, a la vez, que ninguno de ellos puede disponer de su parte en los bienes comunes, prohibición que no es absoluta, sino que es necesario que se haga a la vez de ambas cuotas (solución que obvia el inconveniente que se da en la sociedad de gananciales de no tener una cuota determinada sobre los bienes en tanto no se produzca la liquidación).

—salvo las conocidas excepciones— por la actuación conjunta de ambos esposos en la gestión (administración y disposición) de los bienes comunes.

El cambio es tan radical y afecta tan profundamente a la responsabilidad de tales bienes que la aplicación de las nuevas normas ha generado un verdadero cúmulo de opiniones divergentes en la doctrina, de tal forma que bastantes años después de su entrada en vigor algún autor considera que no se ha superado la sorpresa inicial (GORDILLO); que todavía no se ha reencontrado en esta materia la estabilidad y la paz consuetudinaria propia del derecho codificado (DÍEZ PICAZO). Incluso hay quien habla de relativo fracaso de la ley a la vista de ciertos fallos judiciales (REBOLLEDO VARELA, Prólogo al libro de BELLO, pág. 10) (11).

Ciertamente no resulta fácil un análisis coherente del sistema instaurado en sustitución del que representaba el gobierno exclusivo del marido en el régimen anterior.

Ello se debe en alguna medida a que la nueva regulación ha recibido influencias ajenas de distinta inspiración (francesa, anterior a la reforma de 1985; italiana; de la Compilación aragonesa, etc.) cuya armonización no es fácil y, por otra parte, porque con técnica de laboratorio y preocupación excesiva por la igualdad se ha instaurado una gestión comunitaria poco acorde con la realidad económica y social a la que se iba a imponer (cfr. RAMS, *ob. cit.*, pág. 327).

La gestión del patrimonio común debía afrontarse desde la contradicción que implican libertad e igualdad de los cónyuges, como habían hecho los ordenamientos extranjeros que nos habían precedido en la regulación de esta materia (12).

---

(11) FERNÁNDEZ VILLA señala, a su vez, que en la reciente reforma del régimen económico matrimonial no se ha salido de la penumbra y que encierra todavía numerosos puntos oscuros (el pasivo de la sociedad de gananciales) (En torno al artículo 1.369 del CC», *ADC*, Abril-junio de 1993, pág. 644).

(12) Con motivo de la reforma LACRUZ ponía de relieve los problemas que presentaba organizar *ex novo* un gobierno colegiado de la sociedad ganancial en los siguientes términos: una vez que en orden al principio de igualdad de sexos salvemos a la comunidad conyugal del poder gestorio general y excluyente del marido habremos de conferir este poder, por obligación del mismo principio, a ambos cónyuges por igual. Más esto se puede entender de dos maneras: o solo actuando conjuntamente marido y mujer pueden administrar los bienes comunes y disponer de ellos, o cada uno de los esposos puede, por sí, regir y enajenar. Lo primero es lo más acorde en pura teoría con la idea de comunidad entre partícipes con idéntico derecho, pero ofrece el inconveniente de quedar entregada la marcha de la economía del matrimonio a la capacidad de entendimiento de ambos cónyuges, pudiendo paralizarla cada uno con su pasividad o negativa a cooperar.

Más si la exigencia del doble consentimiento amenaza con paralizar la vida del patrimonio consorcial, al no poder actuar un consorte sin el otro en ningún momento, la colación a cada uno de un poder omnímodo e igual sobre los bienes y asuntos comunes podría acarrear ese mismo resultado al neutralizarse las gestiones y los contratos dispares y aún contradictorios. También el remedio está aquí en que en cada ámbito de competen-

El caso es que la solución adoptada por la reforma dista de ser satisfactoria. El artículo 1.375 establece la regla general de que «La gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges», pero esta afirmación de principio está enmarcada —además de supeditada al pacto en capitulaciones— entre el recurso al Juez (arts. 1.376 y 1.377) y un conjunto de numerosas y amplias excepciones a la regla general referidas a los aspectos más dinámicos de la sociedad conyugal (arts. 1.381, 1.382, 1.384 y 1.385). Amén de la decisiva matización que a la regla general de actuación conjunta impone el artículo 1.322 según el cual el acto realizado por un cónyuge sin consentimiento del otro cuando éste sea necesario, no hace el acto nulo sino anulable, de aquí que se haya afirmado que ni siquiera como regla general se requiere la actuación conjunta en términos absolutos. (PEÑA, *Derecho de familia*, cit., pág. 2) (13).

---

cia se abstenga un cónyuge de acuerdo con el otro de usar el poder que le concede la ley. Remedio, como se ve, igualmente fáctico y circunstancial.

Como sigue diciendo el mismo autor los más recientes sistemas de comunidad de gananciales han tratado de alcanzar el doble y contradictorio resultado de satisfacer el principio de igualdad de los cónyuges y conseguir un gobierno ágil y diligente de las incumbencias familiares, mezclando ambas fórmulas, pero también reduciendo el ámbito del patrimonio actual mientras dura el régimen y por tanto ampliando correlativamente la esfera de actuación individual del cónyuge, no en cuanto gestor solidario del colectivo, sino rigiendo con poderes exclusivos y como propios suyos negocios y bienes que a la disolución del régimen resultarán comunes.

(13) Antecedentes.—La reforma del régimen económico matrimonial se produce dentro de la más amplia de la del derecho de familia, de la que ocupa la mayor parte. El mejor entendimiento de las nuevas normas aconseja detenernos muy brevemente en las circunstancias históricas y sociales que ha contemplado y que han influido en su nacimiento.

La reforma viene determinada por el cambio social que indiscutiblemente se ha operado en nuestro tiempo. El cambio social que indiscutiblemente se ha operado en nuestro tiempo. El cambio ha afectado al concepto de familia que se había tenido en cuenta en los tiempos de la codificación. En la actualidad son muy diferentes las formas de vida, los lugares y ambientes en los que se desarrolla, dentro de la llamada civilización urbana e industrial. Las relaciones entre padres e hijos se desenvuelven en un clima muy diferente y, sobre todo, ha cambiado decisivamente la situación jurídica de la mujer en la familia y en la sociedad.

Dentro de la nueva realidad social cuyas demandas trata de satisfacer la reforma, en la familia se habían alcanzado notables niveles de sensibilidad social, y sobre todo, de la creciente actividad productiva de la mujer realizada extramuros del hogar que de los dogmas proclamados por la Constitución. (RAMS, «El pasivo del régimen legal aragonés», *RCDI*, número 598, 1990, pág. 12). El producto de tales actividades aportados por la esposa al activo ganancial cada día se va haciendo más equiparable a los obtenidos por el marido.

El principio fundamental que inspira la reforma, muy especialmente el régimen económico matrimonial, es el de la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer (proclamada en la Constitución de 1987, artículos 14 y 32.1), que vino a dar un vuelco radical al gobierno de los bienes gananciales, instaurando el sistema de administración conjunta, entendida en sentido amplia también de disposición, como se deduce de la rúbrica de la Sección.

Al transferirse las plenas facultades gestorias del marido (1.413, 1.408.1.º anteriores) a la pareja matrimonial quedaba trastocado, a la vez, el sistema de responsabilidad, corolario inseparable de la gestión, pues habida cuenta de que el matrimonio no afecta a la libertad de los cónyuges, a los poderes o facultades respecto a su actividad, profesión, oficio o administración de sus bienes privativos, el legislador tuvo que atender necesariamente a una doble exigencia, en el orden interno facilitar los actos de gestión, irrealizables por la rigurosa regla de administración conjunta y, al mismo tiempo, en el orden

---

No cabe duda de que el legislador estableció la regla de administración conjunta como pensando que era la forma más correcta de traducir a norma el principio de igualdad, pero como señala RAMS, en el conjunto de normas de gestión aparece más como un objetivo social a perseguir que como un imperativo de igualdad impuesto a los cónyuges como miembros de una célula social en la que la necesaria intimidad de sus incumbencias tiende a desdibujar y tornar equívocas las expresiones que se reciben, no suficientemente comprendidas de la carga política de origen ajena al fenómeno social —familiar— sobre el que se proyecta. (Cfr. RAMS, *ob. cit.*, pág. 204).

Desde la realidad social que ha servido de pretexto a la reforma nos parece de una parte, que la igualdad no se manifiesta exclusivamente por la unidad de gestión, sino más racionalmente por una paridad de derechos y deberes al objeto de asegurar la libertad e independencia de los cónyuges.

Por otra parte, que dentro de tales coordenadas en el seno de la familia actual la igualdad de los cónyuges apunta más que a una actuación conjunta, hacia una gestión individual acordada, —aún tácitamente— entre ambos, de forma que ciertas incumbencias quedan a la exclusiva atención de uno u otro (cfr. art. 1.319 del Código Civil) o gobiernan los bienes comunes en general de forma indistinta (cfr. *La cogestión de los bienes gananciales*, de MARÍA DEL CARMEN FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, Madrid, 1997).

Recuérdense al efecto unas reflexiones de LACRUZ, en las que afirmaba que la igualdad de sexos impuesta por la Constitución es un derecho no un deber y que, como se sabe, en cada matrimonio se forma una jurisprudencia de reparto de competencias y administraciones que, a salvo las formalidades oficiales, vino sustituyendo en la práctica, antes de la reforma, a la supuesta administración marital, como va a sustituir ahora la supuesta administración asamblearia (*Derecho de familia*, cit., pág. 451).

Tanto de estas palabras de LACRUZ como de las anteriores de RAMS se deduce la idea de que en la vida cotidiana, la igualdad de los esposos es algo que se vive en el régimen interno de la familia, que se funda y descansa en la confianza mutua que determina la unión matrimonial y su permanencia. Desaparecido el antiguo temor revencional —y algunos otros— la pérdida de confianza entre los cónyuges abre el camino hacia el cese de la vida en común, ampliamente regulado en las últimas reformas del Código.

En los albores de la reforma, LACRUZ, acaso dudando de las ventajas de un riguroso gobierno colectivo de la sociedad de gananciales, aventuraba que «si una fórmula diárquica puede no ser fatal para la sociedad entre esposos es porque estos fácilmente encuentran otros modos más adecuados o prácticos de conducir en la realidad vivida su economía conyugal, respetando en la normativa del Código los requisitos y trámites como unas fórmulas vacías de contenido».

Criterios a tener presente si, como decía CAMY, en sede de administración de gananciales el legislador ha rehuído la precisión para que después la jurisprudencia y la doctrina vayan interpretando y precisando esta vaguedad de expresión en su aplicación a los casos concretos de la vida real. Parece que las consideraciones que anteceden debieran ser tenidas en cuenta frente a la rigidez con que a menudo se quiere aplicar el principio de gestión conjunta.

externo proveer a cada cónyuge de una legitimación a fin de dar seguridad al tráfico jurídico en su relación con los terceros (14).

La legitimación individual para administrar y disponer responde pues a la necesidad de facilitar la actividad habitual de los cónyuges generadora de bienes gananciales, constituye una norma de gestión. La responsabilidad de los bienes gananciales por tales actos responde a la regla de que toda facultad de gestión tiene como consecuencia necesaria la correlativa responsabilidad. Siendo la responsabilidad un efecto reflejo de actuar válidamente dentro de ciertas esferas, el CC regula supuestos de válida actuación individual de un cónyuge dentro de las normas de responsabilidad (Cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, artículos 1.362 y siguientes). (Cfr. RAMS, ob. cit. pág. 364).

Desde otro punto de vista resulta patente el carácter societario de la comunidad de gananciales, no sólo porque conserve su nombre histórico, sino porque se dan en ella los caracteres propios de la sociedad civil, contribución de uno y otro cónyuge, cargas comunes, patrimonio común autónomo y poderes orgánicos. (PEÑA, ob. cit. pág. 215). (Nota, *vide* asimismo, MAGARIÑOS, *Sociedad de gananciales y sociedad civil, Academia Sevillana del Notariado*, EDERSA, pág. 305 y ss). Por ello la actuación de un cónyuge en nombre de ella, en la esfera en que le está permitido ha sido calificada de representación orgánica no sólo por la doctrina, sino también por la jurisprudencia (STS de 16 de septiembre de 1986 y R de la DGRN de 28 de marzo de 1983 y 23 de noviembre de 1986), pues compromete, además de sus bienes propios, los comunes.

Estos poderes de representación de cada esposo se han calificado, además, de potestades porque no se dan solo en su propio interés, sino en interés de la sociedad conyugal y en interés de la familia. Las potestades con repercusión en el patrimonio común, son, ante todo, potestades familiares: administrar el patrimonio ganancial no es sólo realizar actos dispositivos u obligacionales de interés patrimonial común, es también realizar actos conducentes a la satisfacción de las necesidades de la familia (PEÑA, ob. cit. pág. 215). De potestad habla también el artículo 1.319 (15).

---

(14) La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley decía: «La reforma al atribuir la gestión a ambos cónyuges sin distinción ni ventaja para ninguno, ha tenido muy en cuenta la necesidad de agilizar los negocios y operaciones de cada uno de ellos, de impedir el bloqueo del uno por el otro y de salvaguardar el interés y las legítimas expectativas de los terceros que contraten exclusivamente con el marido o la mujer, mediante la previsión de una serie de supuestos en los cuales la legitimación para administrar, disponer y obligarse, puede ser indistinta o individual (*Código Civil, Reformas, 1978-1983, Trabajos Parlamentarios*, I. Cortes Generales, Madrid, 1985, pág. 161).

(15) En análogo sentido Lacruz, comentando el artículo 1.322 considera que la comunidad entre cónyuges se distingue netamente de la comunidad ordinaria, y que el

De todo ello se deduce una sólida justificación del endeudamiento provisional y directo del patrimonio común por actos de un solo cónyuge que, no debería quedar pendiente de la necesidad de prueba.

Facultades de un cónyuge para endeudar los bienes gananciales. Conviene reiterar que el aspecto básico de la reforma del régimen económico matrimonial en 1981 es la sustitución de las facultades del marido por la gestión conjunta y, dentro de tal sustitución, establecer los casos o supuestos en que la actuación individual de los esposos responsabiliza los bienes comunes era, por su novedad y por su trascendencia una de las más arduas tareas con que se enfrentaba la nueva regulación y, la verdad, que no se acertó con una fórmula moderna y práctica, como habían hecho otros ordenamientos que ya se habían ocupado de la materia.

En vez de establecer con claridad cuales eran las deudas privativas y las comunes (como hace, por ejemplo, el Código belga en los artículos 1.407 y 1.408, con presunción en éste último de que son comunes las deudas, si no hay prueba de que son privativas), sentó como criterio calificador para que las deudas de un cónyuge comprometieran el acervo común el que tuvieran carácter ordinario determinadas actividades económicas individuales de los esposos (16).

La responsabilidad directa de los bienes gananciales por actos de un cónyuge se regula, con carácter general en el artículo 1.365 (el artículo 1.366 se refiere a la responsabilidad extracontractual del consorcio y el 1.368 al caso de separación de hecho de los cónyuges) y se genera: por el ejercicio de la potestad doméstica o por la gestión o disposición de gananciales que por ley o por capítulos le corresponda; por el ejercicio ordinario de la profesión arte u oficio o en la administración ordinaria de los bienes propios. Si el marido o la mujer fueren comerciantes, se estará a lo dispuesto en el Código de comercio.

Por tanto, aparte no establecer el principio de responsabilidad común por actos de un cónyuge, el contraste para que el ejercicio de la actividad económica habitual de un cónyuge profesión, arte, oficio o administración de los bienes propios responsabilice primariamente el consorcio, tales actividades

---

poder de administración de aquéllos adopta la figura de una «potestad familiar», por lo que puede convenirse que la sanción de la anulabilidad es congruente con la tutela de los intereses de la familia, consiguiéndose así que corresponda solo a la persona investida del poder, el valorar la oportunidad o no de impugnar el acto (*ob. cit.*, pág. 288).

(16) Por su parte el Código francés (a partir de 1985), en congruencia con la gestión indistinta o solidaria que atribuye a ambos cónyuges en el artículo 1.421, establece, como regla general, la responsabilidad común por los actos de cualquiera de ellos (art. 1.413). Esta medida, dice LACRUZ, se adopta en seguridad del tráfico y en defensa de la contratación con terceros sobre bienes pertenecientes a la masa consorcial, excluyendo a los mencionados terceros de toda controversia interna sobre la gestión del consorcio (*ob. cit.*, pág. 349).

deben tener carácter ordinario (término que LACRUZ considera equívoco. *Ob. cit.*, pág. 422).

La ordinariedad representa un concepto tan ambiguo y de significado tan variable según las circunstancias, que resulta evidentemente inadecuado para cumplir la importante función de discernir si el negocio realizado por un solo cónyuge debe ser de cargo directo o no del patrimonio común.

La inutilidad o el descrédito de tal criterio queda suficientemente demostrado por el hecho de que desde 1981 no hay constancia de que ningún fallo lo haya invocado para decretar la responsabilidad de los bienes gananciales (si se ha traído a colación «la explotación regular de los negocios», en casos de cónyuge comerciante) (17).

En cuanto a la competencia doméstica (art. 1.319), también creadora de responsabilidad común, sus condicionamientos son todavía más complejos: que se trate de atención a necesidades ordinarias de la familia, encomendadas al cónyuge actuante, debiéndose atender, además, al uso del lugar y a las circunstancias de la familia (18).

#### LA CALIFICACIÓN DE LAS DEUDAS DE UN CÓNYPUGE

A nuestro juicio no está demás llamar la atención sobre el hecho de que la legitimación conferida a los cónyuges, al margen de la regla general del artículo 1.375, para ciertas actuaciones a solas, comprometiendo los bienes comunes, plantea una nueva e insoslayable necesidad, que no existía antes, la de calificar las deudas que contraiga uno de los esposos, lo que representa una notable rémora para el tráfico, en favor del cual debería haberse facilitado de alguna manera dicha calificación.

La necesidad de tal función no se ha destacado convenientemente en la reforma de 1981, por lo que algunos razonamientos de los autores y, a veces

---

(17) Con esta despreocupación por el tráfico, el legislador español ha desoído algunas recomendaciones de los organismos de la Comunidad Europea, como, por ejemplo, la Resolución 37/78, de 27 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa que solicitaba de los gobiernos de los Estados miembros que se tomaran las medidas necesarias para que en el Derecho Civil no exista ninguna supremacía de un esposo respecto del otro. Pero, añadía que todos estos objetivos debían conjugarse con el hecho de no comprometer la libertad y seguridad del tráfico jurídico ni atacar los legítimos intereses de los terceros.

(18) Tiene razón DE LA CÁMARA al advertir del poco respeto de esta norma para la seguridad del tráfico y la protección a los acreedores («La autonomía de la voluntad en el actual derecho español sobre la familia». *BCN de Granada*, 1986, pág. 87). Considera más adecuado el sistema francés, según el cual cada esposo puede realizar por sí solo los contratos que tiene por objeto el mantenimiento del hogar o la educación de los hijos; en cuyos supuestos toda deuda contraída por uno obliga solidariamente al otro (art. 220.1.º).

de la jurisprudencia, discurren sobre bases poco consistentes, en el sentido de no tener en cuenta este *prius* indispensable que es el definir la clase de deuda que se contempla, al objeto de aplicar, en cada caso el tratamiento correcto (como dice CARRASCO PERERA... «En el artículo 1.373 se parte de la ingenua creencia de que en un momento anterior se ha definido el carácter de la deuda». *CCJC*, septiembre-diciembre de 1986, pág. 4.015).

Desde el punto de vista de los acreedores, el supuesto en que es más relevante la calificación de una deuda es el de la disolución de la sociedad por capitulaciones postmatrimoniales con adjudicación de bienes a los cónyuges.

Para este caso el legislador ha organizado una protección eficaz del acreedor bajo la condición de que lo sea de la sociedad, es decir, de que sea titular de un crédito del que responsabiliza directamente la masa ganancial (arts. 1.317, 1.401, 1.402).

En el régimen anterior la norma no ofrecía problemas, pues de todas las deudas del marido respondían los bienes gananciales. Pero en 1981 cambió el panorama. Los antiguos poderes del marido pasaron a ambos cónyuges, que podrían actuar, con directa repercusión sobre el patrimonio ganancial, conjunta o disjuntamente (1.375, 1.367, 1.365). Pero en este último caso la responsabilidad podría ser del patrimonio común o del privativo del cónyuge agente. Surgiendo la necesidad de prueba, al no haberse establecido presunción en uno u otro sentido.

Esta indefinición de las mencionadas deudas es el gran problema que flota sobre el conjunto de las deudas de los cónyuges, cuya solución dejó en el aire la amplia reforma del régimen económico matrimonial, no obstante su gran trascendencia para el tráfico jurídico.

#### EL ARTÍCULO 1.317 Y SU ANTECEDENTE EL 1.322.3.º

El legislador quiso mantener la protección que a los terceros acreedores dispensaba el anterior párrafo 3.º del artículo 1.322, trasladando su contenido casi literalmente, al artículo 1.317 reformado («La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros»).

Pero vigente el artículo 1.322-3.º (redacción de 1975), de todas las obligaciones del marido respondían los bienes gananciales. Naturalmente que la modificación del régimen no alteraba la responsabilidad reconocida de los bienes comunes. Pero en la actualidad, de entrada, no se sabe si las obligaciones de un cónyuge gravan con carácter inmediato los bienes gananciales, extremo que resulta fundamental para el acreedor ante una disolución de la comunidad —con distribución desigual de los bienes comunes— pues puede

verse privado de la base patrimonial sobre la que ejecutar su crédito ante las dificultades de probar la naturaleza de éste en el más frecuente de los juicios que es el ejecutivo.

El acreedor de un cónyuge —contra lo que parecía designio del legislador— no disfruta de la misma y segura cobertura que gozaba el protegido por el anterior artículo 1.322-3.º. El acreedor privativo y, hay que insistir, según doctrina mayoritaria y de la DGRN, lo es todo aquél que no puede probar serlo de la comunidad, quedó preterido de la protección que reglamentan los artículos 1.401 y 1.402. Es cierto que le compete solicitar el embargo de gananciales que prevé el artículo 1.373, consuelo poco reconfortante habida cuenta de su falta de desarrollo procesal (amén del vigente grado de fluidez de las actuaciones judiciales).

En definitiva, la norma del artículo 1.322 viene a decir lo mismo que antes de la reforma, pero el panorama que contempla es distinto. Antes actuaba con eficacia general, pero ahora dicha eficacia está limitada y condicionada por el previo discernimiento de la naturaleza de la deuda. (Lo que «a efectos del Registro», tiene mucha importancia).

#### LA INTERPRETACIÓN ESTRICTA DEL PRINCIPIO DE ACTUACIÓN CONJUNTA

Un cierto culto al principio de igualdad de sexos (proclamado en la Constitución de 1978) acaso practicado con el entusiasmo que suele animar la fe de los conversos (tampoco debieran deslumbrar en exceso las proclamaciones de la última Constitución, en un país en el que, por cierto, constituciones no han faltado), hizo preponderar en la doctrina, sobre todo en los primeros tiempos la regla de actuación conjunta, expresada en el artículo 1.375 y, correlativamente, restringir a carácter excepcional los supuestos que se relacionan en el artículo 1.365, generalizándose entre los autores el criterio de que la actuación conjunta genera responsabilidad del patrimonio común y que la individual crea sólo responsabilidad privativa del cónyuge agente, estableciéndose, en la práctica o de hecho una verdadera presunción de responsabilidad privativa en este último supuesto (RAGEL, GUILARTE, HNOS. RUEDA PÉREZ, BELLO JANEIRO, dentro de una notable mayoría).

¿Es ésta la interpretación correcta? ¿Cuáles son las bases o fundamentos de tal interpretación?

Si atendemos a uno de sus más decididos valedores (GUILARTE) apoya su tesis en que, por una parte, la regla general y básica es la de actuación conjunta y, por otra, es necesario restringir la válida actuación individual, al objeto de evitar que continúe la preponderancia de la actuación marital, puesto que la familia de hoy no se asienta efectivamente en una igualdad real de los cónyuges.

Es decir, que de un lado está la literalidad de la Ley con su difuso criterio determinante de la responsabilidad común por actos de un cónyuge y de otro, la cambiante realidad social contemplada por el legislador de 1981 (la sociedad humana ha cambiado siempre, pero en los tiempos actuales es evidente que cambia a ritmo acelerado) cuyo estado evolutivo convendría identificar con la mayor precisión posible si ello ha de influir en la interpretación y aplicación de la reforma (cfr. art. 3.1 del Código Civil).

El mencionado autor al compulsar el principio de igualdad, que sienta la reforma de 1981, con la realidad sociológica de nuestros matrimonios llega a la conclusión de que las relaciones económico-matrimoniales de los esposos resultan totalmente ajenas a tal principio (*ob. cit.*, pág. 34. Nota bien, la edición es de 1991).

Que dentro de tales esquemas persiste como realidad social un matrimonio que no se asienta patrimonialmente en la contribución de ambos esposos a la actividad productiva del grupo familiar.

Ello es debido, dice GUILARTE, a la evolución regresiva de la familia consecuencia de una concepción impuesta «por el régimen salido de la guerra civil» que atribuye al hombre un papel dominante, dada su primacía intelectual y su condición de miembro que, casi exclusivamente, aporta bienes de producción al grupo.

Por todo ello, porque la realidad social española no se asienta en la equiparación de funciones y papeles entre hombre y mujer, la aplicación de las normas que regulan la responsabilidad de los bienes gananciales ha de hacerse desde la «óptica igualitaria», con la consecuencia, según el citado autor, de que la ley debe proteger en mayor medida el interés del cónyuge no interviniente —o interés de la familia en general— que a las expectativas, aisladamente legítimas, de acreedores que, eventualmente se hayan relacionado solamente con uno de los cónyuges (*ob. cit.*, pág. 44) y que en la disyuntiva entre proteger la seguridad del tráfico o el soporte patrimonial de la familia, parece que el legislador, obligado por el principio de igualdad ha optado por esta segunda alternativa en todos aquellos casos en que el endeudamiento no proceda de la actividad común de los esposos (19).

Como vemos, el amplio razonamiento que precede desemboca en una interpretación restrictiva o excepcional de la responsabilidad ganancial por actos de un solo cónyuge, criterio que es compartido por bastantes autores, aún sin esgrimir la abundancia de argumentos que exhibe GUILARTE.

---

(19) Opina el citado autor que, con sus criterios, la aplicación de la reforma de 1981 colaboraría a conseguir la igualdad efectiva entre hombre y mujer, que considera inexistente en la actualidad.

## NUESTRO PUNTO DE VISTA

Retomando la referencia al comportamiento de los esposos en el gobierno de la economía ganancial, para discurrir acerca de los niveles efectivos de igualdad entre ellos, sobre el que se proyecta la nueva regulación de la responsabilidad ganancial, disentimos claramente de la apreciación que hace GUILARTE de la igualdad que actualmente se vive entre los cónyuges.

A nuestro entender, en el entramado social de nuestros días existe un más elevado nivel de igualdad entre hombre y mujer que el puesto de relieve por el citado autor.

Entre los signos que abonan esta afirmación podrían aducirse, por ejemplo, que en las encuestas entre mujeres solteras, desde hace tiempo, el deseo de lograr un trabajo y obtener ingresos se coloca muy por delante del deseo de casarse (ya no es sólo el hombre quien aporta bienes productivos al matrimonio).

Es igualmente constatable que cada día tardan más los varones en dejar la casa de sus padres, porque sus fuerzas económicas, por sí solas, escasean para el sostenimiento de la familia (va haciendo falta colaboración de la esposa).

También es cierto que la mujer en su disputa de espacios laborales y profesionales al varón va sintiéndose más igual (liberada de seculares temores, en virtud de los modernos medios de planificación familiar) para ocupar cada día más puestos de trabajo y, en promociones recientes, nutriendo escalafones de distinguidos cuerpos de la administración, casi en paridad de número con los varones, con clara tendencia a aumentar.

En este panorama, que creemos próximo a la realidad, no parece sostenible la óptica igualitaria de que se ha hablado para entender y aplicar la nueva regulación de la responsabilidad de la sociedad ganancial y su corolario de que ante la actuación de un cónyuge sea preferente la protección de la familia representada por el cónyuge no interviniente a la seguridad del tráfico (20).

A la vista de trabajos recientes parece como si el transcurso del tiempo nos fuera alejando de estas interpretaciones que comentamos que, a pesar de seguir vigentes en algún sector, tuvieron más auge en la primera época de la

---

(20) De cada día parece más evidente que cualquiera de los esposos pueda adquirir, por ejemplo, toda clase de enseres domésticos, televisores, cadenas de música, etc. y en el orden profesional: ordenadores, furgonetas de reparto o vehículos más o menos utilitarios, etc. ¿No podría adquirirlos válidamente la mujer con los fondos ganados y en su poder? En todos estos casos se pueden aplazar pagos cuyos importes se documenten en letras de cambio, se trata de deudas de las que responde directamente el patrimonio ganancial (art. 1.365), sin embargo, si por impago de las cambiales hay que proceder a su ejecución puede resultar más que difícil la prueba de la ganancialidad de tales deudas en los trámites del juicio ejecutivo).

reforma y que hoy se van abriendo camino exégesis más proclives a admitir la responsabilidad común por actos de un solo cónyuge. (FERNÁNDEZ VILLA, «El pasivo de la sociedad ganancial: en torno al artículo 1.369 del Código Civil», *ADC*, abril-junio de 1993, pág. 43. LÓPEZ LÓPEZ en la misma revista y número, pág. 747.

Actitudes doctrinales en torno a la regulación de la responsabilidad ganancial por actos de un cónyuge.

Después de elucubrar sobre los diversos criterios con que se puede enjuiciar la eficacia de la actuación individual de los cónyuges a partir de la reforma de 1981, vamos a examinar las interpretaciones concretas que de las nuevas normas hace la doctrina.

Punto de partida obligado es que la administración y disposición de los bienes gananciales puede ser conjunta o disjunta, con repercusión en ambos casos —posible al menos en uno de ellos— sobre los bienes comunes.

La gestión conjunta al integrar ambos cónyuges la totalidad del derecho sobre los bienes gananciales, no plantea cuestión respecto de la responsabilidad directa de éstos.

En la gestión individual responden siempre los bienes del cónyuge que contrata y, en determinados supuestos, además, los gananciales.

En la realidad social vigente la actividad individual de los cónyuges se ha generalizado en virtud de la división del trabajo entre ellos, la distribución de tareas que desempeñan en el seno de la familia (el art. 1.319 lo da por supuesto) y en el manejo ordinario de su economía, lo que ha favorecido una habilitación preferentemente disjunta, adecuada a las ocupaciones habituales de cada uno de ellos lo que comporta, al decir de RAMS, una justa y necesaria repercusión pasiva sobre la masa común (*ob. cit.*, pág., 337). Como pone de relieve dicho autor, la actuación disjunta constituye en la realidad la fuente del mayor número de obligaciones gananciales.

#### RESPONSABILIDAD INTERNA Y EXTERNA

Antes de pasar más adelante nos parece necesario recordar que el pasivo ganancial se contempla bajo dos aspectos: uno mira a la posición de los acreedores frente al patrimonio común, en orden a determinar qué bienes van a responder de las deudas de los cónyuges; y en el orden interno, determinar qué bienes deben soportar los desembolsos efectuados, conforme al principio de equilibrio de las masas patrimoniales concurrentes en la economía de la sociedad ganancial (21).

---

(21) El diseño del pasivo que hace el Código Civil, atiende en primer lugar al orden externo y, después, muy en segundo lugar, al aspecto interno (RAMS, *ob. cit.*, pág. 322).

Debemos destacar que a nuestros fines interesa conocer, según los distintos supuestos, qué masas patrimoniales van a responder de las deudas de los cónyuges. La responsabilidad interna resulta colateral a nuestro propósito (22).

Tampoco los autores detienen excesivamente su atención sobre el binomio responsabilidad provisional o externa e interna o definitiva. La mayoría, después de reconocer la legitimidad de la distinción y su significado no extraen consecuencias más allá de admitir su utilidad para establecer una clara delimitación de conceptos y, a su vez, destacar que cumplen finalidades distintas (23).

La responsabilidad externa se refiere a una obligación pendiente de cumplir, la interna a la imputación de un pago ya realizado (24).

El Código Civil no habla explícitamente de responsabilidad interna y externa, pero la doctrina asimila a dichos conceptos los términos «cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales» que figuran en el título de la Sección tercera. A la responsabilidad interna se refiere el artículo 1.362, al decir que «serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas» y a la responsabilidad externa alude el artículo 1.365, según el cual: «Los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge...»

En la jurisprudencia, la distinción ha tenido poco o ningún eco (en ello ha influido sin duda el que el principio de congruencia exige que los tribunales se pronuncien sobre lo que es objeto de la demanda, la pretensión de los acreedores de satisfacer su crédito, implica un pronunciamiento sobre la responsabilidad externa, sin necesidad alguna de entrar en la distinción) de forma que al cabo de tres lustros de aplicación de la reforma las SS del TS no sólo no hacen referencia a la distinción, sino que la ignoran y al responsabilizar directamente los bienes gananciales por deudas de un cónyuge, a menudo las confunden, fungibilizando los artículos 1.365 y 1.362 a los que invocan indistintamente. Así, entre otras, en las de 19 de julio de 1987; 2 de julio de 1990.

---

(22) Si acaso para considerar el tratamiento que ha recibido de algún sector doctrinal, que parece sobreestimar el significado de la distinción con el fin de apoyarse en ella al objeto de hacer más eficaz el principio de actuación conjunta de los cónyuges en el gobierno de los bienes gananciales).

(23) Vide DE LA CÁMARA, «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad». ADC, 1986 separata, pág. 477. Díez PICAZO, *Sistema de Derecho civil*, Madrid 1987, pág. 172. ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, t. IV, 1987, pág. 169. RAGEL, *ob. cit.*, pág. 33).

(24) En la doctrina francesa se habla de «obligation à la dette», que concierne a las relaciones entre los esposos y los terceros acreedores (pasivo provisional), y «contribution à la dette» que se refiere al patrimonio deudor definitivo de la deuda y afecta a la relación de los esposos entre sí (pasivo definitivo).

No obstante, según el autor mencionado «nuestro Código ha partido de la distinción indicada como pilar básico par estructurar la responsabilidad de los bienes comunes», o como dice más adelante «como eje de todo el sistema».

Estas ideas acerca de la función que cumplen las dos acepciones de la responsabilidad, no es compartida por la doctrina mayoritaria. Ciertamente los artículos 1.362 y 1.365 tienen finalidades distintas, el primero señala qué deudas forman definitivamente, en la relación inter partes, el pasivo común; el 1.365 delimita los supuestos en los que el acreedor puede agredir directamente los bienes gananciales.

Otra cosa es la comparación de sus respectivos contenidos, que sugiere algunas reflexiones (hay entre ambos preceptos semejanzas aunque no identidad, dice LACRUZ, *ob. cit.*, pág. 436).

A la vista de la analogía entre ellos algunas voces han sugerido la supresión de uno de los dos (Vide GUILARTE, *cit.*, pág. 344).

Ciertamente dichos artículos muestran algunas coincidencias. Por ejemplo, la potestad doméstica que alude el artículo 1.365.2.º cuyo contenido se estima comprendido en el 1.362.1.º, así como la administración ordinaria de los bienes privativos. Ambos supuestos generan una responsabilidad directa ante los acreedores y, al mismo tiempo, definitiva a cargo del consorcio (arts. 1.362.3.º y 1.365.2.º) (con la especialidad que para la potestad doméstica regula el 1.319.2.º).

No obstante, entre ambos artículos existe un claro elemento diferenciador: la responsabilidad por la adquisición de bienes comunes, que figura en el artículo 1.362 y no en el 1.365; será siempre a cargo de la sociedad de gananciales, pero no siempre permitirá la agresión directa de los bienes de dicha sociedad.

Una segunda diferencia consiste en que el ejercicio de «la profesión arte u oficio», debe tener carácter «ordinario» para desencadenar aquella responsabilidad directa (no así la interna o definitiva).

En contra de este último elemento diferenciador, volátil y borroso, para hacer depender de él la responsabilidad del patrimonio común frente a tercero —con grave perturbación para el tráfico—, nos hemos pronunciado antes y a las razones en que fundamos nuestra crítica nos remitimos.

En cuanto a la «explotación regular de los negocios», que el artículo 1.362 incluye entre las causas generadoras de responsabilidad definitiva, no tiene parangón exacto con el artículo 1.365 *in fine*, que en el caso de esposos comerciantes remite su responsabilidad en bloque al CCo, sin hacer matizaciones acerca de la regularidad de sus operaciones.

Cabría observar que la palabra negocio puede no referirse necesariamente al ejercicio del comercio. Sin excluir el significado comercial del término, según la primera acepción del DRAE, negocio es «cualquier ocupación, quehacer o trabajo» (compárese con el concepto de profesión u oficio).

Además, su explotación, viene calificada de regular, lo que representaría, sino una coincidencia, al menos un nuevo punto de aproximación entre los dos artículos, circunstancia que parece ensanchar las áreas en que la conducta de los cónyuges generan una responsabilidad provisional y, a la vez, definitiva.

Relevancia de los aspectos interno y externo de la responsabilidad.

De la comparación entre ambos artículos podría colegirse que el legislador ha querido reducir la responsabilidad externa en relación a la interna. GUILARTE, llevando al extremo las consecuencias de los dos planos de responsabilidad, llega a afirmar que el artículo 1.362 afecta solo a la esfera interna y que, por tanto, «no tiene virtualidad alguna en orden a responsabilizar los bienes comunes frente a terceros acreedores» (*ob. cit.*, pág. 340).

Es cierto que el artículo 1.362 dice que gastos son carga definitiva. Pero lo que no dice es que las deudas que gravan definitivamente el patrimonio ganancial, una vez constatado su carácter común, no puedan hacerse efectivas sobre los bienes gananciales. Por ello son mayoría quienes sostienen este punto de vista. Así RAMS afirma que el esquema de las dos responsabilidades no evita que las atenciones del artículo 1.362, consideradas cargas del consorcio, sean deudas del mismo, a las que les son aplicables, por ser deudas comunes, el régimen de afección a la responsabilidad prevista en el artículo 1.369 (*ob. cit.*, pág. 325; en el mismo sentido *vide* LACRUZ, *ob. cit.*, pág. 336. También MATA, en su conferencia «Contratación de persona casada», *AAMN*, t. XXV, 1982, pág. 334).

Más recientemente, FERNÁNDEZ VILLA sostiene que una de las causas determinantes para que una obligación contraída por un cónyuge sea de responsabilidad común es que sea carga de la sociedad ganancial (*Ob. cit.*, pág. 684).

Se ha dicho que los dos planos de responsabilidad oscurecen los contornos del pasivo ganancial y quien lo afirma entiende que la responsabilidad definitiva no es un concepto que pueda quedar ligado *ab initio* con la posición deudora de un cónyuge frente al acreedor (RAMS, *ob. cit.*, pág. 335). Es necesario desligar los dos aspectos. La posición del acreedor de un cónyuge frente a la masa común es el aspecto fundamental de la responsabilidad ganancial.

Otro cosa es que tal aspecto no agote todo el ámbito del pasivo ganancial, pues se manifiesta también, y *a posteriori*, en los reembolsos entre masas, privativas y ganancial, cumpliendo una finalidad liquidatoria (se ha dicho que la responsabilidad definitiva es, en puridad de lenguaje, el verdadero pasivo ganancial).

Sin embargo dicha finalidad liquidatoria por regla general se desenvuelve alejada de la urgencia de solucionar el equilibrio patrimonial que reclama el cumplimiento de una obligación normal, exigible «desde luego» o ejecu-

table, en su caso, sobre una masa cuya determinación no debe demorarse o evitar que la determinación no sea correcta.

Finalmente, todavía cabe observar que a diferencia de la obligación contraída por un cónyuge con un tercero y pendiente de cumplir, los reintegros entre masas no son obligaciones o créditos puros, sino saldos pendientes, no exigibles de inmediato sino a compensar al final, en el momento de la liquidación, cuando las masas han dejado de estar al servicio del consorcio (25).

## V. LA RESPONSABILIDAD EXTERNA

Después de esta digresión —que nos parecía necesaria— sobre responsabilidad interna y externa, volvamos al aspecto decisivo de nuestro propósito: la responsabilidad externa o provisional. El precepto fundamental es el artículo 1.365, cuya interpretación amplia o estricta divide a la doctrina en posturas muy abiertas, algunas incluso totalmente encontradas entre sí.

Partiendo de la regla general de que la administración y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a ambos cónyuges (art. 1.375) y consecuentemente que tales bienes responden de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro, un amplio sector doctrinal entiende que el artículo 1.365 al facultar a cada cónyuge para responsabilizar el patrimonio común es una norma de carácter excepcional por lo que su interpretación debe ser restrictiva. (RAGEL, M.A. y J. M. RUEDA PÉREZ, DE LA CÁMARA, GUILARTE...).

Se aducen también como razones o argumentos en el sentido indicado que el criterio general es el de declarar las deudas que son deudas de la sociedad, de modo que, en principio y por exclusión, han de ser privativas todas las demás (PEÑA, *Comentario al CC*, M.º de Justicia, 690). Que el legislador de 1981 ha huido de cualquier criterio orientador, como el de obrar en interés de la familia para calificar las deudas como gananciales y ha optado por el casuismo, «nuestro Código se limita a recoger unos supuestos taxativos» de responsabilidad común por actos de un cónyuge (Ragel, *ob. cit.*, pág. 42) (26).

---

(25) Sin embargo LACRUZ entiende que, a pesar de que algunos artículos como el 1.358 y 1.359 remiten a la liquidación de la sociedad los reembolsos entre masas, nada impide que puedan exigirse compulsivamente antes de llegar a la cuenta final, puesto que si el Código Civil hubiera querido dilatar el cobro hasta la liquidación debería haberlo dicho expresamente.

Aunque añade, «lo que acaso significa la falta de un precepto que establezca expresamente la exigibilidad de estas deudas constante matrimonio, es la falta de curso de prescripción extintiva durante este tiempo» (*ob. cit.*, pág. 351).

(26) No está de más señalar que el artículo 1.365 no relaciona actos o supuestos concretos, sino actividades. Según el DRAE, profesión significa: «ejercer una ciencia,

Para otros autores la interpretación no tiene por qué ser restrictiva ni extensiva, la norma tiene que interpretarse «conforme a las reglas generales y no hay por qué restringir ni ampliar su sentido». (TORRALBA, *ob. cit.*, pág. 1.686). El problema en realidad será de prueba.

Al faltar una determinación legal específica de responsabilidad, dentro de la amplia legitimación de cada esposo para actuar en el tráfico y comprometer el patrimonio común, siempre que se cuestione este último aspecto hay que acudir a la correspondiente prueba. La determinación del carácter de la deuda acaba siendo un problema procesal más que de derecho sustantivo.

Si no se plantea contienda y la deuda contraída por un solo cónyuge se cumple voluntariamente (en la mayoría de los casos) no habrá problemas, realmente será una deuda satisfecha a costa del patrimonio común (arts. 1.384 y 1.361).

No deja de resultar chocante que si el mismo débito se convirtiese en litigioso y con motivo de su ejecución tuviera que anotarse en el Registro de la Propiedad, iba a resultar, a falta de prueba cumplida en contrario, practicada en el juicio adecuado —ya veremos las dificultades probatorias en el juicio ejecutivo— que, «a efectos del Registro», debe estimarse que la deuda es privativa.

#### LA PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS DE UN CÓNYUGE

A la vista del artículo 1.365 no es aventurado afirmar que la mayor parte de la actividad económica individual de los cónyuges genera responsabilidad común. Sin embargo, siempre que no exista conformidad acerca del carácter de la deuda de un cónyuge, hay que verificar su naturaleza.

Ante la ineludible necesidad de la prueba debemos ver, en primer lugar qué es lo que hay que probar y, después, referirnos a la carga de la prueba, es decir a quien corresponde probar y quien debe sufrir las consecuencias si la prueba no se produce.

El primer aspecto implica demostrar que el negocio realizado por un cónyuge es de los que responsabilizan directamente los bienes gananciales, que la fuente de la obligación constituye uno de los supuestos específicos relacionados por el Código como de responsabilidad consorcial.

---

arte, oficio, etc.», y oficio: «ocupación habitual». Es decir, que en el ejercicio de tales actividades entra, como componente básico, la habitualidad, la continuidad en la actividad. De forma que los quehaceres que comprende el precepto en cuestión abarcan prácticamente toda la actividad económica o productiva de los esposos como fuente de obligaciones gananciales, lo que se compadece mal con el casuismo con que algunos autores citados más arriba tratan de determinar los supuestos concretos de responsabilidad común por actos de un cónyuge.

Algún autor ha puesto de relieve que, teniendo en cuenta que las actividades que enumera el indicado artículo constituyen de ordinario fuente primaria de ingresos de la masa común (cfr. el art. 1.347), las deudas que originan, la Ley «las declara apriorísticamente y de cara al acreedor como si de deudas probadamente consorciales se tratase y exime al referido acreedor... de probar tal extremo». (RAMS, *ob. cit.*, pág. 335). Pero estas consideraciones teóricas no se aplican así en la realidad. El que el acto que se cuestiona esté comprendido dentro de los relacionados en el repetido artículo 1.365, facilita la prueba, pero no la evita.

Frente a la todavía mayoritaria interpretación restrictiva de la responsabilidad común por actos de un cónyuge se han levantado voces discrepantes (GORDILLO, ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, más recientemente, FERNÁNDEZ VILLA). Partiendo de la idea de que la comunicación de bienes es traducción de la unión personal que crea el matrimonio, que el patrimonio común se halla afecto a los fines del consorcio (cfr. el art. 1.318) y que el cumplimiento de tales fines lo llevan a cabo los cónyuges conjunta o disjuntamente según las normas de gestión examinadas, la consecuencia es que la calificación de las deudas de los cónyuges no puede hacerse desde un análisis casuístico sino globalizante, en contemplación de las necesidades familiares para cuya satisfacción se contraen.

En un estudio publicado en 1989, Gordillo Cañas (*El pasivo de la sociedad ganancial; un ensayo de sistematización. Homenaje al Profesor ROCA JUAN*, Murcia, 1989) critica la que podríamos considerar doctrina mayoritaria (27), según la cual las deudas gananciales pretenden señalarse caso por caso, por pura determinación legal, estimando que para adentrarse en el complejo entramado del pasivo de la sociedad de gananciales es necesario superar el «casuismo sin rumbo» y proveerse de un criterio básico orientador, en función del cual situar y explicar el sentido de la norma.

Al igual que el casuismo rechaza, a su vez, el significado que algunos autores —como GUILARTE— atribuyen a la dicotomía entre responsabilidad interna y externa, a la que consideran clave de toda la regulación de la responsabilidad ganancial (*ob. cit.*, pág. 352).

En vez de atender al puro casuismo, se estima más razonable y más acorde con el discurso lógico buscar un criterio objetivo con el que configurar el pasivo ganancial, criterio que, por otra parte, se puede inducir de las determinaciones legales.

Al lado de este criterio objetivo existe otro, subjetivo, según el cual la actuación conjunta compromete siempre los gananciales, cualquiera que vaya

---

(27) A su juicio, el tratamiento del pasivo ganancial en la doctrina resultaba de lo más variado y desconcertante, que no se había superado la sorpresa inicial causada por la reforma.

a ser la responsabilidad interna o definitiva. Este criterio subjetivo resulta de la ley y no plantea problema alguno, si acaso el de la futura imputación de la responsabilidad definitiva.

El criterio objetivo se requiere en las deudas personales, para discernir las contraídas en interés particular del cónyuge actuante de aquellas otras que contrae «en beneficio o interés del consorcio, así como las que se orientan a la satisfacción de las necesidades familiares puestas a su cargo» que deben gravar, además, los bienes gananciales. (GORDILLO, *ob. cit.*, pág. 354).

Entiende el citado autor que la ley parte decididamente de los dos criterios: uno objetivo o intrínseco, derivado de la finalidad de la deuda y otro, subjetivo, consecuencia de la actuación conjunta de los cónyuges. Los dos criterios se materializan, el objetivo en el artículo 1.362, «lo que se cede en beneficio del consorcio y lo que se orienta a la satisfacción de las necesidades familiares puestas a su cargo, deben gravar los bienes gananciales», y el subjetivo se manifiesta por medio del artículo 1.367 y también por el 1.363.

A estas ideas, opiniones mayoritarias oponen el que implican una reducción excesiva del ámbito de aplicación del artículo 1.375, un privilegio para los acreedores así como dejar prácticamente sin función el artículo 1.365 (cfr. GUILARTE, pág. 368) (28).

Ciertamente la lectura que hace Gordillo del repetido artículo 1.362 representa una posición minoritaria dentro de la generalidad de la doctrina. No obstante la justificación en que funda la responsabilidad ganancial por actos de un cónyuge, el beneficio o interés del consorcio y la satisfacción de las necesidades puestas a su cargo, al margen de su correcta ubicación o encuadre en el articulado del Código, resulta difícilmente objetable y, desde luego, coincide ampliamente con la jurisprudencia del TS, como tendremos ocasión de ver (29).

En conclusión, a pesar de las objeciones de algún sector de la doctrina, cabe afirmar que el criterio más aceptado para calificar la deuda de un cón-

---

(28) Ante esta última observación insiste GORDILLO en que el artículo 1.362 es la norma indicadora de la ganancialidad pasiva objetiva o intrínseca, siendo su total y única finalidad. Manteniéndose en dicho ámbito objetivo por referido a la actuación separada o individual de los cónyuges, viene a indicar que la responsabilidad ganancial, incluso definitiva, no exige la actuación conjunta, indicación que, a la vista de frecuentes afirmaciones doctrinales, se demuestra no absolutamente inútil (*ob. cit.*, pág. 362).

(29) GORDILLO, aparte su preocupación por establecer un criterio ordenador del pasivo ganancial, donde creemos que más acierta es en criticar, más que el casuismo, las razones y las consecuencias del mismo. Sólo desde la solución casuista, se puede llegar a «la inversión que significa determinar las deudas gananciales en función de la responsabilidad ganancial y no al contrario» o, lo que parece todavía más equivocado, «la sobreestimación del dato puramente procedimental sobre el sustantivo o de fondo, hasta en razón de aquél, condicionar la calificación de la deuda como ganancial o privativa» (*ob. cit.*, pág. 354).

yuge como ganancial es el de si se ha producido a consecuencia de una actividad beneficiosa para la familia. Lo cual constituye el objeto decisivo de la prueba si se cuestiona judicialmente la naturaleza de la deuda individual de un esposo. Estas ideas son compartidas por la mayor parte de los autores (ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid 1984, pág. 218; ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Curso de derecho de familia*, Madrid 1988, pág. 255; ABELLÓ MARGALEF, *RDP*, 1983, «Notas sobre cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales», pág. 807, entre otros muchos).

#### EL INTERÉS DE LA FAMILIA

Por razón de lo que acabamos de decir, nos parece obligado detener nuestra atención sobre el interés de la familia como contraste básico y determinante de la ganancialidad de la deuda contraída por un cónyuge. Más aún cuando algún sector doctrinal rechaza frontalmente que puede ser utilizado con tal finalidad después de la reforma de 1981. Así RAGEL (*ob. cit.*, pág. 429) y, sobre todo, GUILARTE (*ob. cit.*, pág. 436 y ss.) (30).

---

(30) En el derecho anterior, de «las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido» respondían, además de sus bienes propios, los gananciales (art. 1.408.1.º).

Se había suscitado la cuestión de si los gananciales debían responder en todo caso de las obligaciones del marido o solo cuando éstas se habían contraído en interés de la familia.

Unos autores sostenían esto último con carácter general; si bien se presumía, *iuris tantum*, que las obligaciones del marido se habían contraído en interés de la familia. Presunción que se aplicaba a falta de una regla explícita. Pues el artículo 1.386 constituía un supuesto singular de que los bienes gananciales consistieran en frutos de los parafernales de la mujer, solo respondían de las obligaciones personales del marido, si se probaba que redundaba «en provecho de la familia».

Otro sector doctrinal sostenía que, salvo lo dispuesto en el artículo 1.386, el 1.408.1.º, al responsabilizar los gananciales por las obligaciones del marido, incluía toda clase de obligaciones, aunque las mismas no se hubieran contraído en beneficio de la sociedad conyugal. Así lo entendía LACRUZ, con quien coincidía DE LA CÁMARA, que estimaba que el texto legal era claro y que no permitía distinguir «frente a terceros entre deudas contraídas en servicio del consorcio y las puramente personales». Para excluir la responsabilidad de los bienes comunes eran precisos el fraude o la contravención del Código, según lo dispuesto en el artículo 1.413.3 (DE LA CÁMARA, *ob. cit.*, págs. 476/7).

LACRUZ señala que el legislador, por respeto a la posición del marido en la familia y al interés de los terceros, no se atrevió a realizar *erga omnes* una discriminación más perfecta entre el interés de la sociedad conyugal y el personal de los cónyuges, que debía quedar reservada a las relaciones internas. («En torno a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales», *cit.*, págs. 541/2). (Por el invocado interés de los terceros y en contemplación a la libertad y autonomía de cada cónyuge, ¿no habría sido conveniente, ahora, establecer también la responsabilidad común por principio y relegar al orden interno los posibles reintegros entre masas?).

Dichos autores parten de la premisa de que el legislador de 1981 ha reglamentado unos supuestos concretos y taxativos de actuación individual que desatan la responsabilidad común, sin referencia alguna al interés familiar, a diferencia de lo que hace, por ej., el Código italiano en su artículo 186.

Las razones por las que rechazan el criterio mencionado son varias: *a)* porque es un concepto jurídico indeterminado, de carácter evolutivo que solo con la asistencia del decisionismo puede ser concretado; *b)* porque en la gestión contractual prima la idea de la actuación conjunta frente a la actuación beneficiosa para la familia y, finalmente; *c)* porque se ha estimado que el interés familiar se aplica, no por su bondad sino por su universalidad y poca dificultad para su aplicación (cfr. GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 440) pero no porque tenga apoyo en el texto reformado (31). Sin embargo, no falta quien opine de otra manera, entendiendo que, también en su redacción actual «late en el Código el principio de que al contraer deudas uno solo de los cónyuges ha de haber actuado en interés de la familia para que respondan los bienes comunes». Y se invocan los artículos 1.377 (la autorización del Juez a un cónyuge para un acto de disposición, cuando falta el consentimiento del otro, la concederá «cuando lo considere de interés para la familia»), el 1.389 (en los casos en que recaiga la administración en un solo cónyuge, el Juez puede establecer cautelas o limitaciones «cuando lo considere de interés para la familia») y, en fin, el artículo 1.389 «Si como consecuencia de un acto de administración o de disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiese éste obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él», será deudor a la sociedad por su importe. (ABELLÓ, «Notas sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales», *RDP*, 1982, pág. 807).

En cuanto a la jurisprudencia del TS, igual que ocurría bajo la vigencia del derecho anterior, después de la reforma, ha venido considerando el interés de la familia como el fundamento determinante de la responsabilidad común por deudas de un cónyuge, en principio, juzgando hechos ocurridos antes de 1981, en los que no hacía falta probar el carácter consorcial de la deuda puesto que lo eran todas las del marido gestor. Pero siguió aplicando el mismo criterio también a los hechos acaecidos con posterioridad (cfr. LACRUZ, *ob. cit.*, pág. 420). De forma que la doctrina heredera de la jurisprudencia nacida y justificada en el sistema originario del Código Civil, sigue manteniendo su plena vigencia en la actualidad.

Así que tanto en la ley actual como en la sustituida, el interés de la familia constituye, en palabras del TS, el «soporte ético» de las facultades para en-

---

(31) A nuestro juicio, las cualidades de bondad y universalidad parecen razones decisivas más bien para consagrar el principio del interés familiar que para rechazarlo.

deudar el patrimonio común (S de 23 de enero de 1987. Se refería a hechos ocurridos antes de 1981) (32).

Conforme al artículo 41.5.º de la Compilación aragonesa (que según creencia extendida ha influido claramente en la nueva regulación de la sociedad de gananciales), son deudas comunes las «del marido o de la mujer en cuanto redunden en beneficio común o hayan sido contraídas en el ejercicio de una actividad útil a la comunidad» (útil «que trae provecho», según el DRAE).

Por su parte la reciente Ley sobre el Derecho Foral del País Vasco de 1 de julio de 1992, en su artículo 102 establece que «las deudas y obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges, sin consentimiento del otro, únicamente serán de cargo de la respectiva mitad comunicada del obligado...». Se establece un procedimiento análogo al del artículo 1.373 del Código Civil según el cual, notificado el cónyuge del deudor tendrá derecho a pedir la disolución de la comunicación foral, en cuyo caso solo quedarán sujetos a responsabilidad los bienes adjudicados al obligado... Pero ese derecho del no deudor, no tendrá lugar si el acreedor probare «que la deuda ha repercutido en beneficio de la familia».

A la vista de todo ello y en especial de la jurisprudencia del TS, cabe concluir que el interés de la familia solo puede entenderse en el sentido de beneficio para el patrimonio consorcial y, a la vez, que constituye el auténtico fundamento de la responsabilidad común por actos de un cónyuge.

#### LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES GANANCIALES

Volviendo al planteamiento inicial respecto de la prueba, después de examinar su objeto hay que referirse a la carga de la misma, es decir, a determinar quien debe sufrir las consecuencias en el caso de que la prueba no llegue a realizarse.

La convicción más extendida en la doctrina es que el acreedor de un cónyuge que se proponga agredir el patrimonio ganancial por medio de una

---

(32) Del interés de la familia se ha hablado en distintas acepciones. En un sentido estrictamente jurídico se le considera como un interés superior al puramente individual de los cónyuges, especialmente tutelado por el ordenamiento jurídico porque en él se reconoce el del Estado, del que la familia constituye la primera célula social.

En otro sentido más económico, interés de la familia equivale a beneficio del grupo familiar, que se inicia por la unión de dos personas, con evidente trascendencia económica, pues la persecución de los fines del matrimonio requiere de los bienes materiales, de un patrimonio con regulación específica y que se halla directamente adscrito al cumplimiento de los mencionados fines. Obviamente, es en este último sentido que hay que entender el interés de la familia conforme se deduce de las SS del TS y confirman recientes normas forales.

ejecución debe probar que la deuda que se ejecute es de aquellas de las que deben responder los bienes comunes.

Este criterio es, a la vez, al que se atiene la jurisprudencia del TS, aunque, como veremos, es poco rigurosa en la exigencia de dicha prueba. Sin embargo, la DGRN mantiene a rajatabla que para que el cumplimiento forzoso de una obligación se pueda llevar a cabo sobre los bienes gananciales, debe probarse y declararse en el correspondiente fallo judicial, que de tal obligación responden directamente los bienes comunes (art. 1.365) (33).

Sin embargo, la doctrina no es del todo unánime, algún autor ha sostenido que al igual que existe una presunción de ganancialidad activa (art. 1.361, «los bienes existentes en el matrimonio» se presumen gananciales mientras no se pruebe lo contrario), existe también una presunción de ganancialidad pasiva en el derecho reformado en 1981, que entregó a los dos cónyuges los poderes que antes tenía el marido (cfr. la R. de 28 de marzo de 1983), de forma que cualquier obligación de los cónyuges se presumiría a cargo de la sociedad de gananciales, salvo que se probara ser privativa (34).

Entre otros argumentos se aduce que «por lógica no podemos admitir que, en el lado pasivo, la presunción sea de privatividad, pues en tal supuesto la prestación u obligación asumida por el cónyuge tendría carácter privativo y la correspondiente prestación, que sería el activo de la misma obligación, tendría carácter ganancial». Sería absurdo que respecto de los bienes o activo la presunción general sea de ganancialidad y respecto de las deudas o pasivo de los cónyuges la presunción sea la contraria.

A pesar de la calidad dialéctica de estas razones, se les ha opuesto, en primer lugar, que la supuesta presunción de ganancialidad no tiene su apoyo en ningún precepto legal y no cabe admitir una presunción que ninguna norma establece (DE LA CÁMARA, *ob. cit.*, pág. 492) y, en segundo lugar, que sería un contrasentido que el Código estableciera como regla general la codisposición, bien a través de la actuación conjunta de los cónyuges, bien a través de la actuación de uno de ellos con el consentimiento del otro y que, sin embargo, sin precepto que expresamente lo establezca, se considerasen gananciales las deudas contraídas por un cónyuge. (TORRALBA, *ob. cit.*, pág. 1.750).

---

(33) Cfr. la Resolución de 28 de octubre de 1987, según la cual «la genérica condena de pago dictada contra un cónyuge solo podrá hacerse efectiva sobre sus propios bienes, precisamente, para que la ejecución se extienda también a los gananciales es necesario que la sentencia dictada en el procedimiento adecuado declare de forma indubitada su responsabilidad directa».

(34) ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, «La ganancialidad pasiva», en *RDN*, t. 117-118, pág. 20, y, antes, «Sociedad de gananciales, bienes gananciales y ganancias», en la misma revista, t. 116, págs. 21 y 22.

La contrarréplica viene de aquellos autores que entienden que cargar la prueba al acreedor convierte en letra muerta el artículo 1.365 (*vide* DIEZ PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, pág. 189). Por ello, en tiempos recientes surgen nuevos puntos de vista y nuevos argumentos a favor de la responsabilidad directa de los bienes comunes (35).

FERNÁNDEZ VILLA insiste con nuevos argumentos que de las deudas de los cónyuges deben responder primariamente los bienes gananciales y que la carga de la prueba de la condición de la deuda que se quiere hacer efectiva sobre el patrimonio común no le incumbe al acreedor, sino al cónyuge del deudor (trabajo cit., pág. 734). Entiende que al afirmar el artículo 1.911 que del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor «con todos sus bienes...» se entiende que entre ellos están los gananciales. El acreedor que contrata con un cónyuge lo hace sin realizar indagaciones previas. Si llega el caso de plantear una demanda judicial para exigir el cumplimiento de la obligación contraída no tiene —no debe tener— necesidad de probar la naturaleza de la deuda (36).

Como la única cuestión a discernir es si la deuda es carga de los bienes gananciales y esto es algo que pertenece al régimen interno de los cónyuges, para los terceros debe ser indiferente (salvo que tuvieran obligación de conocer una situación específica). Es el cónyuge del deudor quien deben probar que la deuda no es de aquellas que persiguen los fines del consorcio y, por tanto, que es privativa (*vide* FERNÁNDEZ VILLA, pág. 735) (37).

Un razonamiento análogo cabría hacer a partir del artículo 1.322, según el cual el acto de disposición (también de administración) realizado por uno

---

(35) «En buena lógica y de acuerdo con una coherencia general de la regulación, habría de admitirse la responsabilidad solidaria de los bienes privativos y gananciales ante deudas privadas, en base al criterio que rige para las deudas comunes, por la protección del acreedor, siempre teniendo en cuenta el interés de la familia, y aunque no se trate más que de una responsabilidad provisional, sin perjuicio del juego de la relación interna entre los cónyuges». LÓPEZ PÉREZ, «Aspectos externo e interno de responsabilidad en la sociedad de gananciales: interés del acreedor y de los cónyuges». *ADC*, abril-junio 1993, pág. 752.

(36) No existe acción declarativa de la ganancialidad de la deuda, de lo que deduce que no puede presumirse *prima facie* que toda deuda contraída por un cónyuge sea privativa. *Ob. cit.*, pág. 736.

(37) Ante tal situación, el no deudor dispone de la facultad que le confiere el artículo 1.373. Pero, ¿tendrá que fundamentar su derecho a exigir la sustitución? El artículo nada dice en este sentido. Sin embargo se ha sostenido que «el cónyuge notificado de un embargo que se pretenda ejecutar por una deuda que se estime consorcial, no estará, sin más, en el supuesto del artículo 1.373, con su correlativa facultad de sustitución, sino que previamente habrá tenido que combatir de otra manera la pretendida naturaleza consorcial de la deuda, para poder hacer uso de la facultad que el referido precepto reconoce» (CARRASCO PERERA, *CCJC*. Sep-Dic 1986, pág. 4.015). Sin embargo, la petición de sustitución no parece que tenga necesidad de justificarse. Así se deduce de la STS de 29 de abril de 1994.

de los cónyuges sin el consentimiento del otro, cuando éste sea necesario, podrán ser anulados a instancia de éste o de sus herederos. Es decir, el acto mantiene una eficacia aparente, el consentimiento de su consorte se presume (cfr. la STS de 6 de octubre de 1988), pero el acto se halla expuesto a la acción de impugnación, y se convalida por el transcurso del plazo para ejercitarla.

Siendo el acto de disposición más trascendente para el patrimonio común que un negocio obligacional que pueda repercutir sobre él, el artículo 1.322 constituye un argumento nada desdeñable en favor de que la obligación contraída por un cónyuge afecte también, *prima facie*, al patrimonio ganancial mientras no sea impugnado por su consorte, lo que redundaría en la tesis de que no es el acreedor quien tendría que probar, en su caso, la ganancialidad de la deuda, sino que será el cónyuge del deudor quien tenga que demostrar que por la finalidad de la deuda contraída, el cónyuge actuante no estaba legitimado por sí solo para contraerla y, por consiguiente, que la deuda debe ser responsabilidad privativa del cónyuge que contrató.

A propósito del artículo 1.322, conviene poner de relieve que en la práctica, la eficacia del negocio dispositivo tiene notables diferencias en comparación con el negocio obligacional. Pues si los actos de disposición a que se refiere el mencionado artículo recaen sobre bienes inmuebles, difícilmente podrán alcanzar plenos efectos, puesto que el Notario no puede autorizarlos (arts. 156.8 y 169 del RN) ni el Registrador inscribirlos (arts. 93 y 94 del RH).

Otra cosa ocurre con los negocios obligacionales. Cualquiera de los cónyuges puede contraer obligaciones por sí solo en el vasto campo en el que está legitimado (art. 1.365) y respecto a aquellos para los que carezca de legitimación, por una parte, el consentimiento del cónyuge se presume (38) y, por otra, el transcurso del plazo para impugnar convalida los mencionados actos, lo que conduce a que en la realidad cotidiana resulten «naturalmente» comunes la inmensa mayoría de las deudas de cada cónyuge que, sin embargo, si se cuestionan y tienen que hacerse valer en un procedimiento judicial (en general, y en algunos procedimientos, en particular), pueden topar con dificultades prácticamente insuperables para probar en juicio lo que son en la realidad.

Las dificultades probatorias conducen con frecuencia a las presunciones, que ocupan —merecidamente— el último lugar en el índice de medios de prueba que contiene el artículo 1.215 del Código Civil y que por cierto, no figura en la relación de tales medios del artículo 578 de la LEC. La presun-

---

(38) Según la mencionada Sentencia de 6 de octubre de 1988, el consentimiento del cónyuge se deduce no sólo de su pasividad, sino también de la no oposición a la actuación de su consorte, conociéndola, incluso entiende que el silencio puede ser revelador de consentimiento.

ción no es propiamente un medio de prueba, sino un remedio para cuando los verdaderos medios de prueba no existen. Es «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» (ORBANEJA Y HERCE, *Derecho procesal civil*, vol. I, Madrid, 1955, pág. 283).

Si tenemos en cuenta la trascendencia que tiene para el tráfico la ágil y segura determinación de la naturaleza de las deudas contraídas por los cónyuges casados en régimen de gananciales, se impone o bien establecer presunciones legales, en el sentido que el legislador estime conveniente, o relacionar con precisión las deudas que son de una u otra naturaleza.

El frecuente recurso a las presunciones en la materia que tratamos viene determinado por la falta o dificultad de los medios de prueba ordinarios. Ciertamente es mayoritaria la doctrina que sostiene de hecho una presunción de privatividad de las deudas contraídas individualmente por un cónyuge, y decimos de hecho porque sin invocar el concepto de presunción se sostienen sus consecuencias, en el sentido de que a falta de prueba se considera que la deuda contraída por un cónyuge es privativa. Esta es la inamovible tesis de la DGRN y también de muchos autores (TORRALBA... RAGEL, GUILARTE, etc.).

De la Cámara entiende que si del título de una deuda no se puede deducir su carácter, hay que inclinarse *prima facie* por considerarla privativa, «no tanto porque exista una presunción legal de privatividad, que como tal presunción legal, tampoco existe, sino por aplicación de los principios generales» (ob. cit., pág. 493).

Otros entienden que no hay presunción de ningún tipo a favor o en contra de la ganancialidad pasiva. La prueba de los hechos incumbe a quien alegue una pretensión (art. 1.214 del Código Civil). «Si la naturaleza ganancial o privativa 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» (CARRASCO PERERA, ob. cit., pág. 4.015).

De las consideraciones hechas antes acerca de la actuación de un cónyuge sin consentimiento del otro, que tiene una eficacia condicionada a la impugnación del consorte, que mientras ésta no se produzca y presumiéndose el consentimiento de este último, la consecuencia es que la prueba de que una obligación contraída por un cónyuge no recae sobre los bienes gananciales es carga de su consorte (39).

---

(39) En análogo sentido se ha dicho que el que un cónyuge no pueda actuar solo no significa que no pueda vincular los gananciales con su actuación individual frente a los acreedores. Lo más que significa es que su consorte podrá anular esta actuación y, con ello, impedir que el deudor responda con los mencionados bienes. (FERNÁNDEZ VILLA, ob. cit., pág. 690).

Incluso se ha llegado a afirmar que si la reforma de 1981 no ha instaurado un principio de presunción de ganancialidad pasiva, no es porque lo considerase oportuno, sino, quizá, porque no era necesario. (F. VILLA, *ob. cit.*, pág. 734) (40).

## VI. RESUMEN

1. La aplicación del principio de igualdad entre cónyuges ha comportado un cambio radical en el gobierno de la sociedad de gananciales, antes competencia exclusiva del marido —salvo excepciones— y ahora conjunta de ambos esposos.

---

(40) El citado autor apoya su tesis en los siguientes razonamientos: «si la titularidad de los bienes gananciales es común a ambos cónyuges y sin atribución de cuotas (lo que posibilita que puedan entenderse incluidos en el «todos» del que habla el artículo 1.911 del CC); si los cónyuges deben actuar siempre en interés de la familia (art. 67 del CC), con lo que si se presume el carácter privativo de toda deuda contraída por un cónyuge, se puede estar presumiendo entonces que infringe ese deber; si los cónyuges están obligados a levantar las cargas del matrimonio (cfr. art. 1.318 CC), y éstas se consideran deudas de la sociedad (art. 1.362.1 CC), de cuyo cumplimiento responde el deudor con sus bienes privativos (art. 1.911 CC) y con los gananciales, solidariamente (art. 1.369 Código Civil); si la presunción de ganancialidad activa empobrece los patrimonios privativos de los cónyuges hasta el extremo de quedar reducido el activo a meros créditos contra la masa ganancial; si la prueba de la ganancialidad de la deuda puede llegar a ser «diabólica» para el acreedor, en comparación con la mayor facilidad que para probar la privatividad de la misma tendrían los cónyuges..., si el consentimiento que debe prestar el cónyuge del actuante puede ser meramente tácito, e incluso confirmarse posteriormente la actuación individual del cónyuge deudor, y hasta convalidarse por transcurso del plazo de impugnación, y si el acto realizado sin este consentimiento se considera válido y lo será siempre, aún cuando lo impugne el cónyuge que debió prestar su consentimiento —el acto se mantendrá, la impugnación puede dar lugar a una indemnización—, si los bienes gananciales quedan sujetos siempre, aún en el caso de que la deuda sea privativa (art. 1.373 CC) y, en cuanto al pasivo provisional del patrimonio ganancial, hemos visto que los bienes de esta naturaleza quedan sujetos de modo principal cuando la deuda la contrae un cónyuge en su esfera de legitimación (art. 1.365 CC), aunque no sea deuda de pasivo definitivo del patrimonio ganancial, que si no estaba el cónyuge legitimado para contraerla por sí solo, deberá impugnarla su consorte para excluir el carácter principal de la afección; si cuando un cónyuge obtiene un beneficio o lucro exclusivo o causa un daño dolosamente a la sociedad, debe accionar su consorte para obtener la restitución, igual que cuando el acto lo realiza el cónyuge en fraude de los derechos del otro en la sociedad, y sí, en este último caso, además, ha mediado *consilium fraudis* entre el cónyuge deudor y el tercero, el consorte de aquél deberá rescindir el negocio para obtener la restitución; si todo ello es así, ¿cómo puede concluirse que toda deuda contraída por un cónyuge actuando sin consentimiento de su consorte (no contra) se presume privativa? Ante todas estas objeciones, para que la deuda se presuma privativa creo que el legislador debió establecerlo así, expresamente porque con la actual regulación del régimen legal de gananciales no veo de donde puede deducirse esa presunción. Pero tampoco existe la presunción de ganancialidad de la deuda: ésta es sencillamente innecesaria».

Pero la actuación conjunta no se impone con carácter absoluto. Para facilitar el manejo de los bienes familiares y en favor de la seguridad del tráfico, se confiere a cada cónyuge una legitimación individual dentro de cuya esfera puede comprometer los bienes comunes.

2. La existencia de estas facultades individuales, incongruentes con la situación de comunidad que comparten los cónyuges, plantearon dudas acerca de la existencia real de comunidad entre ellos y de si había variado la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales. La doctrina mayoritaria estima que dicha sociedad conserva la misma naturaleza que antes de la reforma.

3. No se han tenido en cuenta todas las consecuencias o repercusiones de la Ley 11/1981 en el vario universo jurídico del derecho privado. Por ejemplo —no el único—, el artículo 1.317 pretende dar a los acreedores la misma protección jurídica, ante una modificación del régimen económico matrimonial, que el anterior 1.322.3.º Sin embargo, este último contemplaba siempre deudas de la sociedad, puesto que lo eran todas las del marido administrador (arts. 1.413 y 1.408.1 anteriores), pero en la actualidad, la protección del artículo 1.317 la reserva el artículo 1.401 sólo a los acreedores que lo sean de la sociedad, no a los particulares de los cónyuges.

Este hecho tiene una extraordinaria importancia dentro de la actividad judicial ejecutiva, en cuyo ámbito se produce el embargo de bienes gananciales, objeto de este trabajo.

4. La doctrina se ha quejado unánimemente de que la reforma no haya proveído los medios necesarios, sobre todo, de carácter procesal, para actuar y hacer operativos los nuevos derechos concedidos a los cónyuges (cfr. R de 23 de noviembre de 1983), entre ellos y en sus relaciones con terceros (41).

5. La legitimación de un cónyuge, dentro de su actividad económica habitual, para comprometer los bienes gananciales (al margen de la regla general del artículo 1.375 cuya aplicación no presenta problemas), plantea una nueva e insoslayable necesidad, que antes no existía, la de calificar la deuda que contraiga uno de los esposos. Lo que representa una notable rémora para el tráfico.

La importancia de tal función parece ignorada por la reforma, que no se ha preocupado de facilitar su realización.

6. Al no relacionarse taxativamente las deudas de un cónyuge que gravan directamente los bienes gananciales (cfr. el art. 1.408 del Código Civil

---

(41) Se ha entendido que la regulación procesal debió acompañar la reforma sustantiva y ser dictada por el legislador civil. No cabía remitirla a una futura e hipotética modificación de la LEC, —incierta y no específicamente preocupada por la materia— siendo así que «el legislador de las normas materiales se halla, según el carácter de éstas, en mejores condiciones para establecer las procesales». *Vide* PRIETO CASTRO, Algunas notas con ocasión de la ponencia del Doctor DE LA CÁMARA «El embargo de bienes gananciales», *RAJL*, ANALES, núm. 16, pág. 149.

belga) ni establecerse una presunción clara en tal sentido (cfr. el art. 1.413 del *Code français*), si la deuda de un cónyuge es objeto de controversia, hay que acudir necesariamente a la pertinente prueba para verificar su carácter y obtener el correspondiente pronunciamiento judicial. La relación del artículo 1.365 facilita dicha prueba, pero no exime de ella. De aquí que la naturaleza de la deuda de un cónyuge, cuestión de derecho sustantivo, si hay disconformidad acerca de ella, se convierte en problema de derecho procesal.

7. En torno a la prueba, que se desarrolla en el trámite judicial correspondiente para comprobar la naturaleza de la deuda de un cónyuge que sea objeto de ejecución, se han puesto de relieve las siguientes cuestiones:

a) La imposibilidad de practicarla en el juicio ejecutivo, lo que desposee al acreedor del favor del artículo 1.401 del Código Civil.

b) El importante problema de la carga de la prueba. Todavía es mayoría la doctrina que estima que es al acreedor ejecutante a quien corresponde probar la naturaleza de la deuda si quiere agredir los bienes comunes (esta es la invariable postura de la DGRN, como veremos).

Sin embargo, no faltan autores inclinados a considerar que la deuda de un cónyuge casado en régimen de gananciales se debe presumir responsabilidad del consorcio ganancial.

El criterio inspirador de dichas posturas consiste en primar bien la defensa del tráfico o el interés del cónyuge no deudor, en el que algunos ven la defensa de la familia.

Entre ambos extremos siguen siendo mayoría los primeros, aunque el transcurso del tiempo parece desplazar ligeramente el centro de gravedad hacia el segundo.

Sin embargo el TS manifiesta su inclinación favorable al tráfico, pero no prescindiendo de la necesaria prueba, sino facilitándola, exigiéndola con poco rigor. Incluso se aproxima a la presunción de considerar ganancial la deuda contraída por un cónyuge en la Sentencia de 25 de enero de 1989.

c) El contraste que se emplea para demostrar si la deuda de un cónyuge debe ser de responsabilidad común, es el llamado interés de la familia o beneficio del consorcio. Este criterio, al principio algún autor supuso que era debido a inercia de la jurisprudencia anterior a la reforma, sin embargo, se ha mantenido y consolidado plenamente en los más de tres lustros transcurridos desde la vigencia de la Ley 11/1981.

8. En la dicotomía entre responsabilidad interna y externa resulta evidente que el embargo de bienes gananciales, que se desarrolla dentro de la actividad judicial ejecutiva, contempla la agresión directa de los bienes comunes, lo que atañe a la responsabilidad externa o provisional; sin entrar en posteriores consideraciones referentes al equilibrio entre las masas que concurren a la economía familiar.

Finalmente, el tiempo transcurrido desde 1981 y las carencias advertidas, parecen aconsejar algún retoque, al menos en cuanto a lo señalado al principio de proveer medios procesales para hacer efectivos los nuevos derechos concedidos a los cónyuges en la Ley de 13 de mayo de 1981.

MIGUEL VAQUER SALORT  
Registrador de la Propiedad



# DICTAMENES Y NOTAS



# Castán Tobeñas y los Registradores

*SUMARIO*.—1. CONGRESO DE DERECHO FORAL EN ZARAGOZA. 1946.—2. PREPARACIÓN DE OPOSICIONES «EL CASTAN».—3. EN SU CASA DE LA CALLE DE GOYA.—4. HOMENAJE DE LOS REGISTRADORES: SINCRONIZACIÓN.—5. COMISION DE JUSTICIA DE LAS CORTES.—6. COMISION DE CODIFICACION.—7. ACADEMICO: 7.1. DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN.—7.2. EN LA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS.—8. COLABORACION EN LA REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO.—9. CASTAN EN LA BIBLIOTECA DEL COLEGIO DE REGISTRADORES: 9.1. TRABAJOS EN REVISTAS, DE CASTÁN TOBEÑAS.—9.2. LIBROS DE CASTÁN.—9.3. ESTUDIOS SOBRE CASTÁN.

Pocas veces en la vida intelectual, académica universitaria —ya larga—, tiene uno la ocasión y el honor de escribir un tema de encargo (\*), tan rico, tan entrañable, como el del título que precede a estas cuartillas. Primero por CASTÁN (don José); segundo por la referencia concreta a los Registradores, cuando uno ya está —como diría San Pablo— al final de la carrera, recorrido el camino y mantenido la fe (y la fe pública registral). Con plena autonomía, y con alegría natural y sincera. Acercándonos así a lo que don José era: una persona sencilla y buena, que destellaba y proyectaba gozo, y un fecundo aliento en lo humano y en especial para el jurista. Todo pudo hacerlo desde una madurez en la ciencia del Derecho desde sus principios, hasta las realidades o métodos o temas más complejos —fuesen *sentencias* o *discursos*— siempre valiente, audaces, ricos en proyecciones. Con la reciedumbre de la *casta* de juristas aragoneses, que siempre hemos sido, más que políticos, o ideológicos o pragmáticos.

Aquí hay que decirlo, de entrada, así, a borbotones, para ir acercándonos más a nuestro tema. Porque no siempre se ha visto —o recordado, al menos— esa atención peculiar suya respecto al Registro y a los Registradores. Y como

---

(\*) La Casa de Aragón de Madrid prepara un libro sobre JOSÉ CASTÁN COBEÑAS, aragonés ilustre. El tema encomendado se ofrece como primacía a los lectores de *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

la óptica es también más amplia y sincera quizá fuese bueno, volver la vista atrás, para poder ver más fuertemente hacia adelante.

## 1. CONGRESO DE DERECHO FORAL EN ZARAGOZA. 1946

Apenas terminada la Segunda Guerra Mundial, y dentro de las complejidades de aquel entonces, resulta —con la perspectiva de ahora— como un sueño, el Congreso en Zaragoza que reúne a los foralistas de toda España para replantear las bases de los regímenes jurídico-civiles propios. Los mejores juristas del ámbito privado, estuvieron allí. El alma, la fuerza de la persuasión, la competencia técnica y profesional de los asistentes —Catedráticos de Civil, Abogados, Magistrados, etc.— estaba cimentada por don JOSÉ CASTÁN. (El Registrador de Zaragoza, *Batalla*, foralista, era la persona más ligada a Castán entonces.)

Seguí este Congreso —llevaba segundo de Derecho. Tendría unos dieciocho o diecinueve años. Era residente-becario de la Diputación Provincial, en el Colegio Mayor «Cerbuna». Dirigía una «tertulia literaria» que acaparaba una buena parte de la actividad cultural zaragozana, animada por otras instituciones, como «Fernando el Católico», Teatro Principal (Anadón) y medios informativos. Publicamos un reportaje de este Congreso en el número 2 de la Revista *Cerbuna*, con la fotografía de los congresistas y asistentes habituales, algunos ya desaparecidos, como LACRUZ BERDEJO, ALONSO LAMBÁN, MARTÍN BALLESTEROS, aunque sobrevive LORENTE SANZ, Abogado del Estado, al pie de la Facultad de Filosofía y Letras en la cual entonces se albergaba también la de Derecho.

Conocí personalmente a don JOSÉ CASTÁN en el Colegio Mayor, presentado por su equipo rector don FERNANDO SOLANO, don JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ CAMPOAMOR y don PEDRO ALTABELLA, y de la mano de don MIGUEL SANCHO IZQUIERDO, este último, rector y foralista de principios, procedente de Calanda, y que había sido diputado de la CEDA agraria en la República.

Naturalmente, nosotros..., un estudiante, no nos podíamos imaginar que pudiera ser algún día Registrador. Pero al saludar a don JOSÉ me pareció haberle conocido hacía tiempo... Fui a él con naturalidad y me alegró conocer aquel primer tomo (entonces uno de los cuatro que tenía el «Derecho Civil, Común y Foral», que el SEU me había facilitado prestado —como a todos los becarios— y que si sacaba sobresaliente lo «regalaban», como ocurrió con aquel primer tomo. (Los demás, ya me los tuve que comprar). Que fue el inicial encuentro con CASTÁN, que me facilitaba completar la personalidad natural suya. Llena de afecto. Lo que aquel volumen I respiraba.

Mis conocimientos del *Castán* traspasaban el propio Derecho Civil, porque todo el esquema, todo el saber, pensar y reflexionar sobre la norma, la

ley y la justicia, servían de prolegómenos para el resto de materias y asignaturas. Saber el *Castán* era garantía de saber mucho Derecho y casi en las demás ramas.

## 2. PREPARACION DE OPOSICIONES: «EL CASTÁN»

Así lo pude advertir ya preparándome para las oposiciones de Registradores. En aquellos años difíciles las últimas oposiciones habían sido en 1948; la nuestra seis años después, 1954, y las siguientes a las nuestras, 1960. Y pocas plazas (treinta y tres). Fui con el *Castán* sabido, sin otros apuntes y resúmenes que los propios personales.

El esquema, la sistemática, el orden, la naturaleza, el reflejo pedagógico de lo principal, de lo secundario, lo llamativo o lo más meritorio —más en letra pequeña— la sentencia anotado en la página o en el momento exacto, natural, sin engreimiento... todo esto te hacía cómodo —aunque difícil— poder entender qué es el Derecho Civil y cuál y cómo debería saber un Registrador (aunque existían contestaciones más rápidas o accesibles a cada cual). Era —el *Castán*— una pedagogía prerregistral, motivadora o enriquecedora. Por aquellos años surgió en Cataluña otro seguidor de CASTÁN, y de ahí que hubiera cierta simetría entre los cuatro volúmenes de ROCA SASTRE y los otros cuatro del CASTÁN. Y entre ellos, una gran sincronización.

Este acercamieto natural no emanaba sólo de la ciencia, o de la pedagogía, o de la bondad. Respondía a una valoración previa sobre el Derecho, la justicia, el bien común. Y de manera especial sobre la seguridad jurídica, como expresión creadora de la propia justicia. Porque no sólo había sido un buen maestro en su Cátedra, o un buen magistrado del Tribunal Supremo (luego su Presidente), sino que, doctrinalmente tenía una visión amplia e interdisciplinaria de la ciencia jurídica. Era un iusnaturalista, dentro de una concepción dinámica y activa del Derecho natural cristiano, lo que en Aragón siempre había sido un buen arsenal: MENDIZÁBAL, el P. MARINA, LEGAZ LACAMBRA, SANCHO IZQUIERDO, PÉREZ BLESA, etc. Aunque explicase el retracto genticilio, o la servidumbre de luces y vistas, CASTÁN levantaba el vuelo, centraba el tema en los conceptos y objetos generales, materiales, formales o institucionales con sus efectos.

Se le veía un sesgo regeneracionista que parecía heredado de JOAQUÍN COSTA. O un sesgo vitalista y social con un eco sereno del Justicia de Aragón. Pero todo ello, expuesto, con humildad, sin ribetes agrídulces, como salidos de la *naturaleza de las cosas*. de todo ese hervor —en la posguerra española en la búsqueda de una reconciliación ahormada en las instituciones jurídicas—, CASTÁN fue maestro y conductor. Los Registradores de aquellos años, tuvieron la gozada de conocer esa experiencia, ese contagio y calor humano

que tuvo con nosotros todos, como un título de señoría, de confianza y de seguridad.

### 3. EN SU CASA DE LA CALLE DE GOYA

Cuando andando el tiempo, al colocar una placa en su casa de la calle Goya, eran muchos los Registradores —bastantes jubilados— los que acudieron allí. Yo era uno de ellos y por eso escribí lo que apunto ahora, con ratificación:

*«En unos momentos singulares de la vida española, para unos de crispación generalizada, para otros (Julián Marías, por ejemplo) de «decadencia», fue una gozada el “atasco” —sin ninguna manifestación contestataria— en la calle Goya, 46, de Madrid, con ocasión de colocar una placa “... José Castán Tobeñas... vivió en esta casa de 1933 a 1969”. Cuando el Alcalde de Madrid, José María Álvarez del Manzano, con José María Castán Vázquez, hacían descender los lazos de las cortinas que cubrían aquella —sencilla— placa, una ovación de los asistentes, viandantes y curiosos —también desde ventanas y azoteas próximas— y una emoción nos invadía. Y el tráfico se paraba espontáneamente, con alegría. Había muchos destacados juristas, catedráticos, magistrados, notarios, registradores, académicos, profesionales del Derecho (varios centenas).*

*El recuerdo, el aplauso, la permanencia material en Madrid, con el hombre del ilustre académico y maestro aragonés, vecino de la capital de España, era como un aire fresco. Para el Derecho y la justicia. Es difícil encontrar un jurista, un cultivador del Derecho, que no haya acudido a Castán Tobeñas o que no haya conocido o estudiado el Castán. Saberlo era como un título y premio, como un placet para quien quisiera ejercer la docencia jurídica, especialmente en el campo del Derecho Civil, y de una manera más singular, para la abogacía, el notariado o la función calificadoradora registral.*

*Ese aire fresco, en una mañana primaveral madrileña, ayuda a compensar tanto abandono y olvido en que los grandes maestros, como le ocurre a ORTEGA o a don FEDERICO DE CASTRO, están cayendo. Es uno de los resultados de la mediocridad legislativa, de la impronta jurisprudencial, y de las controversias de «intereses corruptos». La ciencia y praxis del Derecho Civil encontraron en CASTÁN, sistema y altos vuelos. Porque las raíces del catedrático,*

*maestro, académico y jurisconsulto, eran fuertes: las de la dignidad de la persona, las del bien común. Con energía, por ejemplo, para enmarcar a todo un Derecho de Familia, e incluso al Derecho Inmobiliario Registral. Quienes hablaron en la calle Goya, 46, a muy ilustres personalidades del Foro, de la Cátedra, y de las Academias, lo hicieron no ya en el tono de la alabanza, como «herederos» e una sabiduría jurídica, sino de la proyección —por vigencia— hacia el futuro (Iturmendi, Vallet de Goytisolo, Pascual Sala, Alvarez del Manzano). El hijo, Castán Vázquez, nos hizo recordar la humanidad de don José, sus vinculaciones madrileñas —desde un aragonesismo natural— su amor al Derecho y a la justicia, hacia la verdad por la libertad. Por eso, un aire fresco y luminosos había entrado en Madrid por la calle de Goya, 46, una mañana primaveral. Lejos de la crispación. Con fuerza para doblegar la «decadencia»... (aunque luego algún medio de comunicación diera a este acontecimiento el rango de «noticia de barrio»).*

Entre uno u otro acontecimiento —1946 y 1969— pasaron muchas cosas. Fueron como una sucesión de tracto, o tracto sucesivo, interdependientes, acaso personales, pero que son ofrecidos en un horizonte abierto, en coincidencias con otros profesionales o estudiosos del Derecho en su preparación profesional.

#### 4. HOMENAJE DE LOS REGISTRADORES: SINCRONIZACION

En la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, no tuve mucha suerte con los profesores de Derecho Civil: MARTÍN BALLESTEROS, que ya destacaba como figura, había de partir sucesivamente de Gobernador Civil de Logroño o de Vitoria (era la etapa de Ministro de Gobernación del catedrático de Derecho Civil don BLAS PÉREZ GONZÁLEZ, autor del *Pérez y Alguer*). SANCHEO SERAL pasaría al Banco Hipotecario; JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO se iniciaría en la docencia inmediatamente al terminar la licenciatura, mientras a su vez preparaba el doctorado, y Cátedra. Fue en quinto curso, 1948-49, en el que gozó con su magisterio, pero insistió más en el «Derecho de Familia», que en el de «Sucesiones». Sus apuntes sobre aquel Derecho familiar eran un verdadero compendio. Para el resto de Derecho Civil, el *Castán* era nuestro punto de apoyo (el mismo que servía de preparación para Registros y Notarías). Han sido muchos los autores que se han referido a esa excepcional aportación al mundo registral. Hay un número monográfico de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* —septiembre-octubre de 1989—, con motivo de cumplirse cien años de dos nacimientos, el de CASTÁN y el del Código

Civil. No se me dio la oportunidad de colaborar entonces en aquel número, y lo suplo ahora con una referencia a sus colaboradores principales y cuyo tema era más referido a Castán:

*«Hernández Crespo, Decano (presentación), Castán Vázquez, su hijo (formación de los Registradores; y el propio Castán Tobeñas, «Influencias de la Ley Hipotecaria sobre la renovación del Derecho y la cultura de nuestra patria» (reproducción de un artículo del centenario de la Ley Hipotecaria de 1961); Chico y Ortiz (sobre los derechos reales); Rivas Martínez (sobre el derecho sucesorio); Gimeno y Gómez de la Fuente (Derecho Foral); Pau (Derecho Comparado); Almoguera (Justicia y equidad); Valladares (los derechos humanos); Rodríguez Infiesto (sobre sentencia acerca de prodigalidad dictada por Castán, de 25 de marzo de 1942)...»*

Aquellas notas me permiten abreviar, o insistir en los numerosos puntos estudiados por Registradores y referidos a CASTÁN. En un doble plano: el que nace de los cuatro iniciales «tomos» del *Castán*, como elemento formador, sistemático, claro, preciso, ordenado, para los Registradores, y de otro, la fuerza creadora y renovadora del Derecho mismo, a través del Derecho Registral. Allí encontró CASTÁN una reflexión muy cuidadosa para toda su magna obra no sólo como Presidente del Tribunal Supremo, o como tratadista doctrinal, o Presidente de la Comisión de Codificación, o de la Real Academia de Jurisprudencia. Nosotros, diríamos, que no había solución de continuidad, entre aquellos grandes campos, o áreas, o actividades, o presencia de CASTÁN. Aquellos autores citados penetran cada uno en parcelas distintas, desde los *derechos reales*, que en principio es materia más concreta como ámbito de Derecho Civil —Derecho hipotecario— hasta los derechos humanos, la dignidad de la persona, o el CASTÁN agrarista, del que hablaría CORRAL DUEÑAS, también en aquel volumen homenaje.

Mi encuentro, pues, con un CASTÁN que me viene de unos textos que pronto se hacen clásicos. Con ellos —y los de otro Registrador y Notario, ROCA SASTRE— pude embadurnarme de la ciencia jurídico-civil e hipotecaria básica para ingresar en las oposiciones de 1954, posteriores a las de 1948, y anteriores a su vez a las de 1960. Con la formación que otro aragonés ilustre, Abogado del Estado AGUSTÍN VICENTE GELLA, me había proporcionado en la carrera, obtuve el principal bagaje para mi tarea y trayectoria registral. Como nosotros, cientos de Registradores anónimos, lo recuerden o no. Como explica largamente las ideas y consideraciones propia sobre los Registradores y su función, tanto en la elaboración constructiva doctrinal como en la «calificatoria».

Además de los nombres anteriormente citados, se recuerdan los nombres de Registradores, con quienes tuvo un trato personal, directo, o una colabo-

ración: RAMÓN DE LA RICA, CABELLO DE LA SOTA (que sería Decano), VENTURA TRAVESET, CERVERA (otro Decano), ALONSO FERNÁNDEZ (de la Junta y Director General de Registros), CÁNOVAS COUTIÑO, Pío CABANILLAS (a quien utilizó para trabajos pre-legislativos; GONZÁLEZ PÉREZ, al que incorporó a la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, su cancha editorial más a mano), MANUEL AMORÓS, y ya no digamos con don JERÓNIMO GONZÁLEZ, con quien tenía una vieja amistad desde la etapa del Doctorado, y quien llegó a ser durante la República Presidente de la Sala I de lo Civil del TC, en la que estaban como magistrados — y por tanto subordinados— CASTÁN y DE BUEN. Otros nombres, ya en relación con la Dirección General, serían, además del citado ALONSO, PALOP, PABLO JORDÁN DE URRIES —aragonés y paisano—, VICENTE LLEDÓ, SEBASTIÁN MORO, BALLARÍN IPIENS, PEÑA. En los estudios en 1969, colaboramos nosotros, con PLUTARCO MARSÁ, FERNÁNDEZ CABALLERO, LORENTE SANZ y ALVAREZ ROMERO.

## 5. COMISION DE JUSTICIA DE LAS CORTES

Hasta 1963, me queda de don José la impronta de aquel trato y conocimiento de juventud —acaso agrandado, de manera singular por nuestra amistad— su primo, el gran periodista y escultor don FERNANDO CASTÁN PALOMARES, a quien la tertulia «Cerbuna» hizo su miembro de honor y al que visitábamos en su casa de Alfonso XII, junto al Retiro, cuando su hija MARÍA LUISA era cortejada por PASCUAL MARÍN PÉREZ, otro gran doctrinario, y del que guardo grato recuerdo y al que rindo homenaje. Y luego, con el aprendizaje y anotación del *Castán*, con subrayados de colores, reducción y ampliación de notas marginales, etc. En 1963 se producen en mi tarea pública el nombramiento de la Dirección Letrada de los Servicios Jurídicos Sindicales, en la que sustituí a Pío CABANILLAS y a POVEDA MURCIA. Esto llevaba consigo, en cierta forma de cooperación, la Procuraduría en Cortes. Se me adscribió a la Comisión de Justicia que presidía don JOSÉ CASTÁN. De inmediato me nombró Secretario de la Comisión, que en aquella etapa parlamentaria, cuando se trabaja más en Comisión que en Pleno, tenía una gran aproximación al Presidente, tanto en lo burocrático, como en la designación de ponencias, comunicaciones internas, recuento de votaciones, etc. Fueron Vicepresidentes sucesivamente LÓPEZ PALOS y POVEDA MURCIA. Mientras designados de aquella Comisión solían ser los Directores Generales de Registros y Notariado —como los ya citados— y al que agregaría ESCRIBÁ DE ROMANÍ, pero que fue por el Tercio de representación familiar. La Comisión se nutría, en una buena parte, por Juristas, Magistrados, Abogados del Estado, Notarios y Registradores, naturalmente completada con los representantes de familia, municipales y sindicales, entre los cuales no faltaban los registradores. JOAQUÍN VIOLA,

luego Alcalde de Barcelona, y posteriormente asesinado, estaba como representante familiar; ARALUCE, Notario —también asesinado—, por las Corporaciones Locales. Algunos procedían como designación directa, SÁNCHEZ CUESTA, y otros actuaban en Justicia, como don ISIDRO DE ARCENEGUI. La verdad es que don JOSÉ CASTÁN tuvo con los Registradores —Procuradores en Cortes— un exquisito trato, no de favor, sino de trabajo, de responsabilidad. Las polémicas CABANILLAS-VIOLA-HERRERO TEJEDOR (que luego sería también Presidente de la Comisión) alcanzaron un alto grado doctrinal jurídico. Las reformas legislativas en el área civil, hipotecaria y mercantil tuvieron —en lo posible— el diseño *Castán*, por su autoridad, su independencia, y su ejemplaridad. Para redondear este aspecto, recordaré a ARTURO GALLARDO RUEDA, que era un letrado-jefe de aquella Comisión de Justicia y Registrador, además de un buen tratadista de la seguridad jurídica registral, tema que don José vio siempre como cuestión esencial.

## 6. COMISION DE CODIFICACION

Y el otro efecto indirecto de aquel nombramiento técnico-jurídico fue designarme miembro de la Comisión de Codificación. Entonces era don JOSÉ CASTÁN el Presidente, y el Ministro de Justicia, ITURMENDI. Me designaron miembro permanente (este matiz fue idea de CASTÁN) con independencia de mi condición de la Dirección Letrada antes mencionada, que era accidental, pues incluso cuando cesé, continué como tal miembro permanente hasta 1976. Estuve adscrito a la Sección Contencioso-Administrativa, que presidía EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, y a la Procesal, con don VALENTÍN SILVA MELERO, Presidente de la Sala IV, luego representante en el Consejo del Reino. Mantuve la confianza aún con los Ministros, ITURMENDI, Y ORIOL Y URQUJO. En la Comisión de Codificación, CASTÁN tuvo con los Registradores que formábamos parte de ella —algunos de los ya citados— una gran confianza. Y sus vicisitudes, en este orden de cosas, eran sentidas como propias, aunque sólo excepcionalmente se interfería en las designaciones. GALLARDO RUEDA, como Secretario General Técnico, lo era también de esta Comisión, a la que estuvieron adscritos los Registradores y Notarios, provenientes de los respectivos Colegios.

## 7. ACADEMICO

### 7.1. DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

CASTÁN TOBEÑAS fue Presidente electo de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Constituyó una etapa muy intensa. Había sido electo

por aquélla don JERÓNIMO GONZÁLEZ, y ese fue durante bastante tiempo su enlace con los Registradores. Había más Notarios, y su actitud fue semejante. Posiblemente el matiz pudo estar en que don JOSÉ CASTÁN estimulaba la presencia de Registradores —no muy dados a lances académicos, por su propia dispersión— en la Real Academia antedicha. Convenció a don RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL —entonces uno de los mejores hipotecaristas de primera línea—, y además el propio CASTÁN fue quien tuvo a su cargo el Discurso de Contestación, y lo hizo en términos de gran compenetración para la actividad profesional registral, más allá de ideologías, etc. Allí tuvo también trato personal y de amistad con el Notario y también Registrador, don RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, cuyo «*Derecho hipotecario*» —ahora reeditado— ha constituido también una buena parte en la formación de los Registradores y de consulta profesional.

Cuando se promovió un homenaje en Zaragoza (por la CAI), con ocasión del Centenario de su nacimiento (con intervención de su hijo CASTÁN, LÓPEZ JACOISTI, JESÚS MARINA, CRISTÓBAL MONTES, GARCÍA CANTERO), a mí, como Registrador de la Propiedad, me asignaron el puesto de coordinador, que me iba bien. (Así lo reflejo en *Propiedad Inmobiliaria y seguridad jurídica registral*. Colegio N. Registradores-Madrid, 1995).

Aún quiero añadir otro dato de esta sincronización registral-castaniana: hemos recordado la relación, amistad, y compañero del TS con JERÓNIMO GONZÁLEZ: éste fue académico electo el 19 de noviembre de 1932. Pero falleció el 9 de noviembre de 1946 y no llegó a leer el Discurso. Y don JOSÉ CASTÁN fue nombrado por Orden de 10 de octubre de 1946, tomando posesión el 23 de mayo de 1949. Fue —según nos consta— para don JOSÉ CASTÁN un sentimiento especial, el no haber podido coincidir en la Real Academia, cuando habían compartido tantos avatares humanos y sobre todo tantas tareas jurisprudenciales y doctrinales en el campo de la formación de hipotecaristas.

## 7.2. EN LA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

Don JOSÉ CASTÁN fue académico en la *Real de Ciencias Morales, Sociales y Políticas*, de la de *Jurisprudencia y Legislación*. Sobre sus *Discursos* de ingreso ya hemos hablado antes. En la obra de NAVARRO RUBIO, *Aragonés en la Real Academia de Ciencias Morales* (Zaragoza, 1989, págs. 81 y ss.) «*Semblanza de don JOSÉ CASTÁN*», se da un detalle exhaustivo de sus obras, y al final se destaca el papel *formador en los profesionales del Derecho*, entre ellos los Registradores. Su *Discurso* versó sobre «*La equidad, en la cultura occidental europea*». Le contestó don ELOY MONTERO (fue el 4 de junio de 1950).

Se había mostrado partidario de que en aquella Academia formasen parte, o estuviesen representados los profesionales jurídicos, como Notarios, Magis-

trados, y Registradores (esto último se cumpliría años más tarde con don JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, a quien incorporaría a la *Revista de General de Legislación y Jurisprudencia*.

## 8. COLABORACION EN LA REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

Como ya hemos advertido casi al comienzo, en don JOSÉ CASTÁN había una alta visión de la relación entre profesión o actividad jurídica, la formación y la investigación. Precisamente su trabajo «Teoría de la aplicación e investigación del Derecho: *Metodología y técnica operativa en Derecho Privado positivo*. Madrid, 1947 —y también en numerosos discursos de inauguración de los Tribunales de Justicia—, había destacado los «principios» y los «métodos», y de una manera expresa —págs. 370-375— había aludido a que «las profesiones jurídicas requieren un aprendizaje que la Universidad no puede proporcionar plenamente y que sería deseable no se abandonase, como por lo general sucede todavía hoy, a las posibilidades y esfuerzos de cada cual, después de comenzada la actividad profesional».

Esta reflexión, que empapaba muchas otras reflexiones iusfilosóficas y iusprivatistas, se había manifestado —como antes hemos apuntado— en diversas contestaciones a programas —en 1922— para el ejercicio de la Judicatura, y en 1926 —en tres volúmenes— al Derecho Civil para Registros, con una segunda edición en 1932, y una tercera de 1941, con un apéndice en 1945 en colaboración con BATLLÉ VÁZQUEZ, luego Rector de Murcia, Procurador en Cortes y ex alumno de CASTÁN en Valencia. Tales textos, los del 45, son los que conocí en la carrera de Derecho —figuraban también en las «Academias de preparación», con BARTUAL, en Valencia, y MADERO, en Madrid —en donde me formé— ABELARDO GIL MARQUÉS, DEMETRIO MADRID o CATALINO RAMÍREZ y otras posteriores.

Pero de aquella reflexión había surgido el interés, la difusión, y la colaboración que dispensó siempre a la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ya que «supo recoger no sólo las aspiraciones y los ideales del Cuerpo de Registradores y Notarios, enriqueciendo la producción jurídica patria con excelentes trabajos sobre los más diversos temas relativos a la propiedad territorial y al Derecho privado general». Así lo dice en su «Influencia de la LH sobre la renovación del Derecho y la cultura jurídica en nuestra Patria» (trab. cit., pág. 4).

Sus propias colaboraciones en la *Revista Crítica* —además de las ya citadas— constituirían de por sí, un trabajo monográfico, digno de publicar, enlazado también con algunos de sus discursos. En unos y otros el tema de la seguridad jurídica aparecía con fuerza y exigencia.

## 9. CASTAN EN LA BIBLIOTECA DEL COLEGIO DE REGISTRADORES

Me he asomado unos días a la Biblioteca del Colegio de Registradores. No es porque allí trabajase CASTÁN —ni en su sede actual, Príncipe de Vergara, 72, ni en la anterior de Gran Vía—. Lo hacía, esencialmente en la Biblioteca del Tribunal Supremo, la de las Academias y la suya particular. Lo traigo aquí para que se advierta esa atención, recíproca, o cual sea presencia «activa» —intelectual— entre el tratadista, maestro y los Registradores. Hay donaciones de sus obras, adquisiciones y aportaciones. Este apartado es muy querido para mí. Lo quiero presentar como no exhaustivo, o sintomático. Lo divido en estos grupos:

### 9.1. TRABAJOS EN REVISTAS DE CASTÁN TOBEÑAS, INCORPORADOS, FICHADOS Y DETALLADOS EN LA BIBLIOTECA DEL COLEGIO

- «Don Ramón de la Rica». *Homenaje*. CER. Madrid 1976.
- «El Derecho Social. Diversos criterios de definición y valoración de esta nueva categoría jurídica». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 1. 1944.
- «El Derecho a la representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria». *Idem*, t. IV, 1942.
- «El Derecho a la presentación lineal del artículo 811 del CC», *RDJ*, sep. 1940.
- Una Conferencia de Ramón Roca Sastre, sobre «la necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el derecho de sucesión» (varios tomos), *RGLJ*, 1943-46.
- «Aplicación y elaboración del Derecho. Esquema doctrinal y crítico». *Idem*, t. VIII, 1944.
- «La idea de Justicia en la tradición filosófica del mundo occidental». *Idem*, XII.
- «El problema axiológico en la sucesión testamentaria». *Idem*, 1946, XIV. 1947.
- «Las escuelas jurídicas y el concepto de Derecho». *Idem*, XIV, 1947.
- «La vocación jurídica del pueblo español». *Idem*, t. XVI. 1948.
- «El Derecho y sus rasgos en el pensamiento español». *Idem*, XVIII, 1949-50.
- «La equidad y sus tipos históricos», t. XIX, 1950.
- «En torno a la función notarial». En *Anales de la Academia Matritense del Notariado*.

- «Poder judicial e independencia judicial». *RGLJ*. 1951. 1950.
- «Apertura Año Judicial». *RDP*, t. XXXV. 1961.
- «Los derechos de la personalidad». *RGLJ*, t. XXV, 1952.
- «Inauguración Curso Instituto de Estudios Jurídicos». *Anuario Derecho Civil*, t. V, 1952.
- «Ordenación sistemática del Derecho Civil», *RGLJ*, t. XXVII, 1953.
- «La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad». *RGLJ*,
- «Hacia la constitución científica del Derecho Notarial». *R.D. Notarial*, julio 53.
- «Ordenación sistemática del Derecho Civil». *RGLJ*, t. XXVIII, 1954.
- «Apertura de Tribunales», *R. D. Privado*, t. XXXVIII. 1954.
- «Familia y propiedad (la propiedad familiar en la esfera civil y en el Derecho agrario)». *RGLJ*, t. XXXVI, 1955.
- «Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo actual». *Idem*, 1956.
- «Apertura de Tribunales», *R. D. Privado*, t. XL, septiembre 1956.
- «Reflexiones sobre el Derecho comparado y el método comparado». *Idem*, t. XXXV, 1956.
- «Horizontes actuales de la unificación supranacional del Derecho». *Idem*, t. XXXVII. 1958.
- «La dogmática de la herencia y sus crisis actual». *Idem*. XXXIX. 1959.
- «Crisis mundial y crisis del Derecho». *Idem*, t. XI, 1960.
- «Humanismo y Derecho». *Idem*, t. XLII. 1961.
- «Discurso sobre la uniformidad legislativa iberoamericana y filipina». II Congreso Iberoamericano y filipino de Derecho Procesal. *Idem*, 1962.
- «La propiedad y sus problemas actuales». *Idem*, t. XLV, 1962.
- «La compilación del Derecho Civil especial de Galicia». *Idem*, t. XLVI, 1963.
- «Situaciones jurídicas subjetivas». *Idem*. t. XLVII, 1963.
- «Los últimos avances en la condición jurídica de la mujer española». *Idem*, t. XLVI, 1963.
- «Discurso en defensa del Proyecto de Compilación del Derecho Civil especial de Galicia, ante las Cortes». *Boletín Ministerio de Justicia*, núm. 611. 1963.
- «Apertura Tribunales. Año Judicial 1965-66». *R. D. Privado*, 1965.
- «La socialización y sus diversos aspectos». *Idem*, t. LIII, 1966.
- «La idea de Justicia». *Idem*, t. LIII. 1966.
- «La seguridad social y su actual perspectiva (bosquejo doctrinal y crítico)». *Idem*, t. LII, 1966.
- «La política social y sus orientaciones actuales». *Idem*, t. LII, 1966.
- «Apertura Tribunales. Año 1966-67». *R. D. Privado*, t. L. 1966.

- «In Memoria: don Antonio Quintano Ripollés». *RGLJ*, t. LIV, 1967.
- «Necrológica: el profesor Biondo Biondi, romanista, civilista y amigo de España». Idem, t. IIV, 1967.
- «Aragón y el Derecho. Reflexiones ante la nueva Compilación Civil». Idem, LIV, 1967.
- «Necrológica: don Eduardo Aunós Pérez». Idem, t. LV, 1967.
- «La idea de justicia su trayectoria doctrinal y su actual problemática», t. LVI, 1968 (tres volúmenes).
- «In Memoria: don Ramón de la Rica y Arenal». *RGLJ*, t. LVIII, 1968.
- «Los derechos del hombre». Idem, t. XVII, 1968.
- «La personalidad, la metodología y la obra de Jerónimo González. (Presentación de Libro *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*. M. Justicia, 1948.

Se reproduce en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, en el número monográfico en Homenaje a Jerónimo González, 1948.

## 9.2. LIBROS DE CASTÁN

El «Muestrario» de los trabajos de CASTÁN en las diversas revistas que se guardan en la Biblioteca del Colegio, por sí solo es de una riqueza jurídica, o intelectual, de primera magnitud. Por los temas, por la amplitud de horizontes, porque desvela las grandes preocupaciones filosófico-jurídico y de Derecho positivo y humano (sistematizar todo ello, nos llevaría muy lejos).

Completo en este punto de «presencia» de CASTÁN en la Biblioteca, que es una manera singular de interrelación con los Registradores.

Allí se guardan, desde la 1.<sup>a</sup> edición de su «*Derecho Civil*»... *Obra ajustada al Programa de 9 de diciembre de 1925. Registros de la Propiedad*. Editorial Reus. 1926, 905 pág. La edición para Notarías, y las sucesivas más conocidas «*Derecho Civil español, común y foral*», dos tomos, 3 volúmenes en 1926 y 1927. Hasta llegar a las posteriores, con adiciones de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS (6 Tomos 1971-1979) y otras ediciones últimas. También la de *Derecho Civil y Foral. Cuestionario para aspirantes a Judicatura*. Apéndice 1935.

Una parte de los trabajos que se han citado en el apartado anterior y que ven la luz en diversas revistas, se publican como ediciones propias y especiales de Ed. Reus, con lo que alcanzan una gran difusión.

### *Otros libros de Castán que reseñamos son*

- *Derecho de Familia*, por THEODOR KIPP y MARTÍN WOLF.
- *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española*, por BLAS PÉREZ GONZÁLEZ.

- *Tratado de Derecho Civil*, por LUSWING ENNECERUS. 2.ª edición 1952.
- *El Derecho y sus rasgos en el pensamiento español*. 1950.
- Prólogo a la obra de RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*.
- *Hacia un nuevo Derecho Civil*. Conf. en Colegio Notarial de Valencia, 1933.
- *Jurisprudencia Civil*. 1943-1968.
- *La actividad modificativa o correctora en la interpretación investigadora del Derecho*. Murcia. 1946.
- *La crisis del matrimonio (ideas y hechos)*. Con un prólogo de Quintiliano Saldaña. Madrid, 1914 (Biblioteca Sociológica de Autores Españoles y Extranjeros).
- *Ordenación sistemática del Derecho Civil*. 1954.
- *Medicina y Marañón. Actualización de la 12.ª Edición («Leyes Civiles de España»)*. 1968 (3.ª edición).
- *Los derechos del hombre*. 1969.
- *Los derechos de la personalidad*. 1952.
- Presentación de la obra del doctor Mario Díaz Cruz, *La doctrina del Derecho subjetivo*.
- Idem. «*Teoría del deber jurídico y del derecho subjetivo*». *El hombre miembro y el hombre voluntad*, de PEDRO PASTOR y RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE.
- Prólogo a la obra A. Maura. *Dictámenes...*, por MIGUEL MAURA GAMAZO Y ROMERO.
- Prólogo a la obra de MENGUAL Y MENGUAL, *Elementos de Derecho Notarial*.
- Idem a la de DONDENIS TATAY, *La copropiedad*.
- Idem. *La inspección de Tribunales*, de RAFAEL RUBIO.
- Prefacio en colaboración con LUIS JORDANA y OLIVER BERLÍN.
- *Dictionnaire juridique Français-Espagnol. Y Espagnol-Française*.
- Prólogo a *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, de MANUEL ALONSO MARTÍNEZ.
- Idem a «*Los legados*», de DÍAZ CRUZ (hijo).
- Publicaciones en «*Estudios de Derecho Civil en su honor*».
- Discurso de Ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas sobre «*La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental*». Contestación de MONTERO GUTIÉRREZ. 1950.
- Discurso en la RAJ. y Legislación. «*La idea de Justicia ¿crisis? ¿apogeo?*», 1954.
- Contestación «*Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*», al Discurso de FEDERICO DE CASTRO (R.A.J.L.).
- Contestación al discurso de ingreso en la R.A. de J. y Legislación de JOSÉ LARRAZ sobre «*Metodología aplicativa del Derecho Tributario*».

- *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*. 1947.
- Notas a *El contrato de arrendamiento de cosas*, de FUNINI.
- Anotación a la obra de SELEILLES *La posesión de bienes muebles*.
- *Tratado práctico de Arrendamientos urbanos*, en colaboración con CALVILLO Y MARTÍNEZ DE ARENZANA. 1956.
- *Los derechos del hombre*. 3.<sup>a</sup> edición, con notas de MARÍA LUISA CASTÁN. 1985.
- Anotaciones a la obra de VENAÍAN, *Usufructo, uso y habitación*.
- *El Derecho subjetivo*. 1957.

### 9.3. ESTUDIOS SOBRE CASTÁN

La literatura jurídica sobre CASTÁN TOBEÑAS es inmensa. Indudablemente en la Biblioteca de la Real Academia de Jurisprudencia, a la que tanto se dedicó y cuyos discursos inaugurales —como los de Apertura de Tribunales— eran verdaderas monografías, daban pie a los comentarios o estudios importantes sobre él. Pero nos hemos querido concretar aquí —como un dato más— a aquellos que aparecen en la *Biblioteca* del Colegio de Registradores. Madrid. Sin ninguna glosa especial. Unos son *adquiridos* y otros «donados».

- MARTÍNEZ VAL, JOSÉ MARÍA, «El pensamiento jurídico de Castán Tobeñas». *Revista General de Derecho*, agosto 1991.
- ITURMENDI BAÑALES, ANTONIO, «Discurso con motivo de la apertura judicial e imposición de la Gran Cruz de Isabel la Católica». *Boletín Ministerio de Justicia*, 29 de septiembre de 1954.
- VICENTE Y ALMELA. «El Excmo. Sr. Castán Tobeñas, Presidente del T.S. *Revista General del Derecho*, octubre 1945.
- BALLESTEROS, Pío, «Sobre la recepción en la R.A.J.L. La idea de equidad en las letras españolas» (recepción de don JOSÉ CASTÁN). *RGLJ*, 1949.
- BONET RAMÓN, FRANCISCO, «Sobre Discurso Apertura Tribunales por Castán». *Revista Derecho Privado*. Septiembre 1961.
- BONET, FRANCISCO, Idem. «Año Judicial 1967-68», *R.D. Privado*, 1967.
- Idem. «Semblanza de ejemplar jurisconsulto español, Excmo. Sr. D. José Castán». *Revista D. Privado*, enero 1968.
- *La Revista*, «A la memoria de José Castán Tobeñas». *R. D. Urbano*, junio 1969.
- OGAYAR Y AYLLÓN, TOMÁS, «In Memoriam, José Castán». *RGLJ*, Junio 1969.
- BONET RAMÓN, FRANCISCO, «In Memoriam». *RDP*, junio 69.
- CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ MARÍA, «Contestación a Núñez Lagos en ofrecimiento de homenaje». *R. D. Notarial*, diciembre 1969.

- NÚÑEZ LAGOS. Idem. *R. D. Notarial*, diciembre 1969.
- FEDERICO DE CASTRO, «José Castán Tobeñas». *Anuario de Derecho Civil*, 1969.
- LA REDACCIÓN, «Tesis doctoral sobre don José Castán». *RGLJ*, abril 1972.
- LA REDACCIÓN, «Homenaje a don José Castán». *RGLJ*, Febrero 1974.
- VALENZUELA, JOSÉ IGNACIO, «In Memoriam». *Boletín Ministerio de Justicia*, 1974.
- HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, «Cierre en el homenaje a don José Castán. *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1980.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, «Castán, Académico de Ciencias Morales y Políticas». *Anales Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1989.
- CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, «Castán y el Notariado», Idem. 1989.
- TABOADA ROCA, MANUEL (Conde de Borrajeiros), «Castán. Presidente del TS». Idem.
- MARTÍNEZ VAL, «Castán, humanista». Idem 1989.
- BONET RAMÓN, FRANCISCO, «Castán, Catedrático de Derecho Civil». Idem, 1978.
- VALLET DE GOYTISOLO, «Castán Académico y Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia». Idem. 1989.
- RUIZ VADILLO, ENRIQUE, «José Castán Tobeñas. Los discursos de apertura del año judicial. Conf. con ocasión del nacimiento de Castán». *Boletín Información Ministerio de Justicia*, julio 1989.
- LATOU BROTONS, JUAN, «Castán Magistrado de la Sala Primera». Idem. 1989.
- La *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* le dedicó un número extraordinario, octubre 1989, como al comienzo hemos reseñado.

## 10. MI HOMENAJE DE DISCIPULO, PAISANO Y... REGISTRADOR

Este esbozo, por un lado, parece trasciende a lo registral y, por otro, no agota ni los *nombres* ni la *sincronización* con los Registradores. Queda subrayado lo fundamental. La elección del tema es obra de su hijo, JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, a quien sigue en la grandiosa humanidad, preparación y buen saber y hacer. No dudo en confesar mi admiración y amistad por los dos. Apreciada por el paisanaje que llevamos dentro. Me reconozco, pues, discípulo y amigo. La sincronización registral de José M.<sup>a</sup> respecto a los Registradores confirma como inserto la del padre, don JOSÉ. Reitero que en mi formación, y acaso en mi manera de ser, el CASTÁN que conocí en 1946 de estudiante en Zaragoza y al que saludé con timidez en el Colegio Mayor «Cerbuna», fue para mí guía y norma. Expresarlos así, como aragonés y como

Registrador, es para mí una gran satisfacción, en este correr de la vida de «jubileo» —como al principio decía— y de haber llegado a la meta y no haber perdido la fe (San Pablo)... registral.

JESÚS LÓPEZ MEDEL  
Registrador de la Propiedad,  
Académico de la Real de Doctores  
y de la de Jurisprudencia  
y Legislación de Zaragoza



# La partición hereditaria y sus causas de impugnación. Especial referencia a la problemática de la rectificación de la partición

## INTRODUCCION AL TEMA

El Código Civil, en la Sección Cuarta del Título VI, está dedicado a la rescisión de la participación. El primer precepto, el 1.073, en concreto, afirma que «*las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones*».

Esta afirmación de nuestro corpus legal nos lleva a intentar, en primer término, dilucidar el carácter que tienen las particiones, es decir, su naturaleza jurídica, así como aquellas causas por las que pueden rescindirse y, siguiendo la confusa terminología del Código Civil, declararse nulas o anulables. En particular, voy a tratar un tema, que me parece sumamente interesante en este ámbito, y que está referido a la impugnación de una partición por un heredero que solicita, en la demanda judicial entablada, una *rectificación* de aquélla por parte del Contador-Partidor.

## NATURALEZA JURIDICA DE LA PARTICION HEREDITARIA

Para dilucidar la naturaleza jurídica de la partición hereditaria, se han propuesto dos teorías, que, en la práctica, suelen ser contrapuestas:

a) La teoría que asigna a la partición naturaleza traslativa, que, tal como expresan LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (1), es como si se produjera

---

(1) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS: *Derecho de Sucesiones conforme a las Leyes de mayo y 1 de julio de 1981*, Barcelona, 1981.

entre los partícipes un intercambio o permuta de las cuotas de cada uno sobre los objetos singulares, a fin de concentrar la titularidad de cada bien en un solo sujeto; y

b) La teoría que atribuye naturaleza declarativa a la partición, entendiendo que la división declara una situación existente desde el óbice del causante, a cuyo momento se retrotraen las titularidades singulares producidas por las adjudicaciones.

Como advierte ROYO MARTÍNEZ (2), la naturaleza jurídica de la partición puede discutirse en dos aspectos: Si se inquiera sobre el sujeto cuya voluntad produce el efecto jurídico partitivo o distributivo, el problema de la naturaleza jurídica de la partición no admite una solución única, pues la partición será decisión de la autoridad, acto o negocio unilateral privado o acto conjunto plurilateral, según la realicen el Juez, el propio causante o el contador-partidor por él nombrado, o los mismos interesados.

GASTÁN afirmaba que la partición es un acto jurídico de naturaleza distinta y compleja, que sólo de modo accidental y en algunas de sus formas puede dar lugar a la celebración de verdadero contrato (3). Cuando la realiza un Contador-Partidor, la partición, obviamente, tiene por base una declaración unilateral de voluntad.

El precepto de nuestro Código Civil dedicado a este tema, en concreto, el 1.068, abona por el criterio traslativo, pues afirma que *«la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados»*.

La Jurisprudencia ha reconocido, sin embargo, que la partición implica la transferencia de los bienes al adjudicatario, por lo que su naturaleza es la de ser un título atribuido o traslativo del dominio. La Sentencia de 19 de junio de 1959 declaró, a este efecto, que *«la partición no puede considerarse como acto traslativo de propiedad que implique la cesión recíproca de las partes indivisas de la herencia entre los coherederos, porque éstos, por virtud de su título hereditario, antes de llegar a la partición y desde el momento del fallecimiento de su causante han adquirido, si bien de un modo indeterminado, cuanto puede corresponderles en la herencia, no teniendo la partición otro efecto que el de modificar un derecho impreciso por otro que se individualiza y concreta sobre bienes ciertos que integran en el haber particular de cada heredero, cuyo derecho se funda en un título hereditario..., y no en un acto de transmisión de la propiedad de los bienes de un heredero en favor del otro...»*.

---

(2) ROYO MARTÍNEZ: *Derecho sucesorio mortis causa*, Sevilla, 1951.

(3) CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ MARÍA: *Derecho Civil español Común y Foral*, tomo VI, Madrid, 1969.

## ANÁLISIS DE LAS CAUSAS POR LAS QUE PUEDE IMPUGNARSE LA PARTICIÓN

El artículo 1.073 de nuestro Código Civil afirma que *«Las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones»*.

En cualquier caso, el tema es confuso y no parece que esté tratado de un modo completo. Dentro del tema de la rescisión se incluyen otros como el de la nulidad —artículo 1.081— o el de la anulabilidad —artículo 1.080—. Si bien se sienta la norma de que son aplicables las disposiciones de las obligaciones en general —artículos 1.290 y 1.291— y de las obligaciones por actos entre vivos en especial —en lo que a nulidad de las partes se refiere—, esta remisión no es absoluta y de aplicación inflexible, como acertadamente ha puesto de manifiesto CARLOS VÁZQUEZ IRUZUBIETA (4), sino que debe ser moderada en función de la institución sucesoria a la que se pretende darle aplicación.

Según LACRUZ y SANCHO REBULLIDA (5), las particiones, al igual que todo negocio jurídico, pueden ser nulas, anulables y rescindibles.

El Tribunal Supremo ha declarado que *«carente nuestro Código Civil de todo precepto general relativo a las particiones, son aplicables a la materia los principios generales del Derecho sucesorio sobre invalidez de los negocios jurídicos»*.

Lo que sí resulta manifiestamente evidente es que nuestro Código Civil tiende a conservar en lo posible la partición ya hecha. Del mismo modo actúan los Tribunales de Justicia. Es decir, prima la consideración del *favor partitionis*, alegándose los inconvenientes de la indivisión, de la provisionalidad, así como razones de economía y sosiego familiar. De ahí que las reglas sobre invalidez de las particiones se vean forzosamente abocadas a una interpretación restrictiva, sin perjuicio de llevar a ellas las adiciones o rectificaciones que sean procedentes.

Voy a detenerme, en primer lugar, en la *nulidad* de la partición, en las causas por las que puede invocarse. Para tratar este punto, voy a fijarme en una interesante Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Jerez de la Frontera (Cádiz), de fecha 22 de noviembre de 1995.

¿En qué causas puede fundarse la *nulidad* de la partición hereditaria? Nuestro Código Civil, en su artículo 1.081, dispone que *«la partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo, será nula»*.

Este es el único precepto que el citado corpus legal dedica a la problemática de la *nulidad* de la partición. Sin embargo, ello no es obstáculo para que

---

(4) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS: *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, Madrid, 1987.

(5) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS: Obra citada en nota 1.

gran parte de la doctrina patria haya citado otros supuestos en los que, efectivamente, se producen causas de nulidad radical o absoluta, como pueden serlo la falta de algún presupuesto esencial, tal como la muerte del causante, la validez y vigencia del testamento, la procedencia de la sucesión ab intestato, así como cuando falta algún elemento esencial del negocio, como el consentimiento del autor o autores de la partición, o que se haya hecho contra la preceptuado en la Ley. Este último supuesto englobaría la partición hecha por causante no testador y/o por Comisario que sea heredero, así como la denominada «partición por el testador», pero hecha conjuntamente por ambos cónyuges.

Vemos, por tanto, que la partición es un negocio jurídico en el que la consideración a la cualidad de heredero es la causa decisiva de su otorgamiento, según el Código Civil, *ex* artículo 1.081. De ahí que la Sentencia de 17 de mayo de 1955 afirmara que, aunque la doctrina jurisprudencial viene declarando la necesidad o la conveniencia de mantener las operaciones divisorias realizadas, en cuanto sea posible, no es menos cierto que este criterio no tiene encaje posible en los casos en que tales operaciones han sido efectuadas desde su origen con olvido de formalidades esenciales.

Detengámonos ahora en la Sentencia de 22 de noviembre de 1995. Se formuló demanda de Juicio Declarativo de Menor Cuantía, suplicando al Juzgado mencionado que admitiera la demanda, la cual fue admitida a trámite. La actora ejerció una acción de *nulidad* de la partición hereditaria que había realizado un Albacea y Contador Partidor. La acción de nulidad la basó en los siguientes hechos: Un hermano de la actora había recibido ciertas sumas de dinero antes del fallecimiento de sus padres, sumas que alegaba que no se habían sumado a la masa hereditaria, y que no se había incluido el precio del negocio legado a otro hermano de la actora, así como que no se habían recogido otros bienes de carácter colacionable.

A los hechos anteriores, la actora añadía que la valoración de los bienes incluidos en la masa lo había sido de modo arbitrario, y que no se había incluido en la masa una suma aproximada de treinta millones de pesetas.

La lectura de los Fundamentos de Derecho de la demanda y el Suplico de la misma determinan que la acción ejercitada fue, efectivamente, la de *nulidad* de la partición hereditaria, basada en los hechos que ya he descrito con anterioridad. La actora ejercitó una acción de *nulidad*, no de anulabilidad ni de rescisión. Sobre estas figuras jurídicas, hay que tratar en breve.

El Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia expone que *«un negocio es nulo cuando su ineficacia es intrínseca, se produce ipso iure por sí misma, y en reciprocidad la parte actora pide la declaración judicial de la nulidad, no pide que el Juez cambie, anule o resuelva la situación existente, sino que se le pide una declaración sobre la realidad jurídica existente, que ella estima es nula.*

La acción de nulidad no da lugar a una sentencia de condena, sino que sirve para poner de manifiesto solemnemente el carácter contrario a la ley. El buen éxito de la acción de nulidad lleva consigo proclamar con la firmeza de la cosa juzgada (artículo 1.251, pág. 2) una realidad jurídica ya existente, sin añadirle ni cambiarle nada. La supresión de la apariencia de validez, que antes de la sentencia pudiera existir, con ésta se pretende borrar todas las consecuencias».

Esta interesante Sentencia, dictada al hilo de una demanda en la que se pedía, precisamente, la nulidad de una partición hereditaria realizada por un Contador-Partidor, abundó en los precedentes existentes en nuestra Jurisprudencia en torno a tan complejo y delicado tema. En efecto; el Tribunal Supremo, en diversas Sentencias, ha expuesto su doctrina sobre la nulidad de la partición. Esa doctrina jurisprudencial es la que ha de servir como base o pauta normativas y, en cierta medida, también orientadoras, ya que el Código Civil carece de una regulación específica sobre la nulidad de la partición, si exceptuamos, naturalmente, el citado artículo 1.081 de dicho corpus legal.

Si repasamos brevemente algunas Sentencias expresivas sobre esta problemática, me fijaré, en concreto, en las siguientes:

La Sentencia del Supremo de 31 de mayo de 1980 declaró que había que entender aplicables a la materia las normas sobre nulidad de los negocios jurídicos, y, en especial, de los intervivos contractuales, teniendo presente que sólo se origina esa nulidad si existe carencia o vicio sustancial de los requisitos esenciales del acto, lo cual acontece cuando falta algún elemento esencial, como la certeza de la muerte del causante o la validez de la vigencia del testamento, o un presupuesto del negocio, o si la nulidad viene ocasionada por haber sido hecha la operación contra lo preceptuado en la Ley. Este último supuesto se reconduce a la partición realizada por causante no testador, contradiciendo el artículo 1.056 de nuestro Código Civil, o por el Comisario que es, a un tiempo heredero, vulnerando la prohibición del artículo 1.057.

La Sentencia de 15 de junio de 1982 estableció que, para la existencia de la nulidad radical de una partición hereditaria, se requería que el acto careciera de alguno de sus requisitos esenciales, que, por aplicación analógica del artículo 1.261 del Código civil, tendrá que ser el consentimiento, el objeto o la causa.

La Sentencia de 18 de enero de 1985 nos indica que el artículo 1.079 del Código Civil se inspira en el principio de la conservación de la partición —el denominado *favor partitionis*—, según el cual hay que presumir válida toda partición mientras no se demuestre una causa de nulidad.

La Sentencia de 14 de febrero de 1989 añadió que, en materia de sucesiones, si ciertamente la rescisión supone una partición válida, la nulidad ha de basarse en la inexistencia de un elemento esencial o en una inexacta constitución, de tal manera que quien ejercite la acción de nulidad ha de probar

la existencia de vicio en los elementos esenciales que configuran la partición hereditaria.

En el caso de autos —Sentencia de 22 de noviembre de 1995—, no concurrió ningún supuesto de los que se pudiera deducir que habría que declarar la nulidad de la partición hereditaria que se cuestionaba y que había sido realizada por un Albacea y Contador-Partidor. El Fundamento de Derecho Quinto de esta Sentencia afirma rotundamente que *«ni la valoración arbitraria de los bienes, ni la omisión de algunos de ellos, ni la necesidad de colacionar ciertos bienes constituyen elementos esenciales, ni presupuesto, del negocio, ni supone ir contra lo preceptuado por la ley.*

Podíamos cuestionarnos que la omisión de una parte importante del caudal hereditario fuese un caso de falsedad de la causa. Para admitir tal supuesto deberían concurrir los requisitos previos de una ocultación de bienes y que fue esa ocultación deliberada (STS 22 de junio de 1948).

La prueba articulada por la parte actora acredita diversos hechos que desdican lo por ella descrito en los números dos a cuatro de su demanda... La diferencia de valoración, entre la estimada en la partición y la hecha en la pericial, de diecisiete millones de pesetas, puede ser imputada a la diferencia temporal de cuatro años que median entre una y otra valoración. Amén de la diferencia de criterios de valoración, en la partición se valoran a precio de mercado, en la pericial a precio de reposición, repercutiendo el valor del suelo. Pero si estimamos que el valor hoy de mercado de los inmuebles peritados es nulo, por no haber mercado, en absoluto podemos concluir en la nulidad de la partición, al contrario, sólo denota la prudencia con que el Albacea actuó no sobrevalorándolo. La lectura de la testifical del Sr. G.P.C., Albacea y Contador-Partidor, es clarificadora al responder a la pregunta cuarta, que la actora le indicó la inclusión de bienes y los incluyó siempre que constaran como ciertas sus titularidades. La testifical de A.C.R. ratifica las conclusiones, como perito tasador, al que la actora le mostró su conformidad (preguntas tercera y cuarta) y que el valor por él atribuido a los inmuebles fue el de mercado.

Aún más, que nos sostiene en la afirmación de la inexistencia de nulidad de la partición, la prueba documental realizada a instancias de la actora consistente en remitir oficios a diversas entidades de crédito, acredita la pulcritud en la elaboración del cuaderno particional, pues todas las cuentas reunidas en los oficios remitidos constan en el cuaderno particional. Luego, no hay ocultación deliberada de bien colacionable y por tanto no hay falsedad en la causa de la partición hereditaria.

**SEXTO.**—No se prueba de modo alguno la falsedad de la causa de la participación hereditaria, por ocultación deliberada de parte importante del caudal hereditario, ni se prueba la ausencia de ningún otro elemento esencial de la partición que pudiera declarársela nula.

SEPTIMO.—Si la muerte de los causantes está acreditada (y nadie lo cuestiona); el título es válido (nadie cuestiona la validez de los testamentos, ni su revocación y no han aparecido nuevos testamentos), parece evidente que la validez de la partición se impone como consecuencia necesaria.

Al igual que se hace evidente idéntica conclusión al constar que el contador partidor aceptó su cargo, y éste no es heredero ni causante no heredero, ni tampoco hay interesados menores no representados por defensor judicial.

Dado que la acción ejercitada ha sido la de NULIDAD de la partición hereditaria y la realizada por el Albacea, Contador-Partidor Sr. G.P.C. se estima válida, por no nula, debemos condenar en costas a la parte demandante, según el criterio del vencimiento del artículo 523 de la LEC».

A la vista de esta intersante Sentencia del año 95, se observa que, efectivamente, el denominado *favor partitionis* rige plenamente en nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil. Estimo, no obstante, que la demanda en cuestión no estaba bien enfocada en sus planteamientos. Ello me lleva a analizar seguidamente la problemática de la *anulabilidad de la partición hereditaria*.

La anulabilidad de la partición puede invocarse cuando concurre falta de capacidad. También por vicio en los elementos esenciales del negocio, todo ello de conformidad con la regulación de los contratos.

Estamos, por tanto, ante un negocio jurídico de partición que, inicialmente, es válido y susceptible de quedar plenamente convalidado. Ahora bien; mientras no prescribe la acción correspondiente, la parte perjudicada puede pedir que se declare anulado.

Son, pues, supuestos en los que existe consentimiento, pero se ha emitido con vicio: Error, violencia, intimidación o dolo. Son aplicables a esta materia los artículos 1.265 y siguientes y 1.300 y siguientes del Código Civil.

La Sentencia de 9 de marzo de 1951, con ocasión de un litigio iniciado con demanda en la que se pedía la declaración de nulidad por vicio del consentimiento —en concreto, por error— y, de modo subsidiario, que se declarase la rescisión, entendió que «*la naturaleza contractual de la partición de herencia, hecha o aprobada por los llamados a ésta, impone la aplicación a la misma, en lo que no estén modificadas por las especiales disposiciones a ella relativas, de los preceptos sustantivos que determinan la existencia, validez y eficacia de los contratos y, consiguientemente, de los que se refieren a su inexistencia, nulidad y rescisión, de lo que se sigue que las particiones de la clase expresada —hechas por los coherederos— en las que hayan concurrido los esenciales requisitos que exige el artículo 1.261 del Código Civil, pueden ser anulados conforme al artículo 1.265 del mismo Código si el consentimiento prestado para su aprobación lo ha sido por error, violencia, intimidación o dolo, y rescindidas por las precisas causas que señala el artículo 1.291, además de por la lesión excepcionalmente acogida en el artículo 1.074, ambos del citado Cuerpo legal*».

Al hilo de esta última Sentencia citada, parece lógico suponer que una partición hereditaria realizada por Comisario o Contador-Partidor también es susceptible de ser impugnada por vicio en alguno de los elementos esenciales del negocio. Pensemos en el supuesto de que el Contador-Partidor haya sufrido un error al realizar el cuaderno particional y que ese error perjudique a uno de los herederos. Por citar un ejemplo práctico, sería el caso en que se le adjudica a un heredero una parcela de tierra manifiestamente inferior en calidad a la adjudicada a los otros. Es evidente que, si se ha sufrido un perjuicio, pero dicho perjuicio no excede de la cuarta parte del valor de los bienes, no podrá invocarse la rescisión de dicha partición hereditaria, pero sí, con toda seguridad, la petición de anulabilidad de la misma, en base a que el Contador-Partidor que la realizó no era Perito en cuestiones agrícolas, por lo que desconocía que una parcela de tierra fuera mucho peor de calidad que la otra. Estaríamos, en este supuesto, ante un caso de nulidad relativa o anulabilidad de partición hereditaria realizada por Contador-Partidor.

Otra situación que cabe plantearse es la que puede producirse cuando tiene lugar la adición y modificación de la participación. En estos supuestos, se ha observado, igualmente, la tendencia a conservar en lo posible la validez y eficacia de la partición. Pero, lógicamente se tiende a subsanar el defecto que aquélla tenga y a paliar, de esta manera, el perjuicio que se le haya irrogado algún heredero.

El artículo 1.079 del Código Civil declara que *«la omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos»*. Según SANCHO REBULLIDA (6), se trata de adicionar a la partición unos bienes que no se han repartido y que, en consecuencia, siguen en comunidad hereditaria. Para este autor, es requisito imprescindible que haya habido realmente una omisión y no un simple error o equivocación cometida al valorar los bienes. Esta conclusión la extrae el citado autor del propio precepto 1.079, ya citado, del Código Civil. Sin embargo, desde mi punto de vista, estimo más justa mantener otra tesis. Así, esta vía sería la oportuna cuando el Contador-Partidor testamentario hubiera cometido un error en la valoración de los bienes, sin que ello supusiera una lesión superior a la cuarta parte para alguno de los herederos legitimarios. Es decir, no sería, en este supuesto, rescindible la partición, *ex* artículo 1.074 del Código Civil, pero sí podría pedirse judicialmente una *rectificación* de la partición erróneamente realizada, para lo cual estaría legitimado procesalmente el heredero perjudicado. Tengamos en cuenta que, tal como declaró la Sentencia de 19 de abril

---

(6) SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS: *Derecho de Sucesiones*, tomo I, Madrid, 1971.

de 1904, «*la omisión de algunos objetos en las particiones sólo da lugar a la rescisión si el valor de lo omitido excede el porcentaje indicado en el artículo*». (Se entiende que el precepto aludido es el 1.074).

La Sentencia de 31 de mayo de 1980 es muy expresiva en este punto que estoy tratando, al decir que «*frente al contador testamentario y a las operaciones particionales realizadas, puede el heredero forzoso ejercitar la acción de nulidad por falsedad o por vicios concurrentes, y en el evento de lesión de sus intereses, la de rescisión que le otorga el artículo 1.074 del Código Civil, a lo que cabe añadir, evitando interpretaciones rígidamente literales, que procede la rectificación parcial, aunque la lesión de la legítima no exceda de la cuarta parte, en atención al respeto que en todo caso merece esa cuota como institución que es de derecho necesario y, por tanto, de rigurosa inviolabilidad*».

Efectivamente, en una demanda en la que se pidiera la *rectificación* de una partición realizada interviniendo error en el Comisario o Contador-Partidor, tal como ya he hecho alusión con anterioridad, se suplicaría al Juzgado competente lo siguiente:

a) Que se declare, en primer lugar, que en la partición testamentaria se ha producido, al realizarla, un error —que puede ser de buena o mala fe— y, que al ser un vicio del negocio jurídico que es la partición, ha viciado ésta, de manera parcial o total, según cada supuesto práctico, expresando el punto en concreto en el que se ha cometido dicho error;

b) Que, declarado que, en efecto, hubo error, se estime por el Juzgado competente la petición del heredero legitimario perjudicado por aquél de realizar una *rectificación* de la partición testamentaria.

De este modo, se evitaría mantener, en lo posible, el juego del *favor partitionis* en aquellos supuestos en los que, no habiendo lesión para el heredero legitimario en más de una cuarta parte del valor de los bienes adjudicados, se haya producido, sin embargo, un perjuicio que el Ordenamiento Jurídico-Civil no debe tolerar.

De otro lado, la *rescisión* de las operaciones particionales por lesión, siempre que su entidad económica sea superior a la cuarta parte, atendiendo el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas, tal como dispone el artículo tantas veces citado, 1.074, como aclaran las Sentencias de 16 de noviembre de que su entidad económica sea superior a la cuarta parte, atendiendo el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas, tal como dispone el artículo tantas veces citado, 1.074, como aclaran las Sentencias de 16 de noviembre de 1960, 24 de noviembre de 1960 y 21 de marzo de 1985, «*descansa sobre la base de que el agravio en tal cuantía se haya efectivamente originado, lo que obviamente exigirá la reconstrucción del acervo hereditario en su valor real referido a la época que el precepto señala...*».

La Sentencia, citada en varias ocasiones, de 21 de marzo de 1985, declaró que, a efectos de la rescisión de la partición hereditaria, «*la averiguación del menoscabo y su importancia constituyen cuestiones de hecho, necesitadas de ordinario de prueba pericial y libremente apreciables por el Tribunal de Instancia*».

Para LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (7) no procede la rescisión de una partición, aún cuando haya un defecto de valoración de los bienes atribuidos, si el mismo defecto y en la misma proporción ha inficionado la valoración de los restantes bienes hereditarios, porque lo que juega es la proporción respecto de la totalidad partible. Estos mismos autores reconocen, no obstante, que ello da lugar a consecuencias poco equitativas cuando, no llegando la lesión de cada heredero al porcentaje legal en relación con la totalidad de la herencia, hay una gran desproporción con uno de los sucesores.

## CONCLUSIONES

El análisis de las causas por las que puede impugnarse una partición, y que se reconducen a nulidad, anulabilidad o nulidad relativa y rescisión, tal como ha quedado expuesto, no es completo. El denominado *favor partitionis* puede, en efecto, ser perjudicial en muchos casos para algún heredero legítimo. De ahí que debería ser práctica más frecuente en el foro la de solicitar del Juzgado competente una *rectificación* de la partición hereditaria, al objeto de evitar los perjuicios que pudieran irrogarse al menos favorecido por aquélla sin tener que ir directamente a las vías tradicionales ya expuestas.

AURELIA M.<sup>a</sup> ROMERO COLOMA

---

(7) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS: Obra citada en notas 1 y 5.

# Régimen de las parcelaciones en suelo rústico (ADDENDA)

En el estudio que bajo este título se publicó en el número 649 de la Revista, correspondiente a los meses de noviembre-diciembre últimos, al relacionar las Comunidades Autónomas que ya han señalado para su territorio la extensión de las unidades mínimas de cultivo, se omitió señalar la de Extremadura.

Dicha Comunidad ha establecido las unidades mínimas en suelo rústico por su Decreto 46/1997, de 22 de abril, que se publicó en el «Diario Oficial de Extremadura», del día 29 del mismo mes.

Transcribimos su texto para información de nuestros lectores:

## Artículo 1.º

Las unidades mínimas de cultivo en suelo rústico para la Comunidad Autónoma de Extremadura se establece de acuerdo a los siguientes grupos:

### PROVINCIA DE BADAJOZ

Grupo 1.º Municipios con terrenos de secano de buena calidad.

Unidad mínima de cultivo que se fija: Secano: 4 hectáreas. Regadío: 1,5 hectáreas.

Incluye los términos municipales de: Acedera, Aceuchal, Ahillones, Alange, Albuera (La) Alconera, Almendral, Almendralejo, Arroyo de San Serván, Azuaga, Badajoz, Berlanga, Bienvenida, Calamonte, Campillo de Llerena, Casas de Reina, Cordobilla de Lácara, Corte de Peleas, Cristina, Don Alvaro, Don Benito, Entrín Bajo, Esparragalejo, Fuente del Maestre, Garrovilla (La),

Granja de Torrehermosa, Guareña, Higuera de Llerena, Lobón, Llera, Maguilla, Medellín, Mengabril, Mérida, Mirandilla, Montijo, Nava de Santiago (La), Navalvillar de Pela, Nogales, Oliva de Mérida, Palomas, Peraleda del Zaucejo, Puebla de la Calzada, Puebla del Prior, Puebla de Sancho Pérez, Rena, Retamal de Llerena, Ribera del Fresno, San Pedro de Mérida, Santa Amalia, Santa Marta de los Barros, Santos de Maimona (Los), Solana de los Barros, Talavera la Real, Torre de Miguel Sesmero, Torremayor, Torremejía, Trujillanos, Usagre, Valdelacalzada, Valdetoques, Valverde de Mérida, Villafranca de los Barros, Villagonzalo, Villalba de los Barros, Villanueva de la Serena, Villar de Rena, La Zarza.

Grupo 2.º Municipios con terrenos de secano de calidad media.

Unidad mínima de cultivo que se fija: Secano 6,00 hectáreas. Regadío: 1,50 hectáreas.

Incluye los términos municipales de: Benquerencia de la Serena, Calzadilla de los Barros, Fuente de Cantos, Malpartida de la Serena, Medina de las Torres, Monterrubio de la Serena, Quintana de la Serena, Valle de la Serena, Villagarcía de la Torre.

Grupo 3.º Municipios con terrenos agrícolas donde predomina la dehesa, pastizal y terrenos improductivos sobre los cultivos.

Unidad mínima de cultivo que se fija: Secano: 8,00 hectáreas. Regadío: 1,50 hectáreas.

Incluye los términos municipales de: Alburquerque, Alconchel, Aljucén, Atalaya, Barcarrota, Baterno, Bodonal de la Sierra, Burguillos del Cerro, Cabeza del Buey, Cabeza de la Vaca, Calera de León, Campanario, Capilla, Carmonita, Carrascalejo (El), Casas de Don Pedro, Castilblanco, Castuera, Codosera (La), Coronada (La), Cheles, Esparragosa de Lares, Esparragosa de la Serena, Feria, Fregenal de la Sierra, Fuenlabrada de los Montes, Fuente del Arco, Fuentes de León, Garbayuela, Garlitos, Haba (La), Helechosa de los Montes, Herrera del Duque, Higuera la Real, Higuera de la Serena, Higuera de Vargas, Hinojosa del Valle, Hornachos, Jerez de los Caballeros, Lapa (La), Llerena, Magacela, Malcocinado, Manchita, Monesterio, Montemolín, Morera (La), Oliva de la Frontera, Olivenza, Orellana de la Sierra, Orellana la Vieja, Parra (La), Peñalsordo, Puebla de Alcocer, Puebla del Maestre, Puebla de Ovando, Puebla de la Reina, Reina, Risco, Roca de la Sierra (La), Salvaleón, Salvatierra de los Barros, San Vicente de Alcántara, Sancti-Spíritus, Segura de León, Siruela, Talarrubias, Tálaga, Tamurejo, Trasierra, Valdecaballeros, Valencia del

Mombuey, Valencia de las Torres, Valencia del Ventoso, Valverde de Burguillos, Valverde de Leganés, Valverde de Llerena, Valle de Matamoros, Valle de Santa Ana, Villanueva del Fresno, Villar del Rey, Villarta de los Montes, Zafra, Zahinos, Zalamea de la Serena, Zarza Capilla.

PROVINCIA DECACERES

Grupo 1.º Municipios con terrenos de secano de mejor calidad.

Unidad mínima de cultivo que se fija: Secano: 4,00 hectáreas. Regadío: 1,50 hectáreas.

Incluye los términos municipales de: Alcollarín, Almoharín, Campolugar, Escorial, Madrigalejo, Miajadas.

Grupo 2.º Zona de montaña.

Unidad mínima de cultivo que se fija: Monte y pastos:10,00 hectáreas. Cultivo: 0,75 hectáreas.

Incluye los términos municipales de: Abadía, Acebo, Aldeacentenera, Aldeanueva de la Vera, Alia, Baños de Montemayor, Barrado, Berzocana, Cabañas del Castillo, Cabezabellosa, Cabezuela del Valle, Cabrero, Cadalso, Caminomorisco, Campillo de Deleitosa, Cañamero, Casar de Palomero, Casares de las Hurdes, Casas del Castañar, Casas de Miravete, Casas del Monte, Castañar de Ibor, Cuacos de Yuste, Descargamaría, Eljas, Fresnedoso de Ibor, Garciaz, Garganta (La), Garganta la Olla, Gargantilla, Gata, Guadalupe, Guijo de Santa Bárbara, Hervás, Higuera, Hoyos, Jaraicejo, Jarandilla de la Vera, Jerte, Ladrillar, Losar de la Vera, Madrigal de la Vera, Marchagaz, Mesas de Ibor, Mohedas de Granadilla, Navaconcejo, Navalvillar de Ibor, Navezuelas, Nuñomoral, Palomero, Pesga (La), Pinofranqueado, Piornal, Rebollar, Robledillo de Gata, Robledillo de la Vera, Robledollano, San Martín de Trevejo, Segura de Toro, Talaveruela, Tornavacas, Torno (El), Torre de Don Miguel, Torrecilla de los Angeles, Valdeastillas, Valdecañas de Tajo, Valverde del Fresco, Valverde de la Vera, Viandar de la Vera, Villanueva de la Vera, Villar del Pedroso.

Grupo 2.º Municipios con terrenos de secano de calidad inferior.

Unidad mínima de cultivo que se fija: Secano: 8,00 hectáreas. Regadío: 1,50 hectáreas.

Incluye los términos municipales de: Abertura, Acehúche, Aceituna, Ahigal, Albalá del Caudillo, Alcántara, Alcuéscar, Aldea del Cano, Aldea de

Trujillo, Aldeanueva del Camino, Aliseda, Almaraz, Arroyo de la Luz, Arroyomolinos, Arroyomolinos de la Vera, Belvis de Monroy, Benquerencia, Berrocalejo, Bohonal de Ibor, Botija, Brozas, Cáceres, Cachorrilla, Cañaverall, Carbajo, Carrascalejo, Casar de Cáceres, Casas de Don Antonio, Casas de Millán, Ceclavín, Cedillo, Cerezo, Conquista de la Sierra, Cumbre (La), Deleitosa, Gargüera, Garrovillas, Garvín de la Jara, Gordo (El), Granja (La), Guijo de Granadilla, Herguijuela, Hernán Pérez, Herrera de Alcántara, Herreruela, Hinojal, Ibahernando, Jarilla, Logrosán, Madroñera, Malpartida de Cáceres, Mata de Alcántara, Membrío, Millanes, Mirabel, Monroy, Montánchez, Navas del Madroño, Oliva de Plasencia, Pasarón de la Vera, Pedroso de Acim, Peraleda de San Román, Perales del Puerto, Pescueza, Piedras Albas, Plasenzuela, Portaje, Portezuelo, Pozuelo de Zarcón, Puerto de Santa Cruz, Robledillo de Trujillo, Romangordo, Ruanes, Salorino, Salvatierra de Santiago, Santa Ana, Santa Cruz de Paniagua, Santa Cruz de la Sierra, Santa Marta de Magasca, Santiago de Alcántara, Santiago del Campo, Santibáñez el Alto, Santibáñez el Bajo, Saucedilla, Serradilla, Serrejón, Sierra de Fuentes, Talaván, Toril, Torre de Santa María, Torrecillas de la Tiesa, Torrejón el Rubio, Torremenga, Torremocha, Torreorgaz, Torrequemada, Trujillo, Valdefuentes, Valdehúncar, Valdelacasa del Tajo, Valdemorales, Valencia de Alcántara, Villa del Campo, Villa del Rey, Villamesías, Villamiel, Villanueva de la Sierra, Villar de Plasencia, Villasbuenas de Gata, Zarza de Granadilla, Zarza la Mayor, Zarza de Montánchez, Zorita.

Grupo 4.º Municipios con secano y regadíos intensivos.

Unidad mínima de cultivo que se fija: Secano 8,00 hectáreas. Regadío: 0,75 hectáreas.

Incluye los términos municipales de: Aldehuela del Jerte, Calzadilla, Carboso, Casas de Don Gómez, Casatejada, Casillas de Coria, Cilleros, Collado, Coria, Galisteo, Guijo de Coria, Guijo de Galisteo, Holguera, Huélagá, Jaraiz de la Vera, Majadas de Tiétar, Malpartida de Plasencia, Montehermoso, Moraleja, Morcillo, Naval moral de la Mata, Peraleda de la Mata, Plasencia, Riobobos, Rosalejo, Talayuela, Tejeda de Tiétar, Torrejoncillo, Valdeobispo.

Artículo 2.º

La condición de regadío y la de cultivo a la que se refiere el grupo 2.º de la provincia de Cáceres, a afecto de las unidades mínimas de cultivo, se acreditará mediante informe de la Consejería de Agricultura y Comercio.

## DISPOSICION ADICIONAL

Como norma general para todos los términos municipales de la Comunidad Autónoma se fija en dos hectáreas, la unidad mínima de cultivo de la vid y el olivo, excepto en la zona de montaña de la provincia de Cáceres, Grupo 2.º, en que prevalece la UMC establecida en su apartado correspondiente.

Como se ve, se elevan sustancialmente las extensiones que se habían fijado en la anterior Orden Ministerial de 1958 y se fija que la condición de los cultivos se acreditará mediante informe de la Consejería competente. La unidad mínima para el olivo y la vid se señala en dos hectáreas con carácter general.

Rogamos se tengan en cuenta los datos que anteceden con respecto a las dos provincias extremeñas. Muchas gracias.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS



# ACTUALIDAD JURIDICA



## I. Información legislativa

### A) Acuerdos internacionales

1. *Convenio con Bolivia sobre doble imposición.*—En el *BOE* del día 10 de diciembre se publica el Instrumento de ratificación del convenio entre el Reino de España y la República de Bolivia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y protocolo, hecho *ad referendum* en La Paz, el 30 de junio de 1997.

2. *Ratificación del Tratado de Amsterdam.*—En el *BOE* del día 17 de diciembre pasado se publica la Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre, por la que se autoriza la ratificación por 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 actos conexos, firmado en Amsterdam el día 2 de octubre de 1997.

3. *Convenio entre España y Portugal sobre cooperación judicial.*—En el *BOE* del día 21 de enero se publica el texto de este convenio referente a la cooperación judicial en materia penal y civil, hecho en Madrid el 19 de noviembre de 1997.

4. *Convenio entre competencia judicial.*—En el *BOE* del día 31 de marzo se publica el Instrumento de ratificación del convenio relativo a la adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia al convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, con las adaptaciones introducidas por el convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el convenio relativo a la adhesión de la República Helénica, así como por el convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa, hecho en Bruselas el 29 de noviembre de 1996.

### B) Leyes nacionales

— Ley Orgánica 1/1999, de 5 de enero, de reforma de la Ley Orgánica 7/1981, de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias (*BOE* de 8 de enero).

— Ley Orgánica 2/1999, de 7 de enero, de reforma de la Ley Orgánica 3/1982, de Estatuto de Autonomía de La Rioja (*BOE* de 8 de enero).

— Ley Orgánica 3/1999, de 8 de enero, de reforma de la Ley Orgánica 2/1983, de Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares (*BOE* de 9 de enero).

— Ley Orgánica 4/1999, de 9 de enero, de reforma de la Ley Orgánica 4/1983, de Estatuto de Autonomía de Castilla y León (*BOE* de 9 de enero).

— Ley Orgánica 6/1999, de 6 de abril, de transferencia de competencias a la Comunidad Autónoma de Galicia (*BOE* de 8 de abril).

— Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (*BOE* de 8 de abril).

### C) Comunidades Autónomas

*Aragón.*—Ley 8/1998, de 17 de diciembre de 1998. Carreteras de Aragón.

— Ley 9/1998, de 22 de diciembre de 1998. Cooperativas de Aragón.

*Cataluña.*—Ley 19/1998, de 28 de diciembre de 1998. Situaciones conviviales de ayuda mutua.

*Galicia.*—Ley 5/1998, de 18 de diciembre de 1998. Cooperativas de Galicia.

*Madrid.*—Ley 26/1998, de 28 de diciembre de 1998. Medidas fiscales y administrativas.

*Navarra.*—Ley Foral 22/1998, de 30 de diciembre de 1998. IRPF.

— Ley Foral 23/1998, de 30 de diciembre de 1998. Modificaciones tributarias.

— Ley Foral 24/1998, de 30 de diciembre de 1998. Medidas urgentes en materia de aprovechamiento urbanístico.

*País Vasco.*—N.F. 6/1998, de 11 de noviembre de 1998. Modificación parcial de la N.F. 1/1985, General Tributaria.

## II. Información de actividades

1. *Curso sobre protección registral de los derechos reales y tutela judicial efectiva.*—Tuvo lugar durante los días 17 a 19 de noviembre pasado, en la sede del Consejo General del Poder Judicial, desarrollándose las siguientes ponencias:

- «Preferencias de créditos y su relación con el rango registral. Examen de su incidencia», por don CELESTINO RICARDO PARDO NÚÑEZ, Registrador.
- «Garantía de los derechos del acreedor ante las mutaciones patrimoniales convencionales del deudor tendentes a impedir o menoscabar la ejecución», por don LUIS RODRÍGUEZ VEGA, Juez de 1.ª Instancia, número 26, de Barcelona.
- «Problemas de ejecución sobre inmuebles», por don JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SELDO, Juez de 1.ª Instancia, número 35, de Barcelona.
- «Expediente de dominio, de liberación de cargas y gravámenes. Su tramitación», por don AGUSTÍN GÓMEZ SALCEDO, Juez de 1.ª Instancia, número 32, de Madrid.
- «La calificación registral en los documentos judiciales», por don JOSÉ POVEDA DÍAZ, Registrador.
- «Calificación registral del fraude inmobiliario», por don RAFAEL IZQUIERDO ASENSIO, Registrador.
- «Aspectos registrales en suspensiones de pagos y quiebras», por don RAFAEL ANTONIO RIVAS TORRALBA, Registrador.
- «Recurso gubernativo. Problemas procesales», por don MANUEL MARÍA ZORRILLA, Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

2. *Jornadas Hipotecarias en homenaje a Ramón María Roca-Sastre.*—

Organizadas por el Registrador de la Propiedad, don ANGEL T. NEBOT APARICI, con la colaboración del Centro de Estudios Registrales de la Comunidad Valenciana y del Colegio de Abogados de Sabadell, se han celebrado en Castellón de la Plana en los días 15 y 16 de diciembre, y en Sabadell el día 19 de enero, estas Jornadas en homenaje a ROCA-SASTRE por el centenario de su nacimiento.

Además del organizador, don ANGEL NEBOT, intervinieron:

- DON LUIS DE SAN MILLÁN FORNOS, Registrador de Tortosa.
- DON PEDRO AVILA NAVARRO, Notario, Registrador de la Propiedad.
- DON LUIS MARÍA ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Notario de Barcelona.
- DON FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, Consejero-Secretario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
- DON PLÁCIDO PRADA ALVAREZ-BUYLLA, Vicedecano Autonómico de Registradores de Cataluña.

## Temario

«Novedades en la reforma del Reglamento Hipotecario» (BOE 29-9-98).

- Disposición y embargo de la vivienda familiar.

- Documentación de garajes y trasteros.
- Cancelación de asientos registrales por caducidad del reglamento.
- Publicidad formal. Información registral y asesoramiento.
- Recurso gubernativo contra la calificación registral.
- Cesiones de suelo por obra futura.
- Obra jurídica del homenajeado.

3. *Jornada sobre el contrato de trabajo a tiempo parcial.*—Organizada por la revista «La Ley», se celebró en Madrid el 18 de diciembre pasado, con el siguiente programa:

- «La nueva regulación del trabajo a tiempo parcial y la dinámica de sus fuentes reguladoras», por MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Alcalá, Consejero permanente del Consejo de Estado, Presidente emérito del Tribunal Constitucional.
- «Configuración general», por MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid.
- «Las horas complementarias», por FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid.
- «Prestaciones sociales», por AURELIO DESDENTADO BONETE, Magistrado de la Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo.

4. *Seminario sobre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.*—Ha tenido lugar en Madrid en los días 3 y 4 de marzo, organizado por AUSBANC, en el Colegio de Abogados de Madrid, con el programa que sigue:

#### ACTO DE APERTURA:

Excelentísima señora doña MARGARITA MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN (Ministra de Justicia).

Don JESÚS ALFARO AGUILARREAL (Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de La Rioja):

- Transposición de la Directiva 93/13/CEE. Ambito de aplicación de la ley: Objetivo, subjetivo, territorial, contratos excluidos, requisitos de incorporación y reglas de interpretación.

Don JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ (Catedrático de Derecho Civil de la UAM):

- Control de contenido.
- Análisis de las modificaciones de la Ley 26/1984, de 19 de junio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

Don JAVIER PUYOL MONTERO (Jefe de la Asesoría Jurídica de Contencioso de Argentería):

- Clases de acciones: *a)* Individuales: de no incorporación y de nulidad: Efectos. *b)* Colectivas: de cesación, de retractación y declarativa. Legitimación y prescripción.
- Efectos de las sentencias en las acciones colectivas.
- Publicidad de las sentencias en acciones colectivas.

Don ANTONIO PAU PEDRÓN (Decano Presidente del Colegio de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España):

- Información notarial y registral sobre condiciones generales.
- El Registro de las Condiciones Generales de la Contratación.
- Análisis de las modificaciones operadas en la legislación hipotecaria.

Don UBALDO NIETO CAROL (Director del Servicio de Estudios del Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio):

- El papel de los Corredores de Comercio en la Ley de Condiciones Generales.

Don JOSÉ LUIS SEGIMÓN ESCOBEDO (Secretario General del Consejo General de la Abogacía):

- Incidencia de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en los contratos bancarios: cómo adaptar los contratos anteriores a la nueva ley.

Doña MARÍA DOLORES LOSA TOBAR (Letrada de la Asesoría Jurídica Comercial del Banco Central Hispano):

- Problemática de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en los contratos bancarios:
  - a)* Cláusulas reguladas por la normativa sectorial.
  - b)* Cláusulas que se refieren a los elementos esenciales del contrato.
  - c)* Cláusulas negociadas individualmente.
  - d)* Cómo afecta la Ley a los contratos de adhesión.
  - e)* ¿Inscripción o no en el Registro?

Don ANDRÉS RECALDE CASTELLS (Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Jaime I de Castellón):

— Las cláusulas abusivas en los contratos bancarios.

Doña TERESA CUADRADO DÍEZ (Letrada de la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios, AUSBANC):

— Examen de las condiciones generales más habituales en los contratos bancarios con consumidores:

- a) Contrato de cuenta corriente.
- b) Contrato de préstamo hipotecario.
- c) Contrato de crédito al consumo.

5. *Seminario sobre la Ley de Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.*—Se desarrolló en el salón de actos del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, con las ponencias que se relacionan, seguidas de coloquio. Tuvo lugar el 25 de marzo:

- «Transposición de la Directiva comunitaria por la Ley española», por don ANTONIO PAU PEDRÓN, Decano-Presidente del Colegio de Registradores de España.
- «Imperatividad de la Ley española a la luz del Derecho Internacional», por don FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Profesor titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid.
- «Configuración del derecho de aprovechamiento en la nueva Ley», por don PEDRO DE PABLO CONTRERAS, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Rioja.
- «El contrato y su publicidad: escritura e inscripción en el Registro», por don JUAN CADARSO PALAU, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Alcalá de Henares. Bufete Uría & Menéndez.
- «Aspectos fiscales del aprovechamiento por turno», por don JESÚS LÓPEZ TELLO, Inspector de Finanzas del Estado (excedente). Bufete Uría & Menéndez.

# JURISPRUDENCIA



# I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

*Sentencia de 10 de noviembre de 1997.*—EMPLAZAMIENTO EDICTAL INSUFICIENTE.—Se anula el procedimiento al ser lesivo del derecho del demandante de amparo.—Sala 2.ª—Ponente: Sr. González Campos.

*Hechos.*—A) Don José Mata Rovira, en su condición de arrendador de un local de negocio sito en Sant Sadurní d'Anoia, promovió el juicio de cognición 223/92 ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Vilafranca del Penedés, contra don Miguel Coll Jacas, en solicitud de que se declarase la resolución del contrato de arrendamiento que unía a las partes por falta de uso (arts. 62.3 y 114.11 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964).

B) Por providencia de 10 de septiembre de 1992 se admitió a trámite la demanda y se ordenó el emplazamiento del demandado que se intentó con resultado negativo, mediante exhorto, por el Juzgado de Paz de Sant Sadurní d'Anoia, a las diez horas del día 23 de octubre de 1992 en el propio local arrendado, haciéndose constar en la diligencia practicada por el secretario judicial lo siguiente: «...está la puerta cerrada, habiendo encima de ella y pintado en la pared la siguiente inscripción: "GARATGE NOU". Llamando varias veces a la puerta, no contesta nadie. Preguntados los vecinos colindantes, me indican que el referido local se encuentra cerrado desde hace unos dos años aproximadamente, sin que se realice actividad alguna. Doy fe».

C) Devuelto el exhorto, la parte actora solicitó el emplazamiento por edictos al ser ignorado el paradero del demandado, lo que se acordó por providencia de 30 de octubre de 1992, publicándose el edicto en el «Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona» el 21 de noviembre de 1992.

D) Declarada la rebeldía del demandado, continuó la tramitación del procedimiento, dictándose Sentencia el 25 de noviembre de 1993, por la que se estimó la demanda y se declaró haber lugar a la resolución del contrato de arrendamiento litigioso, por la causa 114.11 en conexión con el artículo 62.3 TRLAU, condenando al demandado al oportuno desalojo.

La Sentencia fue notificada por edicto publicado en el «Boletín Oficial» de la provincia el 7 de enero de 1994.

E) El día 8 de julio de 1994 tuvo lugar el lanzamiento del demandado. En esa fecha, cuando se estaba llevando a cabo la diligencia, se personó el demandado en el local, y al pedir explicaciones de lo que estaba pasando, se le

informó del motivo del lanzamiento y es cuando tuvo conocimiento del proceso.

La demanda denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE y la indefensión sufrida a causa de la irregular forma de llevar a cabo el emplazamiento del recurrente. En primer lugar, porque en la diligencia de emplazamiento practicada por el secretario del Juzgado de Paz de Sant Sadurní d'Anoia el día 23 de octubre de 1992 se incumplió lo dispuesto en el artículo 268 LEC, pues no se entregó la cédula de emplazamiento a los vecinos, ni se identificó el nombre de los que declararon que el local estaba cerrado, ni consta que se preguntase a los citados vecinos si conocían otras señas del demandado. En segundo lugar, porque se acudió al emplazamiento sin que constase el ignorado paradero del recurrente, vulnerándose lo señalado en el artículo 269 LEC.

*Fallo.*—El Tribunal Constitucional ha decidido otorgar el amparo solicitado y, en su virtud:

1.º Declarar que se ha vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

2.º Restablecerle en su derecho y, a este fin, declarar la nulidad de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Vilafranca del Penedés, de 25 de noviembre de 1993, recaída en el juicio de cognición número 223/92 y todo lo demás actuado en su ejecución.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno para que se asegure el emplazamiento personal del demandado, en las condiciones referidas en el fundamento jurídico 4.º

*Fundamentos jurídicos.*—1. El objeto del presente recurso de amparo se dirige a determinar si la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Vilafranca del Penedés, recaída en el juicio de cognición 223/92, seguido contra el demandante del amparo, declarado en rebeldía tras haber sido emplazado por edictos, sin haber agotado antes los medios de emplazamiento personal, lo que le impidió comparecer en el proceso y ejercer su derecho de defensa, ha supuesto una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, y le ha causado la indefensión proscrita en el artículo 24.1 CE.

2. Antes de entrar en el fondo de la queja planteada, debemos analizar si la demanda de amparo cumple el requisito previsto en el artículo 44.1.a), LOTC, pues el carácter subsidiario del recurso de amparo para la protección de los derechos fundamentales, cuya tutela corresponde *prima facie* a los órganos judiciales que son los garantes naturales de estos derechos (art. 53.2 CE y art. 41.1 LOTC), exige que antes de acudir al amparo constitucional se hayan agotado los recursos y procedimientos que el ordenamiento jurídico ha establecido para remediar las infracciones constitucionales que se consideren producidas.

En la STC 185/1990, al declarar la validez constitucional del artículo 240 LOPJ, ya se señaló que son tres las vías por las cuales pueden invalidarse los actos judiciales cuando estén afectados por alguno de los vicios determinantes de la indefensión proscrita en el artículo 24.1 CE, a saber: la primera, a través de la interposición de los recursos establecidos en las leyes procesales contra la resolución judicial de que se trate; la segunda, mediante la declaración de oficio —lo que no excluye la alegación del vicio por las partes— de la nulidad

de actuaciones por el propio órgano judicial, siempre que no hubiere recaído todavía Sentencia definitiva; y finalmente, acudiendo a los demás medios de impugnación que establezcan las leyes procesales. Precisándose, en la misma Sentencia, que la interposición del recurso de amparo constitucional contra Sentencias definitivas que culminan un procedimiento con vicios procesales determinantes de indefensión, detectados después de la Sentencia, sólo es procedente cuando contra ella no quepa ningún otro recurso ordinario o extraordinario ni otros medios de rescisión de la cosa juzgada (revisión, audiencia al rebelde), que impida a los órganos judiciales, incluso conscientes de la indefensión, remediar la infracción constitucional.

En esta línea, este Tribunal ha venido a declarar que el principio de subsidiariedad (art. 53.2 CE) impone a las partes, antes de acudir al recurso de amparo contra Sentencias firmes, agotar la vía judicial ordinaria mediante la interposición del denominado recurso o acción de audiencia al rebelde que regulan los artículos 773 y siguientes LEC, por constituir un cauce procesal adecuado para que los Tribunales ordinarios tengan ocasión de reparar eventuales situaciones de indefensión provocadas por el incumplimiento de las garantías procesales exigibles en el emplazamiento y citación de los demandados, por lo que cuando se acude al amparo sin antes haber utilizado este excepcional medio de impugnación de las Sentencias firmes, concurriendo los requisitos legales que permiten su planteamiento, se incurre en la causa de inadmisión prevista en el artículo 50.1.a), en relación con el artículo 44.1.a), ambos de la LOTC (ATC 285/1994 y SSTC 15/1996 y 5/1997).

Dicho lo anterior, en el presente caso cabe entender que se ha cumplido el requisito del artículo 44.1.a) LOTC. Que la audiencia al rebelde constituya, en principio, un cauce adecuado para obtener la reparación, en sede judicial, de las situaciones de indefensión contrarias al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, no implica que antes de acudir a la vía del amparo constitucional sea preciso, en todo caso, utilizar esta vía excepcional de rescisión de la cosa juzgada, cuando ello no sea viable, con arreglo a las normas procesales concretamente aplicables.

Al haber sido emplazado el recurrente por edictos, para que la audiencia al rebelde pudiera estimarse debían concurrir los tres requisitos o circunstancias que exige el artículo 777 LEC, y si bien, dada la fecha de publicación de la Sentencia en el «Boletín Oficial» de la provincia (7 de enero de 1994), cuando se presentó la demanda de amparo (2 de agosto de 1994), todavía no había transcurrido el plazo legal de un año que exige la Ley (art. 777.1 LEC), no se dan los otros requisitos que el citado precepto contempla para la viabilidad de la audiencia, pues el recurrente ha tenido permanentemente su domicilio y residencia habitual en Vilafranca del Penedés, tanto en la fecha en que se publicó el edicto emplazándole para el juicio, como en la fecha en que se publicó el edicto notificándole la Sentencia recaída en el proceso.

3. Entrando ya en la queja de amparo formulada debe recordarse que este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho de defensa, incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que reconoce el artículo 24 CE, garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales, lo que, sin duda, impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal que asegu-

re, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la oportunidad de defensa y de evitar la indefensión (SSTC 167/1992, 103/1993, 316/1993, 317/1993, 334/1993, 108/1994).

Para lograr esta plena efectividad del derecho de defensa hemos afirmado también, que el artículo 24.1 CE contiene un mandato implícito de excluir la indefensión propiciando la posibilidad de un juicio contradictorio en el que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos, lo que obliga a los órganos judiciales a procurar el emplazamiento o citación personal de los demandados, siempre que sea factible, asegurando de este modo que puedan comparecer en el proceso y defender sus posiciones frente a la parte demandante (SSTC 9/1981 y 37/1984). Pues la citación y el emplazamiento edictal son válidos constitucionalmente, pero por ser «ficciones jurídicas con un significado más simbólico que real (...) cuya recepción por el destinatario no puede ser demostrada» han de entenderse necesariamente como «un último y supletorio remedio (...) subsidiario y excepcional (...) reservado para situaciones extremas, cuando la persona buscada no pueda ser habida» —STC 29/1997, fundamento jurídico 2.º, y en el mismo sentido SSTC 97/1992 y 193/1993— habiendo de quedar sometida su práctica a condiciones rigurosas, entre las que se encuentran: *a)* haber agotado antes las otras modalidades de citación con más garantías —arts. 166 a 171 y 178 LECrim que prevén la citación personal con entrega de cédula, en su defecto a través de los parientes que habitaren en el domicilio o de los vecinos más próximos a éste, y en caso de domicilio desconocido orden de busca a la Policía Judicial—; *b)* constancia formal de haberse intentado la práctica de los medios ordinarios de citación, y *c)* que la resolución judicial de considerar al denunciado como persona en ignorado paradero o con domicilio desconocido se funde en un criterio de razonabilidad que lleve a la convicción de la ineficacia de aquellos otros medios normales de comunicación (SSTC 234/1988, 16/1989, 196/1989, 9/1991 y 103/1994).

4. En el caso que nos ocupa, el Secretario del Juzgado de Paz de Sant Sadurní d'Anoia, tratando de cumplimentar el exhorto del Juzgado de Vilafranca del Penedés que conocía del juicio de cognición, intentó llevar a cabo el emplazamiento personal del demandado, hoy recurrente en amparo, en el propio local arrendado, pero tras encontrar cerrada la puerta del mismo, extendió una diligencia en la que expresamente se manifiesta lo siguiente: «...llamando varias veces a la puerta, no contesta nadie. Preguntados los vecinos colindantes, me indican que el referido local se encuentra cerrado desde hace unos dos años aproximadamente, sin que se realice actividad alguna. Doy fe». Tras esta diligencia negativa, el actor solicitó el emplazamiento por edictos, al ser ignorado el paradero del demandado, lo que el Juzgado de Vilafranca del Penedés acordó sin practicar ni intentar otros medios de comunicación procesal.

La forma de proceder que hemos descrito evidencia que el Juzgado no cumplió el especial deber de diligencia que el artículo 24.1 CE impone a los órganos judiciales a la hora de realizar los actos de comunicación procesal, singularmente cuando, como ocurre en los casos del emplazamiento o la citación para el juicio, se trata de actos cuya efectiva recepción o conocimiento por el interesado le permiten personarse en el proceso y ejercer tempestiva y adecuadamente su derecho de defensa.

La Ley exige que la citación, el emplazamiento, o los actos de comunicación procesal en general, se practiquen personalmente con el interesado. Sólo cuando la citación o el emplazamiento personal no sea factible, la Ley admite que se realice con un tercero al que por su relación con el interesado (fami-

liar, empleado, vecino) se presume que le hará llegar el acto de comunicación procesal (arts. 266 y 268 LEC). En este caso, como se señaló en las SSTC 195/1990 y 326/1993, deberá extremarse el cumplimiento de los requisitos que la Ley impone para la práctica de esta modalidad de actos de comunicación procesal (art. 268 LEC), que ofrecen relevancia constitucional y son garantía de que llegarán a conocimiento del destinatario. Por lo que un acto de comunicación procesal practicado con un tercero sin que se cumplan los requisitos y exigencias mínimas establecidas por el legislador para garantizar su real conocimiento o recepción por el interesado, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. Por la misma razón, este Tribunal ha otorgado el amparo en aquellos supuestos en que practicada la notificación o el emplazamiento con un tercero, los órganos judiciales no atendieron las alegaciones del interesado que acreditó que la persona que había recibido el acto de comunicación procesal no se lo hizo llegar en tiempo hábil para poder ejercitar adecuadamente el derecho de defensa (SSTC 275/1993, 39/1996).

De igual modo, el emplazamiento por edictos sólo cabe cuando no haya podido practicarse el emplazamiento, ni de forma personal ni a través de un tercero, a causa de ser desconocido el domicilio del demandado o hallarse en ignorado paradero (art. 269 LEC), por ser siempre la vía edictal un medio subsidiario y último de realización de los actos de comunicación procesal, cuando sean inviables o inútiles los demás medios de comunicación procesal que la Ley establece.

En el presente caso, al hallarse cerrado el local arrendado y no poder practicarse, en consecuencia, el emplazamiento personal del ahora recurrente, lo procedente hubiera sido cumplir con las previsiones legales para emplazarlo en su domicilio, bien personalmente o mediante cédula practicada con una de las personas que se mencionan en el artículo 268 LEC, o en el caso de que no constara ningún domicilio conocido donde llevar a cabo el emplazamiento del demandado, consignarlo así en la diligencia para posteriormente realizar el emplazamiento a través del medio subsidiario y último de los edictos (art. 269 LEC).

En lugar de hacerlo así, el Juzgado, sin constatar previamente que el demandado tenía un domicilio desconocido o que se hallaba en ignorado paradero, que son los presupuestos fácticos que permiten acudir al medio de los edictos, según establece el artículo 269 LEC, se limitó a acceder a lo solicitado por el actor y ordenó el emplazamiento por la vía edictal, lo que supone una vulneración del artículo 24.1 CE que obliga a otorgar el amparo solicitado, en la medida en que esta forma de proceder implica una deficiente realización de los actos de comunicación procesal, imputable al órgano judicial que acudió a los edictos sin antes haber agotado los demás medios de emplazamiento del demandado que la Ley establece, de conformidad con la doctrina constitucional que se dejó anteriormente expuesta, lo que marginó al recurrente del procedimiento causándole la indefensión contraria al derecho a la tutela judicial efectiva que se denuncia.

El otorgamiento del amparo solicitado conlleva, tal como se solicita en el suplico de la demanda, la declaración de nulidad de la Sentencia dictada en patente indefensión del demandado y la retroacción de las actuaciones judiciales al momento en que debió procederse a su emplazamiento personal en las condiciones que quedan relatadas.



## II. Resoluciones de la Dirección General

### A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Registro de la Propiedad

*Resolución de 3 de noviembre de 1998*  
(*BOE 8-12-98*).

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO. PRORROGA.

Denegación de su prórroga solicitada dentro de plazo, por haber sido cancelada indebidamente. No se prejuzga si puede accederse a la práctica de la prórroga en función de las nuevas circunstancias sobrevenidas.

*Resolución de 4 de noviembre de 1998*  
(*BOE 2-12-98*).

DOBLE INMATRICULACION.

La nota marginal del artículo 313 del Reglamento Hipotecario es la adecuada para que el Registro cumpla su cometido de proteger el tráfico inmobiliario.

*Resolución de 5 de noviembre de 1998*  
(*BOE 9-12-98*).

DOMINIO PUBLICO MARITIMO-TERRESTRE.

Todo documento que pretende su acceso al Registro debe expresar la identidad de la finca y el concreto contenido cuya inscripción se solicita. Un procedimiento de deslinde iniciado bajo el régimen legal anterior de Costas no tiene virtualidad para provocar la rectificación de situaciones registrales.

*Resolución de 6 de noviembre de 1998*  
(BOE 2-12-98).

PARTICION HEREDITARIA.

El defensor judicial sólo es necesario cuando exista interés contrapuesto entre el progenitor y el menor de edad. La norma es igualmente aplicable en el derecho de Cataluña.

*Resolución de 10 de noviembre de 1998*  
(BOE 2-12-98).

HERENCIA EN CATALUÑA. TRACTO SUCESIVO.

Incompetencia de la Dirección General en cuanto a lo primero. El tracto sucesivo exige la previa inscripción a favor del fideicomitante para poder inscribir al fideicomisario.

*Resolución de 11 de noviembre de 1998*  
(BOE 9-12-98).

URBANISMO. TRACTO SUCESIVO.

No se pueden practicar anotaciones preventivas dimanantes de juicio en el que se demanda a la Junta de Compensación cuando las fincas ya aparecen adjudicadas e inscritas en favor de otras personas distintas.

*Resolución de 12 de noviembre de 1998*  
(BOE 10-12-98).

ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

Para considerar un crédito como especialmente privilegiado (art. 32 del Estatuto) es preciso que éste acceda por vía de tercería de mejor derecho frente a los créditos anteriores.

*Resolución de 13 de noviembre de 1998*  
(BOE 9-12-98).

PARTICION HEREDITARIA.

Si se hizo por los comisarios, contadores-partidores, para adicionar posteriormente otra finca, ésta debe ser valorada. Si uno de los herederos estuviere incapacitado, debe especificarse esta circunstancia y la identidad del representante o el defensor legal nombrado al efecto, para comprobar si se ha cumplido lo previsto en el artículo 1.057-3.º del Código Civil.

*Resolución de 14 de noviembre de 1998*  
(BOE 10-12-98).

#### HIPOTECA UNILATERAL A FAVOR DEL ESTADO. ACEPTACION.

La hipoteca unilateral constituida en favor del Estado, antes del Reglamento General de Recaudación de 1995, para ser aceptada precisa el otorgamiento de escritura pública.

*Resolución de 18 de noviembre de 1998*  
(BOE 22-12-98).

#### PARTICION HEREDITARIA.

Cuando hay discrepancia entre la naturaleza jurídica de los bienes hereditarios y las adjudicaciones, aun dejando a salvo la facultad del artículo 1.058 del Código Civil, debe aclararse si hay excesos de adjudicación efectivamente queridos para evitar que se considere un error en las adjudicaciones.

*Resolución de 19 de noviembre de 1998*  
(BOE 22-12-98).

#### EXCESO DE CABIDA.

No puede practicarse cuando hay duda fundada sobre la identidad de la finca.

*Resolución de 21 de noviembre de 1998*  
(BOE 22-12-98).

#### SERVIDUMBRE. TRACTO SUCESIVO.

No puede inscribirse una servidumbre constituida por una sociedad que después parcela la finca sirviente, presentándose la escritura de constitución cuando esas parcelas han sido vendidas e inscritas en favor de terceras personas que no han sido demandadas.

*Resolución de 25 de noviembre de 1998*  
(BOE 29-12-98).

#### ESTIPULACION OBLIGACIONAL.

Los actos o contratos por los que se adjudican bienes inmuebles son inscribibles (art. 2-3.º LH) pero los compromisos obligacionales asumidos por el adjudicatario no pueden tener acceso al Registro si no se garantizan realmente.

*Resolución de 26 de noviembre de 1998*  
(BOE 29-12-98).

#### INSTITUCION DE HEREDERO. DIVORCIO POSTERIOR.

Instituida nominalmente en el testamento la esposa del causante, si el matrimonio ha quedado disuelto posteriormente por divorcio y aún existiendo segundas nupcias del testador, inicialmente es válida la institución e inscribible la herencia, sin perjuicio de que los que se consideran perjudicados puedan instar un juicio declarativo sobre el particular.

*Resolución de 17 de noviembre de 1998.*  
*Registro de la Propiedad de Viladecans*  
(BOE 8-1-99).

#### HIPOTECA DE MAXIMO.

Puede constituirla el administrador único de una sociedad limitada, cuando su poder de representación se extienda a todos los actos comprendidos dentro del objeto social.

*Resolución de 20 de noviembre de 1998.*  
*Registro de la Propiedad de Granada, número 1*  
(BOE 8-1-99).

#### COMPRAVENTA.

Cuando se trata de bienes que, por pertenecer en parte a menores, precisan la autorización judicial para su venta, la falta de ésta no es una simple condición, sino un requisito esencial que impide la inscripción.

*Resolución de 23 de noviembre de 1998.*  
*Registro de la Propiedad de Marbella, número 3*  
(BOE 8-1-99).

#### ANOTACION PREVENTIVA.

Una vez cancelada, no cabe el recurso gubernativo que cuestione tal cancelación. Sólo cabe que los interesados soliciten de los Tribunales la rectificación si procede.

*Resolución de 27 de noviembre de 1998.*  
*Registro de la Propiedad de Guadalajara, número 2*  
(BOE 8-1-99).

#### COMPRAVENTA.

No es inscribible la de la participación indivisa de una finca que tiene carácter ganancial otorgada por el juez, cuando no fue demandada la esposa ni ha intervenido en el procedimiento.

*Resolución de 28 de noviembre de 1998.*  
*Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca*  
*(BOE 8-1-99).*

#### CALIFICACION.

El Registrador no puede examinar los fundamentos que han servido al Juzgado para decretar la firmeza de sus decisiones. La calificación se limita a la competencia, la congruencia del mandato con el procedimiento en que se haya dictado, a las formalidades externas y a los obstáculos que surjan del Registro.

*Resolución de 30 de noviembre de 1998.*  
*Registro de la Propiedad de La Bisbal*  
*(BOE 8-1-99).*

#### SUCESIONES EN CATALUÑA.

La Dirección General se declara incompetente para resolver el recurso, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional 7.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

*Resolución de 1 de diciembre de 1998.*  
*Registro de la Propiedad de Bilbao, número 11*  
*(BOE 13-1-99).*

#### OBRA NUEVA.

Puede inscribirse sin licencia municipal cuando se realizó antes de la vigencia de la Legislación del Suelo de 1990, si se demuestra debidamente y no consta en el Registro la existencia de expediente de infracción urbanística.

*Resolución de 2 de diciembre de 1998.*  
*Registro de la Propiedad de Cartagena, número 1*  
*(BOE 14-1-99).*

#### PRIORIDAD.

Presentada escritura de compraventa entre dos sociedades, mediando autocontratación, la ratificación de las juntas generales respectivas no produce efectividad retroactiva frente a una anotación preventiva de demanda que se presentó en el periodo intermedio.

*Resolución de 3 de diciembre de 1998.*  
*Registro de la Propiedad de Sevilla, número 9*  
*(BOE 13-1-99).*

#### HIPOTECA.

Cuando los intereses remuneratorios son variables debe fijarse un tipo máximo a la cobertura hipotecaria de dichos intereses.

*Resolución de 10 de diciembre de 1998.*  
*Registro de la Propiedad de Pontevedra, número 1*  
*(BOE 14-1-99).*

#### TRACTO SUCESIVO ABREVIADO.

Según el artículo 20 LH, los actos dispositivos sobre bienes del causante pueden ser inscritos sin previa partición hereditaria, si aparecen otorgados por todos los herederos.

*Resolución de 11 de diciembre de 1998.*  
*Registro de la Propiedad de Pontevedra, número 1*  
*(BOE 13-1-99).*

#### OBRA NUEVA.

Es inscribible la realizada sobre solar presuntivamente ganancial cuando, fallecido el esposo, se otorga la escritura por la viuda y los herederos, sin que sea preciso practicar previamente la partición hereditaria.

*Resolución de 21 de diciembre de 1998.*  
*Registro de la Propiedad de Madrid, número 25*  
*(BOE 23-1-99).*

#### SOCIEDAD DE GANANCIALES. APORTACION DE BIENES.

La aportación de bienes al consorcio ganancial hecha por los esposos es un negocio válido al amparo de la libertad de pactos de los artículos 1.255 y 1.323 del Código Civil.

*Resolución de 22 de diciembre de 1998.*  
*Registro de la Propiedad de Aranda de Duero*  
*(BOE 23-1-99).*

#### FINCAS PROCEDENTES DEL INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACION.

La transferencia de propiedad de las fincas procedentes de colonización al concesionario por haber éste pagado todas sus obligaciones no es una venta para la que la Administración haya de convocar subasta pública, pues no se rige por la Ley de Patrimonio, sino por el específico artículo 34 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

*Resolución de 23 de diciembre de 1998.*  
*Registro de la Propiedad de Lloret de Mar*  
*(BOE 26-1-99).*

#### ANOTACION DE EMBARGO. DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DEL DEMANDADO.

Las diferencias y errores en los nombres y apellidos no impiden la inscripción, siempre que de los elementos probatorios aportados al Registro resulte aclarada la identidad de las personas.

*Resolución de 29 de diciembre de 1998.*  
*Registro de la Propiedad de Madrid, número 27*  
*(BOE 30-1-99).*

#### PROCEDIMIENTO ARTICULO 131 LH. CALIFICACION DE MANDAMIENTOS JUDICIALES.

Deben expresarse las cantidades objeto de reclamación y constar el requerimiento de pago al deudor en el domicilio pactado. El Registrador puede calificar el cumplimiento de los requisitos legales que evitan el riesgo de indefensión del titular registral.

*Resolución de 28 de diciembre de 1998.*  
*Registro de la Propiedad de Baracaldo*  
*(BOE 1-2-99).*

#### TRACTO SUCESIVO. ANOTACION DE BIENES EX-GANANCIALES.

Disuelta la sociedad conyugal y adjudicada una finca a la esposa, no es anotable un embargo por deudas del esposo cuyo mandamiento se presente después, aunque se notificase el embargo a la esposa antes de inscribirse la adjudicación.

*Resolución de 5 de enero de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Guadalajara, número 2*  
*(BOE 9-2-99).*

#### PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA.

Transmitida la propiedad de los elementos de edificación futura por escritura pública, puede complementarse esa transmisión en acta notarial donde consta su entrega.

*Resolución de 7 de enero de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Pravia*  
*(BOE 9-2-99).*

#### PRIORIDAD. RETRASO EN LA CALIFICACION. EFECTOS DE LA RETROACCION DE LA QUIEBRA.

Caducado un asiento de presentación, el título relativo a la misma finca presentado posteriormente gana rango preferente, ya que el asiento de este último y su prioridad están bajo la salvaguardia de los Tribunales. No es obstáculo el excesivo retraso en la calificación del documento primeramente presentado. La declaración de quiebra no produce efectos automáticos respecto a la acumulación de ejecuciones ni a la nulidad de actos por su retroactividad.

*Resolución de 8 de enero de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de León, número 1*  
*(BOE 8-2-99).*

URBANISMO: RECTIFICACION DE ASIENTOS. CONSENTIMIENTO DEL TITULAR.

No se puede imponer una servidumbre sobre una finca resultante de un Plan de Compensación mediante una rectificación del proyecto, cuando dicha finca ya aparece inscrita como libre y no se ha obtenido el consentimiento del titular.

*Resolución de 11 de enero de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Las Rozas de Madrid*  
*(BOE 11-2-99).*

URBANISMO: RECTIFICACION DE ASIENTOS. CONSENTIMIENTO DEL TITULAR.

No se pueden imponer condiciones resolutorias de reversión sobre fincas de una reparcelación mediante documento administrativo, cuando esas fincas están adjudicadas como libres y no se obtiene el consentimiento de los titulares.

*Resolución de 13 de enero de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Madrid, número 35*  
*(BOE 11-2-99).*

COMPRAVENTA. ELEVACION A PUBLICO DE UN DOCUMENTO PRIVADO POR APODERADO.

Capacidad de los apoderados para realizarlo. Determinación del precio. El extranjero no ha de manifestar que la vivienda vendida no es la familiar, pues no le afecta el artículo 1.320 del Código Civil. La retención de los no residentes en el IRPF no está incluida en el artículo 254 LH.

*Resolución de 14 de enero de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Madrid, número 5*  
*(BOE 11-2-99).*

HIPOTECA. OBLIGACIONES AL PORTADOR. INSCRIPCION PREVIA EN EL REGISTRO MERCANTIL.

Su emisión requiere la inscripción previa en el Registro Mercantil, la intervención de un comisario y la constitución de un sindicato de obligacionistas.

*Resolución de 15 de enero de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Daroca*  
*(BOE 13-2-99).*

HIPOTECA. CANCELACION POR EJECUCION; REQUISITOS Y CALIFICACION DEL MANDAMIENTO.

La cantidad reclamada en el procedimiento crea ambigüedad sobre la cantidad que el propietario de la finca debe desembolsar, por lo que el mandamiento no está redactado con claridad. Pero practicadas las notificaciones de la regla 17 del artículo 131 LH, el artículo 100 RH restringe la calificación de los documentos judiciales.

*Resolución de 16 de enero de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Santoña*  
*(BOE 11-2-99).*

OBRA NUEVA. COMUNIDAD DEL DUEÑO DEL SOLAR Y LOS CONSTRUCTORES.

La constitución de la comunidad debe hacerse constar en escritura pública (art. 3 LH) y no puede hacerse constar en acta notarial sin intervención de los interesados.

*Resolución de 22 de enero de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Barcelona, número 21*  
*(BOE 22-2-99).*

TRACTO SUCESIVO. VENTA JUDICIAL DE GARAJE NO INSCRITO.

No es inscribible la venta judicial en favor del adjudicatario de una finca adjudicada en procedimiento ejecutivo que había sido previamente vendida en documento privado al deudor ejecutado.

*Resolución de 25 de enero de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Aranjuez*  
*(BOE 27-2-99).*

SEGREGACION.

Descripción de la finca y descripción del resto de la matriz: Deben realizarse con los requisitos para su identificación.

*Resolución de 1 de febrero de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Madrid, número 27*  
*(BOE 26-2-99).*

#### COMPRAVENTA. SUSPENSIÓN DE PAGOS DE LA SOCIEDAD VENDEDORA.

No es precisa la previa anotación de la suspensión de pagos ni la inscripción del nombramiento de los interventores, pudiendo éstos actuar de modo conjunto o no, con ratificación posterior.

*Resolución de 2 de febrero de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Oviedo, número 5*  
*(BOE 26-2-99).*

#### TRACTO SUCESIVO. EMBARGO POR DEBITOS FISCALES.

No es anotable el embargo cuando la finca pertenece ya a persona distinta del deudor, siendo preciso que haya una previa derivación de la acción tributaria.

*Resolución de 6 de febrero de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Barcelona, número 2*  
*(BOE 26-2-99).*

#### TRACTO SUCESIVO. RETRACTO ARRENDATICIO.

No es inscribible la sentencia que concede este derecho cuando el pleito se ha seguido contra quien ya no es titular registral.

#### Registro Mercantil

*Resolución de 23 de octubre de 1998*  
*(BOE 9-12-98).*

#### S. A. ACUERDOS SOCIALES. CALIFICACION.

La indefinida contradicción entre el título que se califica y otros presentados posteriormente no constituye en sí misma defecto que impida practicar la inscripción.

*Resolución de 28 de octubre de 1998*  
*(BOE 1-12-98).*

#### MUTUA DE SEGUROS.

La facultad de certificar corresponde al Secretario del Consejo, según el artículo 45 del Reglamento de Ordenación del Seguro Privado.

*Resolución de 7 de noviembre de 1998*  
(BOE 8-12-98).

#### OFICINA DE INFORMACION.

Cuando no es sucursal de una sociedad norteamericana y su actividad se limita a recoger información y no desarrolla los negocios que forman el objeto fundamental de la empresa, no es inscribible en el Registro Mercantil.

*Resolución de 24 de noviembre de 1998.*  
*Registro Mercantil de Segovia*  
(BOE 8-1-99).

#### APODERAMIENTO.

Si bien el administrador único de una sociedad puede conceder poderes, no cabe el autopoder, que equivaldría a concederse facultades que ya tiene orgánicamente por Ley.

*Resolución de 12 de enero de 1999.*  
*Registro Mercantil de Madrid XIV*  
(BOE 11-2-99).

#### ADMINISTRACION. CONSEJO. REQUISITOS ESTATUTARIOS.

Las reglas de convocatoria del Consejo de Administración de una Sociedad de Responsabilidad Limitada deben contenerse en sus estatutos, siendo necesario fijar la forma y el plazo con que aquélla ha de realizarse.

*Resolución de 18 de enero de 1999.*  
*Registro Mercantil de Madrid XIII*  
(BOE 11-2-99).

#### REDUCCION DE CAPITAL. S. A. REQUISITOS DEL ACUERDO.

Es preciso que el balance aprobado por la Junta General cuente con el respaldo de un informe técnico, emitido en forma legal, previa su verificación por Auditores de Cuentas, que acredite que las cuentas presentadas reflejan la auténtica situación patrimonial de la sociedad.

*Resolución de 26 de enero de 1999.*  
*Registro Mercantil de Barcelona XII*  
(BOE 22-2-99).

#### PODER. REVOCACION Y OTORGAMIENTO.

No es preciso reseñar el número de protocolo de las escrituras de poder revocadas. Dudas en las facultades conferidas a los nuevos apoderados.

*Resolución de 9 de febrero de 1999.*  
*Registro Mercantil de Madrid V*  
*(BOE 26-2-99).*

CIERRE REGISTRAL. BAJA POR RAZONES FISCALES. TRANSFORMACION DE SOCIEDAD.

No cabe la transformación si existe la nota marginal de cierre ordenada por el Delegado de Hacienda. Interpretación del intervalo temporal mínimo para las convocatorias de la junta.

*Resolución de 10 de febrero de 1999.*  
*Registro Mercantil de Madrid V*  
*(BOE 26-2-99).*

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. PLAZO.

Los quince días que como mínimo deben transcurrir desde la convocatoria a la celebración, se han de contar desde la última publicación.

*Resolución de 11 de febrero de 1999.*  
*Registro Mercantil de Madrid, número 4*  
*(BOE 26-2-99).*

ADMINISTRACION SOLIDARIA. FIJACION ESTATUTARIA DEL NUMERO DE ADMINISTRADORES.

No es preciso fijar su número, pudiendo hacerlo la Junta General.

Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento

*Resolución de 16 de noviembre de 1998*  
*(BOE 17-12-98).*

HIPOTECA MOBILIARIA. MAQUINARIA GRAVADA CON HIPOTECA INMOBILIARIA.

No es posible sobre una maquinaria industrial instalada en un local empresarial sobre el que ya existía una hipoteca inmobiliaria, por estar gravada dicha maquinaria, según el artículo 111 LH, sin que baste la afirmación de que las máquinas no están adscritas al inmueble y pueden separarse.

## B) RESOLUCIONES COMENTADAS

Por FERNANDO CANALS BRAGE  
y RAFAEL RIVAS TORRALBA

**ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO. DURACION DE LA PRORROGA ORDENADA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL.—POR ANALOGIA CON EL ARTICULO 157 LH DEBE ENTENDERSE QUE LA ANOTACION PRORROGADA CONSERVA SU VIGENCIA HASTA SEIS MESES DESPUES DEL AUTO APROBATORIO DEL REMATE QUE PONE FIN AL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO.** (RESOLUCIÓN DE 29 DE MAYO DE 1998. BOE DE 18 DE JUNIO DE 1998.)

*RESOLUCION de 29 de mayo de 1998, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por «Panadería Careaga Laboral, Sociedad Limitada», contra la negativa de don Juan A. Leyva de Leyva, Registrador de la Propiedad de Baracaldo, a inscribir una escritura de adjudicación de fincas, en virtud de apelación de la recurrente.*

En el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, doña Rosa Alday Mendizábal, en nombre de «Panadería Careaga Laboral, Sociedad Limitada», contra la negativa de don Juan A. Leyva de Leyva, Registrador de la Propiedad de Baracaldo, a inscribir una escritura de adjudicación de fincas, en virtud de apelación de la recurrente.

*Hechos.*—I. Ante el Juzgado de lo Social número 4 de Bilbao, se siguió procedimiento por despido, que motivó los autos 1164/1984, en virtud de demanda interpuesta por don Sebastián Sotomayor Garrido y otros quince más, contra la empresa «Carmelo Jiménez» («Panadería La Florida»). El día 7 de abril de 1984 se dictó sentencia por la que se estimó la demanda interpuesta, declarándose resuelta la relación laboral y condenándose a la empresa a indemnizar a los despedidos en las proporciones que se determinan en dicha sentencia. Con fecha 14 de mayo de 1984, los demandantes pidieron la ejecución de la sentencia referida, acordándose por providencia de 15 de noviembre de 1984, sacar a la venta en subasta pública los bienes embargados, dos lonjas comerciales, sitas en Baracaldo, propiedad de la demandada, inscritas en el Registro de la Propiedad de dicha ciudad, con los números 25092 y 33027-B; siendo la mejor postura la ofrecida en la tercera subasta, celebrada el día 29 de abril de 1985, en la que compareció don Sebastián Sotomayor Garrido, que actuaba en nombre de «Sociedad Anónima Laboral Panadería Careaga», habiéndose sacado a subasta los bienes antes referidos, para cubrir un principal de 17.422.496 pesetas, más 1.742.000 para costas.

Por auto de fecha 21 de septiembre de 1989, se adjudicaron dichos bienes a don Sebastián Sotomayor Garrido, en nombre de «Sociedad Anónima Laboral Panadería Careaga», y el día 22 de marzo de 1991, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Bilbao, don Miguel G. Mulet Ferragut, la ilustrísima Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social número 4 de los de Bilbao, adjudicó a la citada mercantil las fincas mencionadas.

II. Presentada copia de la escritura antes referida en el Registro de la Propiedad de Baracaldo, fue calificada con la siguiente nota: «Se deniega la inscripción del precedente documento por aparecer las fincas transmitidas

inscritas a favor de terceros y distinta persona de la parte demandada. Baracaldo, a 12 de julio de 1993.—El Registrador, *Juan A. Leyva de Leyva*.

III. La Procuradora de los Tribunales, doña Rosa Alday Mendizábal, en nombre de «Panadería Careaga Laboral, Sociedad Limitada» (antes «Panadería Careaga Laboral, Sociedad Anónima») interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que el señor Registrador en su nota no señala el motivo o causa y demás circunstancias por las que se produce la denegación. Que en la información registral de fecha 11 de junio de 1993 (dos semanas antes del asiento de presentación de la escritura) las fincas no constaban inscritas a nombre de tercera persona que solamente está vigente una anotación preventiva de embargo, letra L, a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social, ya que todas las anteriores han caducado. Que como fundamentos de derecho se citan: Los artículos 100 y primera parte del artículo 127 del Reglamento Hipotecario, así como la Resolución de 18 de noviembre de 1986. Que en cuanto al fondo del asunto también resulta de aplicación el artículo 86 de la Ley Hipotecaria. Es doctrina reiterada en numerosas sentencias que la anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene preferencia de otras anteriores, siendo la Sentencia el verdadero título a dichos efectos (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1917, 5 de noviembre de 1927 y 20 de noviembre de 1928). Que si hubiere de atenderse exclusivamente la prioridad de acceso al Registro, en el caso de la anotación preventiva, carecería de sentido la aclaración final del número 4 del artículo 1.923 del Código Civil, ya que el embargo como acto procesal y su subsiguiente proyección registral, la anotación, nada prejuzga sobre la verdadera situación, identidad y eficacia de los créditos ni altera la naturaleza de las obligaciones, y en este sentido hay que citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero y 18 de febrero de 1954, 12 de junio de 1970, 21 de febrero de 1975 y 8 de abril de 1976. Que es de aplicación al tema que se estudia el artículo 606 del Código Civil, así como los artículos 97 y 416 y siguientes del Reglamento Hipotecario.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1. Que del historial registral de las fincas resulta la existencia de anotaciones anteriores «vigentes» al tiempo de la presentación de la escritura de adjudicación, el día 25 de junio de 1993 en el Registro de la Propiedad de Baracaldo. En cuanto a la finca número 2.095, estaban vigentes la Anotación Letra B en favor de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao, en autos seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia, número 2, de los de Bilbao, con el número 1184/1982, de fecha 8 de marzo de 1983, y prorrogada por anotación preventiva letra J, el 19 de enero de 1987, y anotación letra CH) a favor de la Diputación Foral del Señorío de Vizcaya, de fecha 8 de julio de 1983, que fue prorrogada y causó la anotación letra K, de fecha 2 de julio de 1987. En lo referente a la finca 33.027-B, estaban vigentes anotación letra A en favor de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao relacionada en la finca anterior y prorrogada con anotación letra I, por la autoridad judicial, día 2 de marzo de 1982, y anotación letra C, a favor de la Diputación Foral del Señorío de Vizcaya, también relacionada en la finca anterior, y prorrogada por anotación letra J, con fecha 2 de julio de 1987. Que dichas anotaciones no habían caducado ni habían sido canceladas. Que también estaban vigentes, por no haber transcurrido el plazo de caducidad, la anotación letra L de ambas fincas en favor de la Tesorería General de la Seguridad Social practicada el día 3 de septiembre de 1992. Que, por el contrario, las anotaciones preventivas F y E de las indicadas

fincas, que son las anotaciones de embargo del procedimiento, cuyo título de adjudicación calificado ha sido objeto del recurso que se estudia, practicadas ambas en el año 1983, habían caducado cuando se presentó el título de adjudicación calificado, haciéndose constar la cancelación de las mismas, por sendas notas al margen, de fecha 3 de septiembre de 1992 y 4 de febrero de 1988, respectivamente. Que la parte recurrente sabe que estaban canceladas. Que, en virtud de los hechos expuestos, probado el error en que incurre la parte recurrente, creyendo caducadas las anotaciones que estaban vigentes por haberse prorrogado, el planteamiento del recurso deviene irreal; 2. Que el recurrente conocía o debía conocer la vigencia de las repetidas anotaciones de embargo: A) Las anotaciones de embargo anteriores a las del procedimiento cuya nota se ha recurrido. B) Las certificaciones de cargas que obran en autos de fecha 3 de diciembre de 1983 y 28 de noviembre del mismo año. C) Las notas al margen de las expresadas anotaciones, de conformidad con el artículo 143.2.º del Reglamento Hipotecario, y D) Las copias del historial de las fincas alegadas y aportadas al expediente del recurso gubernativo; 3. Que estando vigentes las anotaciones preventivas B y A a favor de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao, que habían sido prorrogadas, se presentó el día 2 de julio de 1993, testimonio de adjudicación en el procedimiento que causó las referidas anotaciones prorrogadas, pocos días después de la escritura de adjudicación recurrida, estando vigentes los asientos de presentación y pendientes de despacho los títulos de los dos procedimientos. Que por imperativo del principio de prioridad, careciendo de eficacia las anotaciones preventivas del procedimiento cuyo título de adjudicación ha sido objeto de recurso, anotaciones F y E, que habían caducado, se inscribe el testimonio de adjudicación relativo al procedimiento de que dimanaban las anotaciones prorrogadas B y A, anteriores y vigentes; 4. Que inscritas las fincas a favor de tercero y distinta persona del embargado o titular registral anterior hubo que denegar la inscripción de la escritura de adjudicación en la que consta la nota de calificación recurrida, por exigencias del principio de tracto sucesivo (art. 20 de la Ley Hipotecaria); 5. Que los asientos posteriores a las anotaciones letras B y A fueron cancelados por las anotaciones letras LL de ambas fincas, practicadas con fecha 12 de julio de 1993, en virtud de mandamiento librado por el Juzgado de Primera Instancia, número dos, de Bilbao, de conformidad con el principio de liberación de cargas posteriores; 6. Que como reflejan los folios registrales se han practicado las notificaciones a que se refiere el artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Que como fundamentos de derecho hay que señalar: 1. Que el presente recurso se basa en la creencia errónea de estimar caducadas las anotaciones prorrogadas. Que hay que advertir que las anotaciones judiciales prorrogadas por decisión judicial subsisten aun vencida la prórroga por disponerlo así el artículo 199, párrafo 2.º del Reglamento Hipotecario, y así lo ha declarado la Resolución de 7 de julio de 1989, siendo ésta la postura de la doctrina hipotecaria. 2. Que hay que insistir en el conocimiento por los interesados, acreedores posteriores y tercer poseedor de las anotaciones posteriores, pues debe tenerse en cuenta lo que dice la Resolución de 25 de marzo de 1959. Que el adquirente de la escritura de adjudicación denegada debía conocer la ejecución en marcha que causó las anotaciones prorrogadas B y A; 3. Que en el caso recurrido no se confiere a la anotación de embargo rango o eficacia preferente sobre actos dispositivos anteriores a la anotación. Las tan referidas anotaciones B y A son anteriores al acto dispositivo del título calificado con la nota recurrida. Que hay que tener presente que la declaración jurisprudencial de la

eficacia de las anotaciones de embargo en relación con los actos dispositivos celebrados con anterioridad a la fecha de la anotación, ha sufrido fuerte rectificación tras la reforma del artículo 175 del Reglamento Hipotecario (Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre). Que resulta pertinente indicar que los efectos de los embargos anotados, por lo que hace al presente caso, son los señalados por la Ley Hipotecaria de 1861 con las palabras de la Exposición de Motivos y según las Resoluciones de 28 de septiembre de 1987, de 6 de septiembre de 1988 y 12 de junio y 7 de julio de 1989. 4. Que el Registrador ha calificado teniendo en cuenta todos los documentos presentados, ha examinado los títulos relativos a las fincas pendientes de despacho y los asientos del Registro, de conformidad con las Resoluciones de 14 de diciembre de 1953 y 17 de febrero de 1959. Que en el caso que se estudia se da la concurrencia de dos adjudicaciones de fincas, vigentes los asientos de presentación y pendientes de despacho los títulos como consecuencia de dos procedimientos judiciales, estando caducadas las anotaciones de uno de ellos, precisamente las del procedimiento del título denegado y vigentes las anotaciones del título inscrito, que también eran anteriores, por lo que es evidente que el título de adjudicación denegado no podía gozar de protección registral. Que la nota de calificación se funda en los artículos 17 y 20 de la Ley Hipotecaria. Que, finalmente, fueron cancelados todos los asientos posteriores a las anotaciones letras B y A en virtud del correspondiente mandamiento judicial, principio de purga de cargas posteriores y aplicación del artículo 175.2.º del Reglamento Hipotecario, y 5. Que la nota de calificación dice lo que debe decir, es clara y precisa sin ambigüedades, ajustándose al contenido del artículo 434 del Reglamento Hipotecario y utilizando la expresión legal del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

V. El ilustrísimo Magistrado Juez del Juzgado de lo Social número 4 de Vizcaya informó sobre los trámites del juicio de despido número 1164/1983.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco confirmó la nota del Registrador, fundándose en los artículos 1, 17 y 38 de la Ley Hipotecaria, 175, regla 2.ª del Reglamento Hipotecario y la Resolución de 25 de mayo de 1990.

VII. La Procuradora recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que si las anotaciones preventivas prorrogadas, por mandato judicial conforme dispone el párrafo 2.º del artículo 199 del Reglamento Hipotecario, se cancelan por caducidad al haber recaído resolución definitiva firme en el procedimiento en que la anotación preventiva hubiese sido decretada, esto da lugar a que si la adjudicación a tercero, que se dice existe en el Registro de la Propiedad de Baracaldo, lo es en virtud del procedimiento judicial seguido a instancia de la Caja de Ahorros, para que dicha adjudicación haya tenido lugar significa que se está en procedimiento de ejecución de sentencia firme que ha dado lugar a la cancelación por caducidad de la anotación preventiva prorrogada, por tanto, no cabe determinar como vigente la anotación preventiva letra B y A, respectivamente, de las fincas cuya inscripción se solicita, y lo mismo cabe decir en cuanto a la anotación preventiva CH) y C), respectivamente, dado el artículo 132 de la Ley General Tributaria. Que hay que tener en cuenta que la primera adjudicación judicial de finca embargada es el título cuya inscripción se ha denegado y, por virtud de la fecha de su asiento de presentación, es el primero que accede al Registro de la Propiedad, no salvaguardando el Registro de la Propiedad la protección registral que reconocen los artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria. La escritura cuya inscripción se ha denegado, se otorgó estando

vigente la anotación preventiva letra F, debiendo reconocerse los derechos que recoge el artículo 1.279 del Código Civil. Que en el momento de la presentación de la escritura pública no había tenido acceso al Registro de la Propiedad de Baracaldo título alguno de mejor o de peor condición. Que, en consecuencia, el título presentado es de acceso preferente al Registro de la Propiedad.

*Fundamentos de Derecho.*—Vistos los artículos 12 del Código Civil, 86 de la Ley Hipotecaria, 199 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 7 de marzo de 1957, 24 de mayo de 1990, 30 de julio de 1990 y 11 de abril de 1991.

1. En el supuesto del presente recurso concurren los siguientes elementos definidores: *a)* Sobre determinada finca registral pesa, entre otros asientos, una anotación preventiva de embargo letra B, de fecha 8 de marzo de 1983, decretada en autos de juicio ejecutivo 1184/1982, que es prorrogada el 2 de marzo de 1987 y otra anotación de embargo letra F de fecha 22 de noviembre de 1983, acordada en procedimiento laboral número 1164-83, que fue cancelada por caducidad el 3 de septiembre de 1992. *b)* Con fecha 25 de junio de 1993, se presenta escritura de adjudicación otorgada el 22 de marzo de 1991 por el ilustrísimo señor Magistrado Juez del Juzgado de lo Social número 4 de Bilbao en la que se documenta la enajenación de esa finca, alcanzada en el procedimiento número 1164-83 que motivaba la anotación letra F (la subasta en dicho procedimiento se celebró el 29 de abril de 1985 y el auto de aprobación del remate se dictó el 21 de septiembre de 1989). En ese momento, la finca rematada aparecía inscrita a favor del demandado y ejecutado en dichos autos. *c)* Con fecha 2 de julio de 1993 se presenta testimonio expedido el 12 de mayo de 1993 del auto de aprobación de remate de la finca cuestionada, dictado el 19 de abril de 1993, en juicio ejecutivo 1184/1992 (en el que se había decretado la anotación B) y el subsiguiente mandamiento de cancelación. *d)* El Registrador practica la inscripción de la adjudicación reflejada en este último auto y las cancelaciones acordadas en el mandamiento, el 12 de julio de 1993, y con esa misma fecha extiende en la escritura antes referida, la nota de calificación ahorra recurrida.

2. Se plantea en este recurso, por tanto, la siempre difícil cuestión de la conciliación de los artículos 86 de la Ley Hipotecaria y 199 del Reglamento Hipotecario, esto es, de la determinación de la vigencia de una anotación ordenada por la autoridad judicial, prorrogada por cuatro años conforme al artículo 86 de la Ley Hipotecaria, una vez agotado el plazo de esa prórroga; cuestión que se presenta ahora con nuevos y más delicados perfiles, toda vez que no se ha de decidir si esa anotación mantiene su vigencia una vez agotada la prórroga pero estando aún en tramitación el procedimiento que refleja sino, en el interregno entre la terminación del procedimiento y la constancia en el Registro de esa conclusión.

En efecto, el artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario, en su objetivo de facilitar la persistencia del reflejo registral de una situación provisional mientras ésta se mantenga, ordena la no cancelación por caducidad de una anotación decretada por la autoridad judicial pese al vencimiento de la prórroga, hasta que no haya recaído resolución firme que ponga fin al procedimiento en que aquélla se acordó; pero dados los términos en que se produce, resultaría que en el mismo día en que esa resolución ganase firmeza, la anotación sería ya susceptible de cancelación sin que se establezca un plazo adicional que cubriera el inevitable margen temporal entre dicha resolución y su presentación en el Registro, en la hipótesis en que así procediera. Es cierto que la

anotación prorrogada no puede subsistir indefinidamente una vez terminado el procedimiento reflejado, en tanto la parte a cuyo favor se practicó, decida solicitar la inscripción del resultado de tal procedimiento, pero, no lo es menos que la cancelabilidad inmediata de la anotación, una vez firme la resolución recaída, dejaría frustrados en buena medida los objetivos perseguidos por el propio artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario, pues, el litigante favorecido por este precepto no tendría margen temporal para hacer efectiva en su favor una prioridad registral que se le habría garantizado durante todo el procedimiento.

Para la conciliación de tales exigencias no bastará con destacar la no exclusión legal de las sucesivas prórrogas de las anotaciones ordenadas por la autoridad judicial si la prolongación del pleito así lo justificara, pues, en base al artículo 199 del Reglamento Hipotecario, se ha generalizado la opinión de la indefinida duración de la anotación prorrogada una vez extendida, lo que ha generado una práctica casi unánime de no solicitud de la segunda o posterior prórroga, práctica que no sería ahora prudente desconocer. Se hace preciso, por tanto, articular un plazo razonable a contar desde la firmeza de la resolución que ponga fin al procedimiento, durante el cual se mantendrá la vigencia de la anotación ordenada en él y oportunamente prorrogada, precisándose para su cancelación la acreditación suficiente del transcurso de dicho margen temporal sin que el litigante favorecido se hubiera acogido a la protección registral que así se le brindaba mediante la solicitud de inscripción del título correspondiente. Es ésta, por otra parte, la solución que el legislador adopta en supuestos análogos (cfr. arts. 17, 141, 157 de la Ley Hipotecaria y 177 del Reglamento Hipotecario), y de entre ellos, el plazo de seis meses del artículo 157 de la Ley Hipotecaria, es el más adecuado, habida cuenta de las eventuales dilaciones en la expedición del testimonio de la resolución judicial firme que ponga fin al procedimiento, resolución que en el caso debatido no es otra que el auto aprobatorio del remate, una vez que haya sido consignado el precio correspondiente por el adjudicatario (cfr. arts. 1.509 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por lo demás debe tenerse en cuenta que es doctrina de esta Dirección General que, para mayor acierto en la calificación, deben ser valorados todos los títulos relativos a la misma finca, evitando de este modo asientos innecesarios o llamados a extinguirse inmediatamente (cfr. art. 76 de la Ley Hipotecaria).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso en los términos de los anteriores considerandos.

Madrid, 29 de mayo de 1998.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

## COMENTARIO

Verdaderamente en los últimos años, al compás que nuestra profesión se sobrecargaba de nostalgia de tanto afirmar que ya no es lo que era, las cosas se han vuelto bastante complicadas. Una de las muchas razones que lo ha causado es el desconcierto sobre el valor de las anotaciones preventivas de

embargo, en las que ni los cimientos han dejado de revisarse. Ahora bien, de las pocas cosas que en esta materia nos quedaban incólumes era que las anotaciones preventivas una vez prorrogadas no se cancelaban, ergo seguían existiendo, en tanto el juez que había ordenado su práctica no ordenara su cancelación. Yo era consciente de negarme a pensar si esto era justo o injusto, me bastaba la claridad de las reglas del juego y mi propensión, quizá fascistoide, a entender que la claridad es una forma de justicia.

Lo había dicho el oráculo LA RICA, responsable y comentarista de la norma (art. 199 RH, reforma de 1959): «El nuevo precepto es suficientemente claro. Las anotaciones judiciales no caducarán, y por tanto, no se cancelarán hasta que haya terminado definitivamente, por resolución firme, el procedimiento judicial en que se hubieren decretado. Pero para ello será necesario que si el procedimiento dura más de cuatro años, se haya obtenido la prórroga por otros cuatro de la primera anotación. Inscrita la prórroga, ya la anotación permanece sin limitación del plazo hasta que el procedimiento se ultime y la autoridad judicial decrete la cancelación».

Hasta el presente yo no había razonado sobre la norma, bastándome, quizá inadecuadamente, una interpretación cómoda y sin fisuras. Si ahora estuviera obligado a ello recordaría sin duda el devenir histórico. Hasta la reforma legislativa de 1944, las anotaciones preventivas judiciales no estaban sometidas a caducidad. Entonces, se pusieron de manifiesto las dificultades que para su cancelación se encontraban, pues con el tiempo los autos judiciales se archivaban para no ser encontrados. De aquí que aquella reforma estableciera la caducidad de tales anotaciones, y la admisión de una prórroga también sujeta a caducidad (art. 86 LH). El movimiento pendular cambió el sentido del daño, y ahora llegó a ocurrir que los ocho años resultaran insuficientes para cubrir algunos largos litigios —como hizo notar la RDG de 7 de marzo de 1957—, por lo que la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959 (art. 199), a impulsos de tal Resolución, retornó a la situación anterior, bien que sólo respecto de aquellas anotaciones que hubieren obtenido la prórroga que la Ley autorizaba. Claro es que el Reglamento venía de alguna manera a contradecir a la Ley, lo que se trató de disimular con una redacción de compromiso que, perdido el sentido histórico, se revela hoy desafortunada.

No es baladí que una anotación preventiva judicial esté sujeta a caducidad. De alguna manera se independiza el valor de la anotación respecto del embargo que la provoca. La caducidad implica la pérdida de la prioridad, y todos somos conscientes de las consecuencias que ello comporta. Podríamos plantearnos si el carácter provisional que dogmáticamente se atribuye a las anotaciones preventivas, puede justificar que la publicidad de una medida real, como es el embargo, pueda decaer antes que la propia medida. Quizá no tenga mucho sentido, pero si lo tiene la conclusión es la pérdida, por inoponibilidad, de la eficacia real del embargo.

Porque es fácil caer en la tentación de la megalomanía de la fe pública registral, y concluir el razonamiento afirmando que si la caducidad de la anotación preventiva no implica la desaparición del embargo, el tercero posterior a la misma es consciente de la posible pervivencia de tal embargo, y en tal sentido carente de buena fe, que si bien el Registrador no puede apreciar por estar obligado a aplicar automáticamente las consecuencias de la caducidad, puede ser objeto de revisión en el oportuno proceso declarativo. Así, en nuestro caso, el recurrente (titular de la anotación caducada) tendría abierta la puerta para impugnar la buena fe del adquirente posterior (en base a una

anotación preventiva prorrogada), habida cuenta de la no constancia en el Registro de la extinción del embargo que la anotación caducada publicaba. Pobre papel el del Registro de la Propiedad.

Por ello, y por otros muchos supuestos que en la práctica se presentan, es por lo que pienso que no se deben dar fotocopias de los folios registrales, que se convierten así en cajas de Pandora de sorpresas enervantes de la fe pública, sino que corresponde al Registrador la seguridad del tráfico, dando publicidad estricta de las cargas que constan en el Registro, entre las que, ciertamente, no cabe incluir las anotaciones caducadas.

Desconozco si en el planteamiento reciente de la Dirección General sobre publicidad formal, esta apreciación venía también contemplada. No lo creo, porque en otras Resoluciones del Centro Directivo es perceptible la fascinación hipnótica de la fe pública, pero en todo caso forma parte del tono epistolar preguntarse cómo es posible que algo tan importante para los consumidores y tan sacrificado e ingrato para nosotros se haya podido vender tan mal al público.

Nuestro compañero del recurso se topa a la vez con los dos documentos causados por sendos procedimientos. Ninguna vacilación siente en la aplicación de la doctrina «tradicional». Tan es así que despacha, en primer lugar, el documento posterior que se amparaba en la anotación prorrogada, y deniega la inscripción del anterior, cuya anotación correspondiente había caducado, extendiendo en el mismo una de esas impresentables notas de calificación que ponemos —y me temo que mucho yo también por esta senda constitucional— cuando el asunto es de una evidencia tal que el interesado deja de ser automáticamente merecedor de explicación alguna. Tan sólo esa rotunda precisión de que el titular registral era ahora «tercera y distinta persona de la parte demandada».

No se amilana por ello la entonces potencial recurrente que se tenía bien conocida la historia de su asunto, pero desconocía o no le interesaba la historia del artículo 199 RH. Casi cuarenta años no pasan en balde. De modo que recoge el tenor literal del texto reglamentario, y arguye inapelablemente con el mismo que si las anotaciones preventivas prorrogadas caducan al recaer «resolución definitiva firme», es más que evidente que lo estaba la que había amparado al documento posterior inscrito indebidamente, pues para llegar a la fase de adjudicación en el procedimiento ejecutivo hace falta necesariamente una previa sentencia firme. (Y probablemente cabría añadir toda una serie de decisiones intermedias, no por ello menos judiciales, salvo en todo caso las provenientes del secretario, ni menos firmes). Tampoco se amilana la ya recurrente por el rechazo en la Presidencia del correspondiente Tribunal Superior de Justicia y el asunto llega, pues, a la Dirección General.

Y llega bastante cómodo para acoger una solución de compromiso (especialmente, si a la postre, se va a desestimar). No desde luego porque recurriera al hecho de haberse practicado ya un asiento encomendado a la salvaguardia de los tribunales, lo que implicaría dar la razón de fondo a la recurrente. Tampoco porque aplicara automáticamente la tesis tradicional, si no se quería participar de ella. Pero sí desde luego porque el planteamiento de la recurrente había sido abordado por la RDG de 25 de mayo de 1990, citada especialmente por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia (curiosamente la resolución cita la del día anterior de idéntico contenido), y bastaba con la reproducción de sus fundamentos. Parece, pues, que la Dirección General se halla especialmente deseosa de decir lo que dice.

Con los Vistos de los Fundamentos de Derecho me van a permitir que haga trampa y que no saque a colación las RRDG recogidas (7 de marzo de 1957, 24 de mayo y 30 de julio de 1990, y 11 de abril de 1991) hasta que a mí me convenga; en cuanto a las normas citadas están los inevitables 86 LH y 199 RH, pero además el sorprendente e incomprensible artículo 12 del Código Civil, que se ocupa de la determinación de las normas de conflicto en Derecho internacional privado, y que quizá hubiera merecido ser incluido en la corrección de errores.

Lo primero que hace la Resolución para resolver el problema es crearlo: «se plantea la siempre difícil cuestión de la conciliación de los artículos 86 de la Ley Hipotecaria y 199 del Reglamento Hipotecario, esto es, de la determinación de la vigencia de una anotación ordenada por la autoridad judicial prorrogada por cuatro años conforme al artículo 86 de la Ley Hipotecaria, una vez agotado el plazo de esa prórroga...» (Tal parece que doctrina y jurisprudencia estuvieran enzarzadas en un contencioso debate sobre esa conciliación. De ser así confieso que me resulta por completo desconocido. Yo diría que, al contrario, una vez asumida desde su nacimiento la extralimitación reglamentaria, el entendimiento y la práctica de las normas han seguido unánimemente los pasos que LA RICA había marcado). «Cuestión que se presenta ahora con nuevos y más delicados perfiles toda vez que no se ha de decidir si esa anotación mantiene su vigencia una vez que (sic) agotada la prórroga pero estando aún en tramitación el procedimiento que refleja sino, en el interregno entre la terminación del procedimiento y la constancia en el Registro de esa conclusión».

Quizá no sea exacto decir que esa disociación hace supuesto de la cuestión, pero es cierto que la lectura tradicional del artículo 199 RH, según la cual la prórroga no agota su vigencia porque la anotación ya no incurre en caducidad, es obviada sin merecer el más mínimo comentario. La Resolución parte de la idea de que transcurridos los cuatro años, la prórroga se ha agotado, y contempla dos supuestos:

— Que en tal momento el procedimiento no haya concluido («estando aún en tramitación el procedimiento que refleja»); sobre la pervivencia de la anotación, en este caso «que no se ha de decidir», se reserva su opinión.

Sin embargo un poco más adelante arroja al respecto un *obiter dicta* que me sume en el más profundo desconcierto, cuando no en la desolación: «no bastará con destacar la no exclusión legal de las sucesivas prórrogas de las anotaciones ordenadas por la autoridad judicial si la prolongación del pleito así lo justificara, pues, en base al artículo 199 del Reglamento Hipotecario se ha generalizado la opinión de la indefinida duración de la anotación prorrogada una vez extendida, lo que ha generado una práctica casi unánime de no solicitud de la segunda o posterior prórroga, práctica que no sería ahora prudente desconocer».

Con toda la medida que me he impuesto para este comentario, creo que este párrafo no se debía haber escrito. No puedo evitar que me recuerde al soldado que insistía al capitán en que toda la compañía llevaba el paso cambiado. Si a pesar de todo, la Dirección General entiende que la «práctica casi unánime» es errónea y se muestra dispuesta a desconocerla en un futuro, ya que al menos no ahora, debería haber explicado por qué entiende no haber «exclusión legal de las sucesivas prórrogas» en la dicción del artículo 86 LH que limita la prórroga a «un plazo de cuatro años», y en qué erraba la

anterior Resolución de la misma Dirección de 7 de marzo de 1957, cuando al entender que «dados los términos en que se halla redactado el artículo 86 de la Ley Hipotecaria no son admisibles nuevas ampliaciones de plazo», conminaba al legislador a la revisión del precepto para atender a las circunstancias excepcionales en que quedarán desamparados intereses dignos de protección, cosa que hizo al aprobar dos años más tarde la reforma del artículo 199 RH, con el que se pretendía, pues, atender a los problemas que la única prórroga planteaba.

Por otra parte, tampoco es cierto que la Dirección se pliegue por criterios de prudencia a la práctica casi unánime. Porque esa práctica se apoya, como aquella misma reconoce, en la generalizada opinión de la indefinida duración de la anotación practicada y prorrogada. Y esta opinión sí que va a ser desconocida sin argumentación alguna, dando por supuesto que la penosa redacción literal del artículo 199 RH no la necesita. Lo vemos en el segundo supuesto.

— Si la anotación mantiene su vigencia, una vez agotada la prórroga, «en el interregno entre la terminación del procedimiento y la constancia en el Registro de esa conclusión».

Y concluye: «el artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario... ordena la no cancelación por caducidad de una anotación decretada por la autoridad judicial pese al vencimiento de la prórroga, hasta que no haya recaído resolución firme que ponga fin al procedimiento en que aquélla se acordó; pero dados los términos en que se produce, resultaría que en el mismo día en que esa resolución ganase firmeza, la anotación sería ya susceptible de cancelación sin que se establezca un plazo adicional que cubriera el inevitable margen temporal entre dicha resolución y su presentación en el Registro».

Esta lectura del precepto reglamentario que parece literal, pero sólo lo es aparentemente, también había sido sugerida por la doctrina. Así se puede hojear la última edición del ROCA-SASTRE, ésta en que, definitivamente, es MUNCUNILL, donde se plantea si tal texto quería que la anotación prorrogada caducara, al margen del Registro, el día en que quedara firme la resolución que pusiera fin al procedimiento, conclusión que califica de «absurda» y por «disparatada» de «inadmisibles». En efecto, ¿cómo puede pensarse que el Reglamento quisiera establecer que una carga registral caducara fuera del Registro, y que además jamás estuviera vigente cuando el documento que quería salvaguardar accediera al mismo?

Parece, sin embargo, la Dirección asumir con normalidad tal planteamiento, quizá porque le sedujera encontrar una solución al problema.

Y lo encuentra; primero, haciendo supuesto de la cuestión: «Es cierto que la anotación prorrogada no puede subsistir indefinidamente una vez terminado el procedimiento reflejado» (aunque a continuación afirma, como hemos visto, que lo contrario es la opinión generalizada); después, lamentándose en aquel *obiter dicta* de no poder imponer «ahora» su particular opinión sobre la pluralidad de prórrogas, y por último, Dios me perdone, como una mancha saca otra mancha, cayendo en otro absurdo, o cuanto menos en la debilidad de sentirse legislador: «Se hace preciso, por tanto, articular un plazo razonable a contar desde la firmeza de la resolución que ponga fin al procedimiento, durante el cual se mantendrá la vigencia de la anotación ordenada en él y oportunamente prorrogada, precisándose para su cancelación la acreditación suficiente del transcurso de dicho margen

temporal sin que el litigante favorecido se hubiera acogido a la protección registral que así se le brindaba mediante la solicitud de inscripción del título correspondiente. Es ésta, por otra parte, la solución que el legislador adopta en supuestos análogos (cfr. arts. 17, 141, 157 de la Ley Hipotecaria y 177 del Reglamento Hipotecario), y de entre ellos el plazo de seis meses del artículo 157 de la Ley Hipotecaria, es el más adecuado, habida cuenta de las eventuales dilaciones en la expedición del testimonio de la resolución judicial que ponga fin al procedimiento, resolución que en el caso debatido no es otra que el auto aprobatorio del remate, una vez que haya sido consignado el precio correspondiente por el adjudicatario (cfr. arts. 1.509 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

— No entiendo que un asiento caducado pueda seguir vigente. Hasta ahora la caducidad era siempre una cuestión de tiempo y por tanto se producía automáticamente en el Registro, con independencia del momento de su apreciación por el Registrador, ahora, es una cuestión aleatoria —que se dicte resolución judicial firme que ponga fin al procedimiento— y no opera automáticamente, sino que dispone de un plazo de gracia. (¿Analogía acaso con una postjubilación cada vez más cercana?).

— No entiendo la razón de tal aparente lectura literal del artículo 199 RH, sin criterio interpretativo alguno que evite el absurdo, sin preocupación alguna por su razón histórica, como si la monotonía de la unanimidad de la doctrina tradicional hubiera de restar brillantez a los fundamentos de derecho.

Por otra parte, tampoco entiendo que exista literalidad en la lectura. Puede no darse demasiada importancia a la coma que en el precepto figura a continuación de «caducidad», y que no permite en absoluto conectar el «hasta que» inmediato con dicha palabra precedente —quizá con «se cancelará»—; ello, aunque no quiera pensarse en que el uso de tal palabra «caducidad» obedezca a una necesidad de aparentar conciliación con el artículo de la Ley Hipotecaria que se iba a contradecir, ni que las comas puedan implicar adversación, ruptura de idea: «sino hasta que...». Sin embargo, lo que es absolutamente obvio es que en ninguna parte del texto literal que se ha querido seguir hasta el absurdo se dice que la «resolución judicial firme», que debe dictarse para la cancelación (malamente por caducidad) de la anotación prorrogada, «ponga fin al procedimiento», como por dos veces se encuentra en la Resolución. Desde esta perspectiva es más ajustada al Reglamento la lectura que hace la recurrente que contempla como tal «resolución» la sentencia firme, aunque en este caso es aún más presto al absurdo el texto reglamentario si se piensa en cualesquiera otras posibles resoluciones judiciales firmes.

Con todo, aún admitiendo ese punto de partida, ¿cuál es la resolución judicial firme que pone fin al procedimiento? La Dirección afirma, sin razonamiento alguno, que «en el caso debatido no es otra que el auto aprobatorio del remate». Supongo que por caso debatido debe entenderse todo supuesto de anotación preventiva de embargo, no tan sólo el concreto asunto que motivó el recurso. Como la Dirección no da razón alguna, no sabemos por qué ha rechazado, sin consideración, como punto final al testimonio del auto de adjudicación que la Jurisprudencia conceptúa como consumación del acto transmisivo, en tanto que el auto sería su perfeccionamiento (por ejemplo, STS de 1 de septiembre de 1987, que me aparece por casualidad al fichar las Revistas Críticas atrasadas), y que marcaría el punto final de los deberes

judiciales y el comienzo de los del litigante para impedir que la ya producida caducidad de la anotación se haga efectiva.

Tratándose de anotaciones preventivas de demanda, habría de encontrarse, pues, el momento del punto final del procedimiento; escoger entre la sentencia firme (o su testimonio), el auto o las diligencias aprobatorias de su ejecución (o su testimonio) o incluso el momento de la formalización documental que ésta pudiera exigir (u otras variantes procesales que mis escasos conocimientos no permiten pergeñar). Es posible que pueda verse con claridad cuál de ellos es la resolución judicial oportuna, posible incluso y deseable que no se plantee problema alguno, pero no es de destacar que hayan pareceres distintos —por ejemplo, sobre si la sentencia firme era directamente inscribible o necesitaba de un mandamiento cancelatorio de asientos dictados en ejecución de la misma— que posibiliten distintos cómputos de la fecha de caducidad.

Lo único que parece, pues, totalmente claro en este punto es que la presente Resolución no considera que la anotación preventiva forme parte del procedimiento. De otra manera únicamente con su extinción podrían entenderse concluido el mismo y cumplido el precepto reglamentario. (Con ello no se atendería a la fecha del mandamiento cancelatorio para fijar la caducidad de la anotación, pendiente de su efectividad por el transcurso del nuevo plazo de seis meses, sino a que el «procedimiento» no puede considerarse concluido en tanto la anotación no esté cancelada, y ésta no se puede cancelar sino cuando el Juez expresamente lo ordene.) Es posible que sea como la Dirección quiere, pero resulta un poco triste que no se haya siquiera contemplado otra posibilidad. Valorar quizá que la norma impone como principio básico e ineludible que la anotación ordenada por el Juez quede en manos del Juez hasta su extinción (art. 83 LH); de modo que toda otra forma de cancelación es intrínsecamente anómala y por ende excepcional. Plantearse tal vez por qué para la LEC no basta el testimonio del auto aprobatorio del remate para cancelar la anotación preventiva de embargo en tal procedimiento, sino que requiere mandamiento al respecto (art. 1.518).

— No entiendo, en suma, qué analogía puede verse entre el artículo 199 RH y otros supuestos como: el artículo 17 LH, que recoge el principio de prioridad y el plazo de vigencia normal del asiento de presentación, el artículo 141 LH, el artículo 157 LH, relativo a la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas o, por último, el artículo 177 RH, relativo al pacto de retro. A salvo quizá la analogía en cuanto a estos dos últimos preceptos, siempre que se entienda haber identidad de razón entre cosas tan dispares como la caducidad de un asiento y la extinción de un derecho, que obligue a la consideración de un similar plazo para su constatación registral.

La Dirección no tiene más remedio que apreciarla para salir del absurdo en que voluntariamente ha caído, y escoge arbitrariamente el plazo de seis meses del artículo 157 LH (probablemente por la única razón de que el plazo de ocho días del art. 177 RH le parezca demasiado breve). (No he podido evitar el morbo de comprobar las fechas de los respectivos procedimientos. El documento correspondiente a la anotación prorrogada entró en el Registro dentro del plazo de seis meses decidido por la Dirección —lo cual quiere decir que la Dirección sabía de antemano que tenía el recurso ganado, no obstante, lo que iba a establecer—. Curiosamente en cuanto a la anotación de la recurrente, entre la fecha del Auto aprobatorio del remate (que hubiera causado, en la tesis de la Dirección, la caducidad de la anotación en el caso de estar

prorrogada) y la presentación del correspondiente documento en el Registro habían pasado tres años, ocho meses y varios días; bien es verdad que tal documento era una escritura notarial, pero también entre ésta y aquel auto aprobatorio había un lapso superior a los seis meses, concretamente un año y seis meses. ¿Hubiera sido la misma la solución de la Dirección General si las fechas hubieran sido las inversas?).

La arbitrariedad de la elección de plazo («es el más adecuado», por todo argumento), nos permite hoy dudar, tras la reforma del Reglamento Hipotecario, de si la elección debe ser la misma, habida cuenta además de que seis meses también pueden ser escasos según se ha visto en el párrafo anterior. Hoy disponemos de un plazo general de cancelación de asientos de derechos extinguidos —y ésta parece ser la nueva conceptualización de la caducidad de la anotación preventiva: extinción del derecho del litigante favorecido—, que puede ser más adecuado: cinco años a contar desde su vencimiento (art. 177 RH).

Y para concluir no entiendo el porqué de esta (y otras recientes) Resoluciones. La pretensión parece clara, porque ella misma lo expresa: evitar el daño que el litigante favorecido pueda causar manteniendo indefinida una situación registral que no se corresponde con un procedimiento judicial concluido. Pero, ¿esta legítima y justa pretensión, legítima y justifica una pretensión de brillantez que remueve unos cimientos cuanto menos claros? ¿Cuándo además si el daño que se pretende remediar se estaba produciendo en el supuesto, ni por ende la solución había sido distinta de la que los removidos cimientos hubieran soportado? Y en suma, ¿corresponde a nuestra Dirección General tal papel de redentor?

FERNANDO CANALS BRAGE

**ADJUDICACION EN JUICIO EJECUTIVO. NOTIFICACIONES DEL ARTICULO 1.490 LEC.—LA OMISION DE LAS NOTIFICACIONES PREVENIDAS EN EL PRECEPTO CITADO RESPECTO DE LOS TITULARES DE DERECHOS ADQUIRIDOS CON POSTERIORIDAD A LA TRABA, NO IMPIDE LA INSCRIPCION DEL BIEN REMATADO, PORQUE TALES COMUNICACIONES NO SON UN TRAMITE SUSTANCIAL DEL PROCESO, SINO SIMPLEMENTE UNA FORMA ACTIVA E INDIVIDUALIZADA DE PUBLICIDAD REGISTRAL PARA QUE LOS INDICADOS TITULARES CONOZCAN EL COMIENZO DE LA VIA DE APREMIO.** (RESOLUCIÓN DE 1 DE JULIO DE 1997. BOE DE 24 DE JULIO DE 1997.)

*Hechos.*—I. El día 24 de julio de 1995 se dictó Auto de adjudicación de la finca registral número 34090 del Registro de la Propiedad de Daimiel, como consecuencia del Procedimiento de juicio ejecutivo 98/92, seguido en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de dicha ciudad, a instancia de la entidad mercantil «Frical Ibérica» contra «Bodegas Valdelomar, Sociedad Limitada».

II. Presentado testimonio del citado auto en el Registro de la Propiedad de Daimiel y el mandamiento de cancelación, de 16 de enero de 1996, de la anotación preventiva correspondiente al crédito del actor y de todos los asientos posteriores, fueron objeto, con igual fecha, de la misma nota de calificación: «Suspendida la inscripción solicitada según testimonio del auto de ad-

judicación recaído en el procedimiento número 98/92, por observarse los siguientes defectos: 1. No consta que se haya practicado la notificación prevenida en el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a algunos de los titulares de derechos, según asientos posteriores al gravamen que se ejecuta y que figuran en la certificación de cargas, en concreto «Bodegas Las Tablas, Sociedad Limitada», tercer poseedor de la finca, según la inscripción 3.ª, y los titulares del derecho de hipoteca unilateral que resultan de las inscripciones 4.ª y 5.ª 2. No se acredita el estado arrendaticio de la finca, a los efectos prevenidos en la Ley de Arrendamientos Urbanos. La precedente nota de calificación podrá ser recurrida gubernativamente ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en el plazo de cuatro meses contados desde su fecha, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 113 de su Reglamento, Daimiel, 21 de febrero de 1996. La Registradora.—*Esther Ramos Alcázar*». Vuelto a presentar los citados documentos fueron objeto de las siguientes calificaciones: «Aportado nuevamente el documento a que se refiere el asiento número 923 del Diario 77, en unión de oficio de ampliación de mandamiento, expedido por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Daimiel, con fecha 22 del actual, se reitera la nota de calificación del pasado 21 de febrero. Daimiel, 27 de marzo de 1996. La Registradora.—*Esther Ramos Alcázar*».

III. El Procurador de los Tribunales, don Luis Legorburo Martínez, en nombre de «Frical Ibérica, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: A. Que el título que se ha de inscribir es el Auto de fecha 24 de julio de 1995, remitido al Registro con el mandamiento de fecha 16 de enero de 1996, por lo que cualquier defecto, subsanable o insubsanable, se ha de referir necesariamente a dicha Resolución, que a los efectos legales tiene el carácter de título, por disponerlo así el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y si se conjuga dicho precepto con el artículo 65 de la Ley Hipotecaria, resulta claro que la calificación que debe y puede hacer el Registrador es examinar el título que se presenta y cuando del mismo se deduzca alguno de los defectos que establece la Ley se debe producir la suspensión o la denegación de las operaciones que se deriven de ese título. Que en el supuesto que se estudia del título no se deducen los defectos que se indican en la nota de calificación, y no se trata de una calificación que decida sobre la existencia de defectos del título que se pretende inscribir, sino de la distinta forma de interpretar la manera en que se han de practicar determinadas notificaciones. Que los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario establecen las cuestiones que pueden ser objeto de calificación cuando se refiere a «documentos expedidos por la autoridad judicial». Si se aplican las limitaciones que vienen impuestas por los citados artículos a la calificación del documento a que se refiere este recurso, se observa que no adolece de los defectos que se indican en la nota ni existe en el Registro obstáculo alguno, sin más que repasar el contenido del Auto, en el que claramente consta que se han practicado las notificaciones previstas por el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, circunstancia que se desprende de lo certificado por el propio Registro y que debe prevalecer sobre la forma discrepante de interpretar como se llevan a cabo dichas notificaciones. Que consentir la suspensión decidida por el Registro, en base a lo que en realidad supone la rectificación, por vía de hecho, de una anterior actuación de otro titular de ese mismo Registro, entraña inseguridad jurídica. Si en una concreta fecha, se ha ordenado al Regis-

trador que practique las notificaciones previstas legalmente en el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se certifica que se han practicado, dicha afirmación debe prevalecer por encima del criterio discrepante de otro titular. B. Que con independencia de las cuestiones globales anteriormente expuestas, tampoco pueden ser admitidos los defectos de la nota de calificación, por las siguientes razones: 1. Con respecto a la ausencia de notificaciones a «Bodegas Las Tablas, Sociedad Limitada». Que de los propios asientos del Registro, contenidos en la certificación de cargas expedida, resulta: a) El cambio de titularidad de la finca se produce como consecuencia de una aportación que realiza la demandada «Valdelomar, Sociedad Limitada», representada por el señor Sánchez Jiménez, a «Bodegas Las Tablas, Sociedad Limitada»; b) La hipoteca que causa la inscripción 4.ª, en cuya virtud «Bodegas Las Tablas, Sociedad Limitada» grava la finca que anteriormente recibió por aportación de «Valdelomar, Sociedad Limitada», representada por el señor Sánchez Jiménez. Que por el examen de la inscripción 5.ª (aceptación de hipoteca) el señor Sánchez Jiménez actúa en representación de las dos entidades, que son en realidad la misma. Que, por ello, resulta que la mercantil «Bodegas Las Tablas, Sociedad Limitada» tenía conocimiento de la existencia del embargo trabado en su día por «Frical Ibérica, Sociedad Anónima», que eximía de la notificación tendente a comunicar lo que a través del procedimiento mantenido, y las innumerables actuaciones de todo tipo realizadas por las partes. 2. Respecto de la ausencia de notificación a los acreedores hipotecarios. Que la notificación se hizo a la persona del presentador de la escritura, lo que está ajustado a derecho conforme al artículo 6 de la Ley Hipotecaria en relación al artículo 39 del Reglamento Hipotecario. Que en virtud del hecho de que la escritura de aceptación, de acuerdo con el artículo 141 de la Ley Hipotecaria, es la que hace constituir el derecho en favor de los acreedores, resulta correcta la actuación del Registro al notificar al presentador la existencia del procedimiento. C. Respecto de la mención de la situación arrendaticia. Que en el Registro consta la situación de la finca, como no arrendada, según se hace constar en todas las inscripciones que se han practicado y que constan en la certificación de cargas, por lo que no se considera una cuestión trascendente que no figure tal mención en el Auto de adjudicación. No obstante, no habría problema en que, una vez sea estimado el presente recurso, deberá ser adicionado el mandamiento en el sentido de hacer constar la situación arrendaticia del inmueble, ya que ello no representa perjuicios para nadie. D. Que se debe entender aplicable lo dispuesto en el artículo 7 del Código Civil, en cuanto a la exigencia de la aplicación normativa bajo los criterios de la buena fe, que debe ser entendida, en el supuesto que nos ocupa, en el sentido de que las normas se apliquen según su verdadera finalidad. Así pues, la finalidad de las notificaciones prevenidas en el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es la de que los acreedores posteriores tengan conocimiento de la situación procesal en la que se encuentra el procedimiento en vía de apremio, y, con respecto a los defectos apreciados por el Registrador, se debe tener en cuenta: 1. Que «Bodegas Las Tablas, Sociedad Limitada», resulta estar representada, según los datos registrales, por la misma persona que «Valdelomar, Sociedad Limitada», por lo que resulta ilusorio pensar que no se tiene el conocimiento pretendido por la notificación, y 2. Que, con respecto a la hipoteca posterior al embargo causado por el juicio ejecutivo, se practica la notificación en la persona del presentador de las escrituras de aceptación, por lo que, igualmente, debe resultar que los

acreedores tuvieron puntual conocimiento de la existencia del procedimiento. E. Que hay que destacar la Resolución de 12 de febrero de 1996, sobre el alcance de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad.

IV. La Registradora de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1. Que se entiende que el recurso interpuesto se refiere tanto a la suspensión de la adjudicación como a la suspensión de las cancelaciones ordenadas. Que ello es congruente con el carácter unitario del complejo de operaciones registrales que se producen como consecuencia de la culminación de un embargo con la adjudicación judicial del bien trabado. 2. Que en lo que se refiere a la no constancia de las notificaciones a que alude el primer defecto de la nota, a la vista del artículo 100 del Reglamento Hipotecario y frente a las alegaciones del recurrente, hay que señalar que dicho defecto resulta del título presentado y se confirma con el examen de los asientos del Registro. Que en ningún momento se trató de interpretar la manera en que se han de practicar determinadas notificaciones, causando indefensión e inseguridad jurídica, ni de rectificar por la vía de hecho la actuación del titular anterior, simplemente se observó la ausencia de la comunicación prevenida en el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto de los titulares de derecho que figuraban en la certificación y constaban en dos asientos posteriores al del gravamen que se ejecutaba a los efectos que el mismo precepto establece. Que conforme al segundo párrafo del citado artículo, la comunicación se practicará en el domicilio que conste en el Registro, por correo o telégrafo; y, en efecto, en el Registro constan los domicilios, tanto de «Bodegas Las Tablas, Sociedad Anónima», como de todos y cada uno de los titulares de la hipoteca unilateral posteriormente aceptada, sin que hasta ahora se haya acreditado la comunicación a ninguno de ellos en sus respectivos domicilios. Que no compete al Registrador averiguar la composición de las personas jurídicas que son titulares registrales, ni de sus órganos de administración. Para el Registrador la entidad mercantil «Valdelomar, Sociedad Limitada», y «Bodegas Las Tablas, Sociedad Limitada», son dos personas jurídicas distintas, dos titulares registrales diferentes. Que respecto a los acreedores hipotecarios que constan en las inscripciones 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> son igualmente titulares registrales y no puede aceptarse la alegación del recurrente de que se notificó al Alcalde, como presentante de la escritura de hipoteca unilateral, al amparo del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, y 39 de su Reglamento, y no puede extenderse la representación del presentante del título a todos los actos que puedan derivarse del asiento practicado. 3. Que es cosa distinta determinar, por una parte, si el Registrador se está extralimitando o no en su función calificadora al comprobar la práctica de las comunicaciones ordenadas por el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, por otra, qué trascendencia tiene, a efectos de la inscripción de la adjudicación y de la consecuente cancelación del embargo objeto del procedimiento y de los asientos posteriores, el que no se hayan practicado dichas comunicaciones a los titulares de algunos de dichos asientos. 4. Que de lo que se trata es de salvaguardar los derechos de los titulares registrales que van a verse afectados por el procedimiento y, por tanto, debe ser considerada la ausencia de las notificaciones como obstáculo que surge del Registro, según establece el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. En este sentido hay que citar las Resoluciones de 2 de julio de 1980, 24 de agosto de 1981, 27 de julio de 1988 y 30 de junio de 1989. 5. Que respecto a la trascendencia que en orden a la inscripción tiene la ausencia de las comunicaciones del artículo 149 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hay que decir,

como resulta de las Resoluciones citadas, que dentro de la relación Registro y proceso, esa relevancia deriva de los principios de legitimación y tracto sucesivo. Que teniendo en cuenta lo establecido en el último párrafo del artículo 38 y 134 de la Ley Hipotecaria y 143 del Reglamento Hipotecario, y la doctrina más reciente de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la equiparación de tratamiento que hacen los artículos citados, entre el tercer poseedor de bienes anotados y el tercer poseedor de bienes hipotecados, no puede tomarse literalmente, dadas las diferencias existentes entre los distintos procedimientos de ejecución, y sus distintas fases. Ahora bien, dichos preceptos en unión de los artículos 1.489 y 1.490 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben ser entendidos de manera que produzcan un resultado lógico. Que los adquirentes de derechos sobre los bienes anotados que surjan después de puesta la nota de haberse expedido la correspondiente certificación, podrán personarse en juicio a su instancia, teniendo aquella nota el efecto de notificar a dichos adquirentes del dominio y demás derechos reales sobre la finca o derecho gravado, así como los titulares de hipotecas, censos y gravámenes a que están afectos los bienes que, según el artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, han de hacerse constar en la certificación expedida, debe practicarse la comunicación que establece el artículo 1.490 de dicha Ley para que puedan intervenir en el avalúo y subasta de los bienes si les conviniere, o satisfacer el importe del crédito, intereses y costas conforme al artículo 131.5.º de la Ley Hipotecaria. Además, la Ley de Enjuiciamiento Civil supedita la continuación del procedimiento al cumplimiento de la comunicación recogida en el artículo 1.490, y así resulta de los artículos 1.491 y 1.494. Que, por otra parte, si el embargo, según doctrina reiterada de la jurisprudencia, es un acto procesal de trascendencia jurídico-real, cuyo objetivo es el aseguramiento del buen fin de la ejecución en curso, mediante la afección del bien trabado al procedimiento en el que se decreta, ha de concluirse que dicha afección lo será según las reglas del procedimiento, entre ellas el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 6. Que en cuanto al segundo defecto de la nota de calificación, hay que señalar las Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987, 5 de noviembre de 1993, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1959 y 23 de enero de 1971.

V. El ilustrísimo Juez de Primera Instancia e Instrucción de Daimiel informó en sentido favorable a la nota de calificación de la señora Registradora, considerando que no se puede olvidar la importancia que tienen las comunicaciones a que se refiere el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la tutela efectiva de los derechos e intereses de los titulares de las cargas posteriores exige la posibilidad de su intervención, y desconocida esa posibilidad las actuaciones han de reponerse al momento procesal adecuado.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha confirmó la nota de la Registradora fundándose en las alegaciones de ésta.

VII. El recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso.

*Fundamentos de Derecho.*—Vistos los artículos 38, 107.9, 126 y 127 de la Ley Hipotecaria; 9.4, 1.453, 1.484, 1.490 y 1.494 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 175.5 y 198 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 30 de junio y 7 de julio de 1989, 23 de marzo de 1993, 24 de abril de 1991 y Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1993.

1. En el presente recurso ha de decidirse exclusivamente si la omisión de las comunicaciones prevenidas en el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto de titulares de derechos recayentes sobre el bien embargado y ejecutado, adquiridos con posterioridad a la traba, constituye defecto que impide la práctica, en favor del adjudicatario, de la inscripción de dominio del bien rematado, en virtud del testimonio del auto de adjudicación respectivo.

2. La solución dista de ser sencilla y a ello se añade la inadecuación de la nueva redacción del artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (dada por la Ley 10/1992), con el esquema global que informa el proceso de ejecución en la Ley de Enjuiciamiento Civil (inadecuación que se pone de manifiesto, por ejemplo, en la contradicción entre el párrafo primero del artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que supone que todos los titulares de derechos reales recayentes sobre el bien embargado y adquiridos con posterioridad al gravamen que se ejecuta, tienen el derecho de intervenir en el avalúo; y el párrafo segundo del artículo 1.494 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que atribuye este derecho sólo a los acreedores con segunda hipoteca).

En efecto, antes de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1992, iniciado el juicio ejecutivo (que, además, al publicarse dicha Ley era el único procedimiento para la ejecución de la hipoteca) y trabado el embargo del bien a ejecutar —del que ha de tomarse anotación preventiva conforme al artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, no se preveía notificación alguna a los titulares de derechos sobre el bien embargado adquiridos con posterioridad a la traba (en realidad, la Ley de Enjuiciamiento Civil originaria ni siquiera considera la hipótesis de enajenación o gravamen del bien ya embargado y ello lo evidencia el propio artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil originaria, en cuanto que no preveía la inclusión en la certificación de la titularidad dominical actual del bien a ejecutar). Tal conclusión no sólo no queda contradicha por los originarios artículos 1.490 y 1.494 (entonces plenamente congruentes), sino totalmente avalado por ellos, toda vez que tales preceptos se referían a titulares de derechos adquiridos sobre el bien a ejecutar pero antes del comienzo de la ejecución; en efecto, estas normas contemplaban la hipótesis de ejecución de una primera hipoteca (no de un embargo) con existencia de hipotecas posteriores sobre el bien a ejecutar, constituidas con anterioridad al inicio de la ejecución de aquélla (de ahí la expresión «si los bienes resultaren gravados con segundas o posteriores hipotecas»), y, en tal caso, era razonable que a los titulares de estas segundas hipotecas se les permitiera, bien evitar la ejecución pagando el crédito hipotecario preferente, bien participar en la determinación del valor del bien a ejecutar, pues de ello dependerá la suerte de su propia garantía (en cuanto que no se admitirá, en primera subasta, ofertas que no cubran dos tercios de la tasación efectuada), la cual había surgido cuando la primera hipoteca estaba en fase de yacencia y sobre la base de la consideración por el segundo acreedor hipotecario de la suficiencia económica del bien para asegurar uno y otro crédito.

3. El artículo 38, *in fine* de la Ley Hipotecaria, sí da por supuesto la posibilidad de actos dispositivos sobre el bien ya embargado, e incluso, el segundo y posterior embargo —una vez superado, en la reforma hipotecaria de 1909, el principio de purga total—. Ahora bien, extender a estos titulares de derechos reales, recayentes sobre un bien ya embargado en juicio ejecutivo, el mismo tratamiento que en la Ley de Enjuiciamiento Civil originaria se preveía para los titulares de segundas o posteriores hipotecas constituidas antes del inicio de la ejecución de la primera hipoteca, no sólo carece de

verdadero fundamento, pues la anotación del embargo ya advierte a aquéllos de la muy probable e inminente ejecución, y de la fragilidad de su derecho (advirtiéndose el tratamiento legal del adquirente de un bien ya afecto a una anotación preventiva de demanda, establecido en los artículos 107.9 de la Ley Hipotecaria, 175.5 y 198 del Reglamento Hipotecario, cuando se dicta sentencia estimatoria), sino que agrava injustamente la situación del actor, y ello por una doble razón: Porque se permitiría que el deudor, luego de haber sido embargado, pueda provocar, por su exclusiva actuación, alteraciones, dilaciones y encarecimientos en las tramitaciones de la ejecución de ese bien embargado, que no tendrían lugar si su situación jurídica no hubiera variado desde el momento del embargo; y porque una eventual connivencia entre el deudor y el adquirente de un derecho sobre el bien ya embargado daría a ese deudor una posición preeminente a la hora de fijar el valor del bien (dado el criterio mayoritario que se acoge en el artículo 1.494.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

4. A las consideraciones anteriores debe añadirse que en el esquema de la Ley de Enjuiciamiento Civil se acoge —si bien con referencia al proceso en general— el criterio tan reiteradamente confirmado por la jurisprudencia, de la *perpetuatio legitimationis* (obsérvese cómo el art. 9.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la enajenación por el demandado de su derecho sobre el bien litigioso sólo hace cesar la representación del Procurador cuando esa transmisión haya sido reconocida judicialmente con audiencia de la parte contraria), lo cual en conexión con la eficacia de la cosa juzgada frente a los causahabientes de los litigantes en el primer pleito (1.252 del Código Civil) contradice abiertamente una interpretación del nuevo artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que pretenda hacer de las comunicaciones en él previstas —derivadas exclusivamente de la actividad unilateral del deudor posterior al embargo— un trámite sustancial del proceso cuya omisión puede determinar la ineficacia de la adjudicación alcanzada; esta consideración sólo puede sostenerse respecto del titular de una segunda hipoteca o gravamen cuando se ejecuta la primera, habiéndose constituido aquéllos antes del inicio de la ejecución de ésta (a efectos de esa notificación —que no de la posición en el proceso— razones de analogía determinan que el titular de esta hipoteca o gravamen ha de asimilarse al tercer poseedor de los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria); mas, tratándose de titulares de derechos adquiridos sobre el bien a ejecutar cuando ya está practicado y anotado el embargo, habrá de entenderse que tales comunicaciones constituyen simplemente una forma activa e individualizada de publicidad registral para facilitar el conocimiento por esos titulares de cargas posteriores al embargo, del comienzo de la vía de apremio a fin de que, si conviene a su derecho, puedan pagar el crédito del actor con los efectos legales pertinentes (cfr. art. 1.210.12.º del Código Civil) o intervenir en el avalúo pero distinguiendo a este efecto entre el derecho que tendrá el titular del dominio o gravamen adquirido con posterioridad al embargo —y su anotación— del bien que se ejecuta y el que correspondería a los titulares de una segunda hipoteca o gravamen constituida antes del inicio de la ejecución de la primera, pues, mientras éstos pueden designar un tercer perito (tal como previene el art. 1.494.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), aquéllos concurrirán con el deudor ejecutado —de quien trae causa su derecho— en la designación del perito que a éste corresponde elegir conforme al artículo 1.484 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (coordinándose de este modo las previsiones de los arts. 1.490 y 1.494.2 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil); esto es, los adquirentes de derechos sobre el bien ya embargado compartirán con el deudor la posición procesal que a éste corresponda, si efectivamente acuden al proceso al recibir la comunicación prevista en el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero si no lo hiciesen (sea porque no les conviene, sea por no recibir la comunicación prevista), las actuaciones seguidas sólo con el deudor producirán plenos efectos también frente a estos adquirentes posteriores, garantizándose así la validez del procedimiento seguido y de su resultado.

Las consideraciones anteriores armonizan además con el criterio restrictivo que la Ley Orgánica del Poder Judicial adopta en sede de nulidad de las actuaciones judiciales (cfr. arts. 238 y siguientes), pues, sobre no poder ser considerados como trámites sustanciales del procedimiento aquéllos que derivan de una actuación unilateral del ejecutado realizada de espaldas al proceso una vez iniciado éste y practicada y anotada la traba, que se establecen en favor de personas que, por tanto, son ajenas a la inicial relación jurídico-personal, y que además, son trámites que no integran propiamente el procedimiento judicial, aunque sean actos colaterales (en ningún caso, salvo el de pago, pueden tener como consecuencia el impedir la ejecución), difícilmente puede alegarse indefensión, toda vez que, como ya señalara el preámbulo del Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, cuando estos titulares de cargas adquieren su derecho pudieron conocer perfectamente, por el Registro de la Propiedad, la concreta situación jurídico-real del bien adquirido y es a ellos a quienes incumbe «estar alerta para intervenir oportunamente en las actuaciones de ejecución» (es más, conforme al artículo 434.3.º del Reglamento Hipotecario, si estos titulares inscriben su título adquisitivo en la nota de despacho se les habrá advertido ya que la situación registral del bien no se corresponde con lo consignado en dicho título).

Esta Dirección General acuerda estimar el recurso interpuesto y revocar el auto apelado.

Madrid, 1 de julio de 1997. El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

## COMENTARIO

Las previsiones legales, la jurisprudencia y los criterios doctrinales acerca de la notificación del inicio del procedimiento de apremio a los titulares de cargas posteriores a la anotación de embargo a favor del ejecutante, ha sufrido a lo largo del tiempo serios cambios de rumbo.

a) La LEC exigía la notificación a los titulares de «segundas o posteriores hipotecas, no canceladas», pero no a los titulares de anotaciones de embargo posteriores a la del ejecutante. La justificación de la diferencia de trato hay que buscarla, como apunta PARDO NÚÑEZ (1), en los requisitos a observar para

---

(1) *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*, Madrid, 1997, págs. 188-189.

la cancelación de los distintos asientos: se notificaba a los acreedores hipotecarios con el fin de hacerles parte en el proceso y que les afectasen las resoluciones firmes recaídas (se cumplía así la exigencia del art. 82 LH); no se exigía notificación a los titulares de anotaciones posteriores, porque su consentimiento nada cuenta a la hora de cancelar la anotación (art. 83 LH). El Real Decreto de 10 de diciembre de 1883, dispuso que las *cancelaciones* de las anotaciones posteriores debían ser *decretadas por el Juez que las hubiera ordenado*, a quien exhortaría a tal efecto el Juez de la ejecución.

b) Pero tanto el TS (Sentencia de 24 de diciembre de 1904) como la DGRN (Resoluciones de 20 de febrero y 15 de marzo de 1907, 13 de enero de 1912, 11 de diciembre de 1937), apoyándose en la LH de Ultramar, extendieron al tercer poseedor de fincas embargadas las garantías de los artículos 127 y siguientes de la primera LH, cuyo incumplimiento obstaba a la transmisión judicial de la finca del tercero. La misma regla se aplicaba a los titulares de segundas o posteriores hipotecas, pero no a los acreedores con anotación preventiva de embargo (cfr. STS 30 de mayo de 1903 y Resoluciones de 23 de noviembre de 1912 y 12 de noviembre de 1934).

c) En esta doctrina hay que buscar el origen de la introducción del artículo 143 en la reforma reglamentaria de 1947. Decía LA RICA (2) que la tendencia de la legislación hipotecaria (desde la Ley de 1909) a unificar los procedimientos de ejecución sobre inmuebles se refleja en las disposiciones del artículo 143, totalmente nuevo y de capital importancia.

Añadía que el Reglamento había venido a ampliar las normas de los artículos 126 y 127 LH a todos los procedimientos judiciales en que se hubiese efectuado anotación preventiva de las incluidas en los números 2.º y 3.º del artículo 42, reconociendo al tercer poseedor de bienes anotados aludido en el último párrafo del artículo 38 LH:

— Un derecho de carácter genérico, común a todos los que inscriban su título antes de la ultimación del procedimiento: el de pedir, una vez acreditada la inscripción, que se le exhiban los autos y se entiendan con él las diligencias ulteriores, sin suspender el curso del procedimiento.

— Y otro más específico, que sólo corresponde a los que hayan inscrito antes de la expedición de la certificación de cargas: el de ser citados a los efectos de poder pagar, oponerse o desamparar los bienes embargados. Si el tercer poseedor inscribe después de librada la certificación, no constará en ésta su existencia y el Juez no podrá ordenar su citación. Pero si consta, debe ser citado a los efectos del artículo 126 LH, aunque en realidad no se trata de una verdadera citación, sino de la notificación de la existencia del procedimiento, con advertencia de que puede utilizar el derecho que el texto legal le concede. Recomendaba, en consecuencia, que en la certificación de cargas se hiciera constar el estado del dominio de la finca.

Similar postura mantenía ROCA SASTRE (3): el artículo 143 desenvuelve el último párrafo del artículo 38 de la Ley. El tercer poseedor, siempre que

---

(2) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Parte primera, «Innovaciones», Madrid, 1948, págs. 107-110.

(3) *Derecho Hipotecario*, 5.ª edición, 1954, III, pág. 507.

haya inscrito su adquisición, tiene (además del derecho a pedir la exhibición de los autos y adoptar frente al proceso la actitud que mejor le parezca) el derecho a ser citado al procedimiento, si su adquisición estuviere inscrita antes de la nota marginal de expedición de la certificación de cargas. Añadiendo que, caso de no ser citado, «la enajenación derivada de la ejecución no lograría ser inscrita, debido a que la finca enajenada figuraría inscrita a favor de una persona que no había sido citada en el procedimiento de ejecución y, por tanto, el tracto sucesivo que impone el artículo 20 impediría tal inscripción».

La Resolución de 9 de noviembre de 1955 (confirmando tales criterios y con cita de la STS de 24 de diciembre de 1904, la Resolución de 11 de diciembre de 1937, y el art. 143 RH), declaró que no procede inscribir el auto de adjudicación que ordena la cancelación de inscripciones posteriores, sin que conste haya sido hecho el requerimiento, notificación ni audiencia de los terceros poseedores.

La cancelación de las cargas posteriores era decretada por el Juez de la ejecución, si bien, cuando las anotaciones a cancelar habían sido ordenadas por Juez distinto, en el mandamiento cancelatorio debía hacerse constar que el primero había exhortado al segundo comunicándole que el importe de la venta no bastó a cubrir el crédito del ejecutante o que el sobrante, en su caso, se consignó a disposición de los acreedores posteriores.

d) La situación sufre un cambio radical tras las Resoluciones de 30 de junio y 7 de julio de 1989 (4), que desvalorizan la previsión del primer párrafo del artículo 143, considerando que carece de apoyo legal y que incurre en contradicción sustancial, porque no impone una notificación a efectos de intervenir en el procedimiento, sino una citación «a los efectos del artículo 126 L.H, siendo así que el requerimiento previsto en dicho artículo tiene siempre carácter previo al inicio del procedimiento». Añaden que, si se aceptara la solución del artículo 143 RH, se alteraría —sin norma legal— la regla de que los presupuestos que determinan la legitimación de las partes se perpetúan durante todo el proceso, se menoscabaría la eficacia *erga omnes* del embargo, se obligaría a duplicar trámites ya cumplidos con el transmitente, y se exceptionaría la regla de la eficacia *inter partes* de los contratos (en este caso la del contrato traslativo).

En consecuencia, entiende la DGRN que:

— Como regla, el tercer poseedor que ya conoce o puede conocer al tiempo de efectuar su adquisición, por la anotación preventiva de embargo, la existencia de un procedimiento ejecutivo ordinario en marcha no ha de ser requerido de pago, ni citado ni notificado de la vertencia del procedimiento (Resolución de 30 de junio de 1989).

---

(4) En la primera, se discute la posibilidad de inscripción de una adjudicación derivada de un juicio ejecutivo si el tercer poseedor (anterior a la expedición de certificación de cargas) fue notificado de la vertencia del procedimiento cuando ya había sido otorgada la escritura de venta judicial en nombre del deudor. En la segunda, el problema consiste en determinar si en el juicio ejecutivo ordinario es preciso notificar, a los efectos del artículo 1.490 LEC, a los acreedores con anotación de embargo posterior a la ordenada en aquel juicio, pero anteriores a la certificación de cargas. En las dos Resoluciones se declara que «cabe afirmar la inoperancia» del artículo 143 RH.

— Pero sí deberá ser requerido de pago si se trata de tercer poseedor existente al iniciarse la ejecución cuando se trate de ejecutar un crédito hipotecario por la vía del juicio ejecutivo ordinario (art. 126 LH). Este requerimiento ha de tener lugar después de que lo haya sido el deudor (sin que la ley señale plazo alguno que deba transcurrir entre un requerimiento y otro), dentro del juicio ejecutivo y precisamente al iniciarse el mismo (Resoluciones de 30 de junio de 1989 y 3 de febrero de 1992).

— El tercer poseedor, si es posterior al comienzo del procedimiento cuando se ejecuta un crédito hipotecario o en todo caso si el crédito ejecutado no es hipotecario, no puede oponerse invocando excepciones, pero podrá pagar o intervenir en el procedimiento en los términos previstos en el artículo 134 LH.

— En cuanto a la cuestión de si el tercer poseedor debía ser notificado para que pudiera intervenir en el avalúo y subasta de los bienes, la Resolución de 3 de febrero de 1992 (argumentando a mayor abundamiento) entendió que sí, «dado el trato que se dispensa a los titulares de segundas o posteriores hipotecas (por el art. 1.490 LEC en su redacción anterior a la reforma de 1992) que no van a ser de mejor condición que el titular del dominio».

e) La reforma de la LEC por la Ley de 30 de abril de 1992 impuso al Registrador la obligación de *comunicar a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que consten en asientos posteriores al gravamen que se ejecuta el estado de la ejecución*, para que puedan intervenir en el avalúo y subasta de los bienes, si les conviniere (art. 1.490 LEC) (5). El Real Decreto de 13 de noviembre de 1992 modifica el artículo 143 RH para adaptarlo a la reforma procesal, respetando su primer párrafo, que conservó su redacción anterior. Son también objeto de modificación el artículo 1.518 LEC y la regla segunda del artículo 175 RH. *Desaparece, en consecuencia, el exhorto-comunicación*, toda vez que *la cancelación* de anotaciones judiciales posteriores al gravamen ejecutado, decretada por el Juez ejecutor, *ha de ser notificada por el propio Registrador a los Jueces que las ordenaron* (art. 143 RH, párrafo tercero).

f) Desde ese momento, la cuestión queda desplazada a determinar la trascendencia que puede tener la falta de comunicación al tercer poseedor a la hora de cancelar la inscripción a su favor a través del mandamiento cancelatorio a que se refiere el artículo 1.518 LEC. En los mismos términos se plantea la cuestión en cuanto a los titulares de otros asientos posteriores a la anotación de embargo a favor del ejecutante.

En el campo doctrinal, son pocos los autores que se han ocupado de la cuestión.

A juicio de SARMIENTO RAMOS (6):

\* La cancelación de los asientos posteriores al gravamen que se ejecuta, «una vez ultimada su ejecución y efectuado el remate, no puede quedar condicionada a la efectiva realización de las comunicaciones prevenidas en el

---

(5) El Proyecto de LEC, aprobado por el Gobierno, mantiene este sistema de comunicaciones e, incluso, lo refuerza, al disponer que deben practicarse por correo o telégrafo *con acuse de recibo o por otro medio fehaciente* (art. 660).

(6) *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, Madrid, 1993, pág. 255.

artículo 1.490 LEC, bastando el simple mandamiento judicial prevenido en el artículo 1.518 LEC.

\* Tales comunicaciones «de ningún modo alcanzan la consideración de trámite procedimental», sino que representan «una ampliación individualizada de la publicidad de la ejecución respecto de determinadas personas». Se trata, en definitiva, de un plus de información, que permanece ajeno a la tramitación del proceso, aun cuando el Juez pueda adoptar, dentro de sus facultades de dirección (y no como trámite procesal obligado), las cautelas oportunas para el caso en que tal comunicación por el Registrador resulta infructuosa.

También OCAÑA RODRÍGUEZ (7) considera que la ausencia de notificación por parte del Registrador, aparte de hacerle incurrir en responsabilidad, no provoca ningún tipo de nulidad procesal por indefensión del tercer adquirente o de los anotantes posteriores, advertidos ya por la anotación de embargo.

En cambio, ROBLEDO VILLAR (8) entiende que la omisión de las comunicaciones origina indefensión y puede ser causa de nulidad (cita la STS de 14 de mayo de 1993), siendo irrelevante, a estos efectos, que corresponda al Registrador cumplir con lo previsto en el artículo 1.490 LEC (9).

Llegamos así a la Resolución de 1 de julio de 1997, que propone una solución que, aunque adecuada —a mi juicio— al caso examinado, se apoya en argumentos poco convincentes. Veamos:

#### A. LOS ARGUMENTOS DEL CENTRO DIRECTIVO

1. En el FD 1 advierte la Resolución de la «inadecuación de la nueva redacción del artículo 1.490 LEC con el esquema global que informa el proceso de ejecución» en dicha Ley. Tal inadecuación se pone de manifiesto en el artículo 1.494, que habla de *acreedores con segunda hipoteca*, en frase concordante con la anterior redacción del artículo 1.490, pero inadecuada tras la reforma de 1992. No cabe duda de que el Centro Directivo tiene toda la razón, aunque la evidente desarmonía podría interpretarse, sin violencia, como uno de esos «olvidos y omisiones involuntarios», a los que tan acostumbrados nos tiene el legislador en estos tiempos de frecuentes reformas parciales (10).

(7) *Deudas y sociedad de gananciales*, *Addenda*, Colex 1994, pág. 113.

(8) «Sobre la nulidad de actuaciones en el apremio de bienes inmuebles por práctica defectuosa de actos de comunicación», en *Revista Jurídica La Ley*, año 1997, t. I, pág. 2.037.

(9) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (Barcelona, 1997, t. IV, pág. 366, y t. VI, pág. 426) no se pronuncian expresamente sobre la trascendencia de las comunicaciones, pero tampoco les atribuyen el valor de simple trámite, toda vez que, en su opinión, «la lógica de estas comunicaciones o notificaciones es de todo punto evidente, a efectos procesales, por deberse seguir el procedimiento contra el adquirente subrogado en lugar del vendedor y los demás titulares de derechos inscritos o anotados, y, registralmente, por exigirlo el principio de tracto sucesivo».

(10) También podemos encontrar falta de concordancia entre el primer párrafo del artículo 1.500 (reformado), que exige la consignación en el «establecimiento destinado al efecto», y el párrafo segundo del artículo 1.499 (no retocado), que sigue hablando de depósito «en la mesa del Juzgado».

Parece, por ello, lo más razonable entender el párrafo segundo del artículo 1.494 en función de la nueva redacción del artículo 1.490 (y no a la inversa), salvando así el descuido legislativo. En todo caso, no es ésta una cuestión que —a mi juicio— tenga gran importancia a la hora de resolver el problema planteado, toda vez que aquélla hace referencia a los derechos del tercer poseedor o de los acreedores posteriores a la hora de designar Perito, y no a la trascendencia registral de la omisión de las comunicaciones del artículo 1.490, que es lo que constituye el objeto del recurso.

En el segundo párrafo del FD 2 se contienen ciertas consideraciones acerca de la regulación anterior a la reforma de la LEC de 1992 y se sintetizan determinados criterios mantenidos en anteriores Resoluciones, que no son objetables, pero tampoco son decisivos, a mi entender, para resolver la cuestión que ahora se discute. Añade que «carece de verdadero fundamento» —por las razones que después comentaremos— extender a los «titulares de derechos reales recayentes sobre un bien ya embargado», *«el mismo tratamiento que en la LEC originaria se preveía para los titulares de segundas o posteriores hipotecas constituidas antes del inicio de la ejecución de la primera hipoteca»* (FD 3).

Se tiene la impresión, quizá infundada, de que la DGRN no se desprende del todo de la regulación anterior y se mueve todavía bajo la influencia de las normas derogadas. Porque lo que ahora se discute no es otra cosa que dilucidar si —como consecuencia de la reforma de 1992— se quiere dar a los titulares de asientos posteriores al «gravamen que se ejecuta» un tratamiento en algún aspecto diferente al que se le daba bajo la legislación que ha perdido vigencia.

Porque es lo cierto: que la reforma procesal de 1992 dio a los artículos 1.489 y 1.490 LEC una redacción muy diferente de la que anteriormente tenían; que la reforma reglamentaria del mismo año modificó, en consecuencia, los artículos 353 y 434 RH; y que la Resolución-Circular de la DGRN de 26 de junio de 1996 se preocupó de determinar el contenido mínimo de las comunicaciones prescritas en los artículos 1.490 LEC y 353.1 RH. Pensar que todo esto carece de importancia y que las cosas siguen como estaban, resulta muy difícil de aceptar.

En la misma línea, aunque con rigor quizá excesivo, se pronuncia ERDOZAIN LÓPEZ (11), para quien la Resolución que comentamos resulta criticable, no por sus efectos inmediatos, en relación con el caso concreto, sino por los efectos generales y futuros a que sus postulados pueden llevar. Considera que «la dialéctica empleada desvirtúa el sentido final de la Reforma de 1992», que impone la notificación a *todos* los titulares de derechos que figuren en asientos posteriores al gravamen que se ejecuta, y no sólo a los titulares de segundas o posteriores hipotecas, aludidos en el anterior artículo 1.490 LEC. Añadiendo que en la Resolución comentada «se viene a retrotraer el sentido de la disposición con desprecio de la potestad legislativa».

2. Los titulares registrales posteriores a la anotación de embargo —nos dice la DGRN— ya están advertidos por ésta de la existencia de «una ejecución en marcha» o «de la muy probable e inminente ejecución y de la fragilidad de su derecho» (argumento recogido ya en anteriores Resoluciones y reiterado en la que se comenta, en la que se cita, además, el art. 434.3.º RH).

---

(11) *Anotaciones preventivas de embargo, prelación de créditos y transmisión a terceros*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 90.

En efecto. Si el título posterior accede al Registro *después* de librada la certificación de cargas, «*en la nota de despacho se hará relación circunstanciada del procedimiento o procedimientos para los que se expidió la certificación*» (art. 434 RH). Pero no es éste el caso que nos interesa. El que ahora importa es el del título que llega al Registro después de anotado el embargo y se despacha antes de que se expida la certificación de cargas. Para este supuesto dispone el artículo citado que si la situación de cargas expresada en el título no es coincidente con la del Registro, «se hará constar en la nota de despacho *el solo dato* de que son distintas o de que resultan otras cargas o limitaciones, *sin más precisiones*». De modo que en este último caso la nota de despacho, por sí sola, no facilitará al titular posterior los datos que éste necesitaría para «estar alerta» e intervenir en las actuaciones de ejecución.

Por otra parte, no siempre y necesariamente la anotación de embargo advierte de una «ejecución en marcha». Lo hace cuando se trate de un embargo decretado en ejecución de sentencia. No ocurre lo mismo, en cambio, cuando se anote un *embargo preventivo* (arts. 1.400 y siguientes de la LEC). Y si la anotación publica una traba acordada en juicio ejecutivo, no debe olvidarse que, despachada la ejecución sin oír al demandado, se requiere de pago al deudor y, si no paga en el acto, se procede al embargo de bienes suficientes. Hecho el embargo, se cita de remate al demandado, que puede entonces oponerse o pedir que el juicio se declare nulo. De modo que existe una fase de cognición entre el embargo y la sentencia de remate; y sólo cuando ésta acuerde que la ejecución siga adelante, podrá iniciarse la vía de apremio o fase de ejecución. Quiere esto decir que, en puridad y por sí sola, la anotación del embargo decretado en juicio ejecutivo no publica una «ejecución en marcha»; aunque lo hará cuando a su margen conste la expedición de la certificación de dominio y cargas.

3. Más de una vez se dice en la Resolución que «*la actuación unilateral del deudor (o del ejecutado) posterior al embargo*», «*realizada a espaldas del proceso*», no debe agravar la situación del actor ni provocar alteraciones, dilaciones o encarecimientos en los trámites de la ejecución. En este punto no sólo no hay nada que objetar, sino que parece forzoso estar de acuerdo.

Lo que ocurre es que los asientos posteriores al «gravamen que se ejecuta» no siempre serán consecuencia de la actuación voluntaria del deudor. Si, tras una primera anotación de embargo (la que protege al ejecutante), se practican otra u otras anotaciones de embargo, difícilmente puede mantenerse que estas últimas traen causa de la «actuación unilateral» del ejecutado, o que son consecuencia de una connivencia entre el deudor y un tercero. ERDOZAIN LÓPEZ (12), por su parte, reprocha a la DGRN que «está actuando bajo el presupuesto *necesario* de fraude», posibilidad que no es lícito ampliar a todo tipo de enajenaciones.

Por otro lado, la práctica de las comunicaciones a los titulares de asientos posteriores no debe considerarse «alteración» de los trámites de la ejecución, en cuanto están legalmente previstas. Tampoco provocará «dilaciones» en la tramitación, toda vez que el artículo 353 RH sólo exige que el Registrador haga constar en la certificación que *ha expedido las comunicaciones y la forma en que lo ha hecho*, pero no le impone la obligación de retener la certificación hasta tener constancia de que aquéllas han sido recibidas, ni tampoco le obliga a «dar cuenta de ninguna incidencia relativa a las comunicaciones».

---

(12) Cit., pág. 90.

4. *Difícilmente puede alegarse indefensión, toda vez que, como ya señalara el preámbulo del Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, cuando estos titulares de cargas adquieren su derecho pudieron conocer perfectamente, por el Registro de la Propiedad, la concreta situación jurídico-real del bien adquirido y es a ellos a quienes incumbe «estar alerta para intervenir oportunamente en las actuaciones de ejecución».*

Con estas palabras la DGRN parece exigir a los titulares de asientos posteriores al «gravamen que se ejecuta» mayor diligencia de la que les impone la propia LEC. Porque, si bien es cierto que pueden conocer por el Registro la existencia de una anotación de embargo anterior, también lo es que ley ha previsto de manera expresa que, cuando se libre la certificación de dominio y cargas, que es requisito previo al avalúo (art. 1.489: «antes de procederse a su avalúo, se acordará») se les comunique «el estado de la ejecución» (art. 1.490 LEC); y que «después de practicado, en su caso, lo que ordena el artículo 1.490, se procederá al avalúo de los bienes...» (art. 1.494 LEC). Estas previsiones son puestas de relieve por la Registradora recurrida, que en su informe hace constar que la LEC «supedita la continuación del procedimiento al cumplimiento de la comunicación recogida en el artículo 1.490», según resulta de los artículos 1.491 y 1.494.

De modo que, en puridad, el tercer poseedor o el titular de carga posterior a la anotación de embargo ha de «estar alerta» a partir del recibo de la notificación, pero no en la posible fase declarativa anterior a la vía de apremio. Porque no se trata de hacerles saber la vertencia de determinado procedimiento, sino de comunicarles concretamente *el estado de la ejecución*, es decir, que, iniciada la vía de apremio, se ha alcanzado la fase previa al avalúo.

No parece por ello razonable que los titulares posteriores que, *confiando en las previsiones legales*, permanezcan inactivos en espera de recibir la comunicación registral, vean luego cancelados sus asientos sin haber recibido notificación alguna del Registro ni del órgano jurisdiccional.

La propia Resolución afirma (FD 4) que las comunicaciones constituyen una forma activa e individualizada de publicidad registral (la iniciativa no parte del interesado, sino del Registro, y se da a conocer un dato concreto, no la entera situación registral) dirigida a facilitar el *conocimiento del comienzo de la vía de apremio*. Y esa situación procesal no puede ser conocida siempre y por el simple hecho de que, en el momento en que se practique una inscripción o anotación, exista ya extendida una anotación de embargo previa (a no ser, repetimos, que al margen de ésta figure la oportuna nota de expedición de la certificación de dominio y cargas).

Por otra parte, no parece razonable pasar por alto las declaraciones de la STS de 14 de mayo de 1993, citada en los vistos de la Resolución comentada. En juicio ejecutivo promovido en el año 1985 (antes, por tanto, de la última reforma procesal) el titular de una hipoteca —inscrita después de anotado un embargo y antes de que se expidiera la correspondiente certificación de dominio y cargas— ejercita acción de nulidad de actuaciones basada en la omisión de la comunicación prescrita por el artículo 1.490 LEC.

El JPI desestima la demanda. En apelación se estima el recurso y se declara la nulidad del juicio ejecutivo. En casación, el TS confirma la decisión de la Audiencia, declarando: que el artículo 1.490 obliga a poner en conocimiento del acreedor hipotecario posterior, no ya la existencia del procedimiento, sino el estado de la ejecución; que dicho artículo *consagra un derecho autónomo y distinto* al que pudiera derivar del conocimiento por la publicidad

del Registro; que no es el acreedor posterior el que tiene la carga de probar su desconocimiento del proceso de ejecución; que *se ha producido una indefensión*, en cuanto se privó al acreedor de ejercitar los derechos que se estipulan en los artículos 1.491 y siguientes de la LEC.

Esta sentencia trae a colación la reforma de 1992, a la que se refiere diciendo que *con el fin de vigorizar el cumplimiento de esta notificación* ha impuesto como deber al propio Registrador la comunicación del estado de la ejecución a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas.

El mismo criterio mantiene el Auto de la AP de Barcelona de 28 de enero de 1995 (que resuelve un supuesto de derecho transitorio), al declarar que, aun aplicando la normativa anterior, es necesario notificar al tercer poseedor y a los acreedores posteriores no hipotecarios, de conformidad con los principios de audiencia y de proscripción de la indefensión. Confirma, en consecuencia, la nulidad decretada por el Juzgado de Primera Instancia.

Compartiendo esta idea, entiende ERDOZAIN LÓPEZ (13) que la falta de notificación a los titulares de asientos posteriores «puede llegar a implicar una vulneración o disminución de sus derechos de defensa en el marco del derecho a una tutela judicial efectiva, amparado y recogido en el artículo 24 CE».

B. EL ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN (ALEGACIONES DEL RECURRENTE Y DE LA REGISTRADORA, QUE LA DGRN NO SOMETE A CONSIDERACION)

El artículo 100 RH determina el ámbito de la calificación registral de los documentos judiciales, que es distinto y más restringido que el de los notariales o administrativos. Pero los medios con que el Registrador cuenta para calificar son siempre los mismos: ha de atender a lo que resulte de los documentos presentados *y de los asientos del Registro* (14).

En nuestro caso habría que preguntarse si la copia de la certificación de dominio y cargas, de las comunicaciones y de los documentos con ellas relacionados, que han de quedar archivadas en el Registro (art. 353 RH), deben incluirse dentro del concepto «asientos del Registro», a fin de que su contenido pueda ser tenido en cuenta como medio o instrumento de calificación.

En algunos Registros, tras librar la certificación de cargas, se hace constar en la correspondiente nota marginal que se han practicado las notificaciones previstas en el artículo 1.490 LEC. En tal caso, el contenido de *los asientos del Registro* no representaría ningún obstáculo para inscribir el auto de adjudicación, sino que, por el contrario, facilitaría su despacho, independientemente de que las comunicaciones se hubieran o no realizado de forma correcta.

Pero lo más frecuente, toda vez que el RH no lo exige, es que nada se diga acerca de las comunicaciones en la nota marginal. Surge entonces la cuestión:

(13) Cit., pág. 91.

(14) Puede tener en cuenta los asientos de presentación o de otra clase que guarden relación con los documentos calificados (Resoluciones de 11 de octubre de 1985 y 11 de diciembre de 1991), abarcando no sólo los asientos del folio abierto a la finca de que se trate, sino también los incluidos en folios abiertos a otras fincas relacionadas con aquella; aunque los asientos cancelados no pueden servir de fundamento a la calificación (Resoluciones de 16 de enero y 12 de julio de 1956). En cuanto a los asientos obrantes en folios abiertos a fincas que no estén relacionadas con la que es objeto del documento calificado, el Registrador puede tenerlos en cuenta, si tiene noticia de ellos, pero no queda obligado a hacerlo.

¿debe el Registrador (que califica el auto de adjudicación) comprobar si, en su momento, se hicieron las comunicaciones? Es más: ¿puede denegar el despacho del auto de adjudicación y del mandamiento cancelatorio si entiende que las comunicaciones realizadas por el Registrador certificante no se hicieron correctamente?

Pienso que no. Es cierto que el Registrador, en cuanto goza de plena libertad e independencia en su función, no queda vinculado por criterios anteriormente seguidos por él mismo o sus antecesores (cfr. Resoluciones de 18 de noviembre de 1960, 5 de diciembre de 1961, 5 de febrero de 1988). Pero también lo es que no puede someter a revisión o nueva calificación los asientos extendidos o las actuaciones ultimadas con anterioridad, cualquiera que sea su contenido y la persona que los haya practicado. No le falta razón al recurrente cuando alega que «consentir la suspensión decidida por el Registro, en base a lo que en realidad supone la rectificación, por vía de hecho, de una anterior actuación de otro titular de ese mismo Registro, entraña inseguridad jurídica»; aunque la Registradora recurrida contesta, afirmando que en ningún momento se trató de «rectificar por la vía de hecho la actuación del titular anterior, simplemente se observó la ausencia de la comunicación...» Parece, por tanto, que recurrente y recurrida están de acuerdo en el rechazo a la posibilidad de revisar o rectificar actuaciones anteriores sin otro fundamento que las diferencias de criterio. Queda sin resolver, puesto que la Resolución no se ocupa de ello, si en nuestro caso se produjo o no.

Ahora bien, si se parte de la base de que el Registrador que califica no debe poner en entredicho (mejor, debe aceptar) lo hecho por el que certificó, parece claro que sólo nos queda como medio de calificación el testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación. Y no es necesario (ni la LEC ni el RH lo exigen) que se haga en aquéllos referencia alguna a las comunicaciones (el recurrente dice, incluso, que en el auto «claramente consta que se han practicado las notificaciones»). Por esta vía, llegaríamos a la conclusión de que, en el caso discutido, tanto el auto de adjudicación como el mandamiento cancelatorio deberían tener acceso al Registro, no ya porque la forma en que se hicieran las comunicaciones carezca de trascendencia a estos efectos, sino simplemente porque este extremo no es calificable a la hora de decidir sobre el despacho de aquéllos. Si se admite que el control registral no debe extenderse a la forma en que las comunicaciones se llevaron a cabo el defecto observado desaparece (15).

Claro está que con esto no quedan necesariamente resueltos todos los problemas, puesto que otros muy distintos, de solución dudosa y ajenos a este comentario, pueden surgir a la hora de analizar si el tercer poseedor no notificado, cuya inscripción se cancela, dispone de algún mecanismo de defensa. Especialmente, si cuenta con la posibilidad de promover juicio declarativo de nulidad de actuaciones.

RAFAEL RIVAS TORRALBA  
Registrador de la Propiedad

---

(15) Para un futuro, más o menos próximo, la situación aparece contemplada y resuelta en el Proyecto de LEC, aprobado por el Gobierno, cuyo artículo 660.2 dispone que: «La ausencia de comunicaciones del Registro o los defectos de forma de que éstas pudieran adolecer no serán obstáculo para la inscripción del derecho de quien adquiera el inmueble en la ejecución».



# III. Sentencias del Tribunal Supremo

## 1. DERECHO CIVIL

### A) DERECHOS REALES

Por ELENA MÚGICA ALCORTA

#### *ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITOS (SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 1997)*

La acción declarativa de propiedad exige dos requisitos: la presentación de un título que acredite la adquisición de la propiedad de la cosa y la perfecta identificación de la misma.

#### *PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y SU IMPUGNACION. (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1997.)*

Según doctrina jurisprudencial, hay que distinguir entre un orden de acuerdos cuya ilegalidad es susceptible de sanación por efecto de la caducidad de la acción de impugnación, y otro cuya ilegalidad conllevaría la nulidad radical o absoluta sin posibilidad alguna de convalidación por el transcurso del plazo de caducidad, pareciendo que deben ser incardinados en el primer grupo aquellos acuerdos cuya ilegalidad venga determinada por cualquier infracción de alguno de los preceptos de la LPH o de los estatutos de la comunidad, para cuya impugnación el artículo 16, regla 4.ª, párrafo 2.º LH establece el plazo fatal de caducidad de treinta días; mientras que en el segundo de los aludidos sectores u órdenes de acuerdos habrán de situarse aquellos otros que, por infringir cualquiera otra Ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de contravención o por ser contrarios a la moral o el orden público o por implicar un fraude a la ley, hayan de ser conceptuados como nulos de pleno derecho, conforme al artículo 6.3 CC y, por tanto, insubsanables por el transcurso del tiempo.

La citada doctrina jurisprudencial resulta válida para los supuestos en que el acuerdo hubiera sido notificado al comunero ausente de la Junta, por lo que no cabe aplicarle el régimen sancionador propio de la nulidad radical y

absoluta, sino el concerniente a la relativa o anulabilidad y, por tanto, se encuentra incardinado en la impugnación prevenida en el artículo 16, regla 4.ª, párrafo 2.º LPH.

**PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: REQUERIMIENTO DE PAGO AL TERCER POSEEDOR.** (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1997.)

*Hechos.*—El adquirente por compra en documento privado de la finca hipotecada, tras dejar de abonar los recibos de amortización del préstamo hipotecario a cuyo pago se había obligado, fue notificado de la existencia del procedimiento judicial sumario por el vendedor, y también judicialmente a través del portero de la finca hipotecada donde tenía su domicilio.

*Doctrina de la sentencia.*—Efectivamente el artículo 131, regla 3.ª LH especifica la necesidad de requerimiento de pago al tercer poseedor de la finca a subastar, pero en el caso concreto dicha parte debía saber la realidad de la existencia del procedimiento judicial sumario que se siguió contra la finca.

El tercer poseedor en sentido propio y real no es una verdadera parte procesal, por lo tanto no hay que darle traslado de la demanda y ni siquiera podrá interponer recursos que tiendan a suspender o entorpecer la ejecución hipotecaria comenzada, como preconiza el artículo 132 LH. Lo que es totalmente compatible con la doctrina del Tribunal Constitucional (SS 148/1988, de 14 de julio; 8/1991, de 17 de enero; y como epítome la 6/1992, de 16 de enero) que establece que la tutela judicial efectiva queda salvaguardada por la permanente facultad con que cuentan los posibles agraviados de obtener protección mediante la actuación y reconocimiento de sus derechos en el juicio declarativo correspondiente.

Ya se entienda el concepto de indefensión desde un punto de vista procesal o formal, o desde un aspecto constitucional o material, no hay duda de que si el tercer poseedor no actuó en el procedimiento sumario matriz fue debido a una actitud voluntariamente adoptada por él, desde el instante mismo en que como tercer poseedor pudo y debió intervenir en el mismo, pues dicha parte tuvo conocimiento y posibilidades para hacer valer su pretensión. Y al no haber sufrido indefensión en la actuación procesal no se puede hablar de la existencia de causas de nulidad que afecten a la misma.

*Comentario.*—CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, tras afirmar que el concepto de tercer poseedor de los bienes hipotecados es de lo más impreciso en nuestra legislación, pues no sólo lo es en cuanto a quién pueda ser este tercer poseedor, sino que además su contenido es distinto según las actuaciones a que lo refiramos y el momento de su existencia, lo define en un sentido genérico como aquel que adquiere registralmente el derecho gravado con la hipoteca inscrita, sin asumir a la vez la deuda ni realizar su adquisición en la cualidad de heredero del deudor o del hipotecante no deudor. Añade ROCA SASTRE que el tercer poseedor ha de reunir la condición de tercero, por no estar personalmente vinculado a la correspondiente deuda garantizada, directa ni indirectamente; no puede serlo el adquirente del bien hipotecado que, al tiempo de la adquisición o posteriormente, asuma o se subroge en el débito garantizado por la hipoteca, sea por vía consensual, legal o judicial. GIMENO-BAYON COBOS llama la atención sobre la necesidad de diferenciar el tercer poseedor del tercer adquirente que, además, se subroga en la posición del deudor hipotecario; caso en el que, previa admisión por el acreedor de la novación subjetiva

por cambio de deudor, primará esta última condición y, como explica JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, ya no se tratará de tercer poseedor de la finca hipotecada, sino de deudor propietario, que ha de ser notificado en tal concepto y no como tercer poseedor. Este mismo autor considera por ello que quizá sea interesante la literalidad de la certificación de la regla 4.<sup>a</sup> del artículo 131 LH, porque el Juez podrá comprobar si existen pactos de asunción de la obligación consentidos por el acreedor y entonces podrá prescindir del anterior deudor y seguir las actuaciones con el adquirente. En cambio cuando, como parece ocurrió en los hechos que dan lugar a la presente sentencia, la asunción no ha sido consentida por el acreedor, CAMY SÁNCHEZ CAÑETE entiende que puede estarse: bien en el caso normal de asunción si el acreedor ejecutante acepta tácitamente la subrogación al dirigir la ejecución contra el adquirente, pero con el carácter de deudor; bien en el supuesto de un tercer poseedor, si las actuaciones del acreedor se realizan con base en tal cualidad. Así parece admitirse en STS 29 junio 1992, conforme a la cual por falta de requerimiento al deudor «se incurre en desviación del mandato que contiene el artículo 131 LH, de tener que efectuar el requerimiento al deudor obligado, sin perjuicio de las subrogaciones practicadas en el crédito por transmisión de la finca hipotecada».

El debatido requisito de la inscripción de la adquisición del tercer poseedor en el Registro de la Propiedad, ha sido exigido por algunos autores (CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA) y pronunciamientos judiciales (SSTS 12 julio 1941 y 7 diciembre 1992), pero obviado por otros (ROCA SASTRE, SSTC 14 julio 1988, 30 junio 1993 y 4 julio 1997, STS 18 mayo 1993, la STS aquí recogida y STS 25 junio 1997). En todo caso, a los efectos del requerimiento notarial o judicial, lo determinante no es que el tercer poseedor obtenga la inscripción de su derecho en el Registro, sino que hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble. En cambio, la inscripción será necesaria para que el Juez, a la vista de la certificación del Registro, le notifique de la existencia del procedimiento (art. 131, regla 4.<sup>a</sup>) y para que pueda pedir la exhibición de los autos en la Secretaría (art. 134 LH).

Respecto de la posición del tercer poseedor en el procedimiento judicial sumario, GUASP afirma que es verdadera parte procesal, pero la sentencia aquí recogida lo niega, como ROCA SASTRE, cuando sólo puede tener en el procedimiento actuaciones esporádicas y entablar excepcionalmente reclamaciones sin el carácter de recursos. Para PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS se trata de un afectado cuyo requerimiento impone la Ley en garantía de sus derechos y de su posición posesoria, pero que sólo alcanza la condición de parte cuando se opone. JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA admite que es parte en un sentido muy especial, con cierta intervención o protagonismo pues respecto de él se produce el requerimiento de pago y tiene la facultad de solicitar la subasta, pero es indiferente su muerte, concurso o quiebra (art. 132 LH). MONTSERRAT VALERO considera que en algunos aspectos no es tenido como parte (notificación de las resoluciones), pero en otros sí se le puede tratar como tal (legitimación para recurrir, abstención y recusación).

La falta de notificación al tercer poseedor causa la nulidad del procedimiento, salvo que conozca del mismo a través de otro medio (STC 14 julio 1988 o SSTS 18 mayo 1993 y 25 junio 1997 resumida *infra*; la RDGRN 24 agosto 1981 admite la salvedad para los titulares de cargas) y este medio pudiera ser la notificación de la subasta al deudor en su domicilio, conforme a la regla 7.<sup>a</sup> del artículo 131 LH (STS 1 junio 1995).

**TERCERIA DE DOMINIO: OBJETO. REQUISITO DE TÍTULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO.** (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1997.)

Es doctrina jurisprudencial que por naturaleza, la acción de tercera tiene por objeto facultar al tercero para que pueda demostrar que el bien embargado era de su propiedad, y no del deudor, cuando se realiza la traba, y en su consecuencia deba levantarse esa restricción; así pues, sólo en el caso de que la anotación preventiva de embargo tuviese naturaleza constitutiva, habría de tenerse en cuenta (como en la hipoteca) la fecha de su inscripción registral; en cualquier otro caso, la práctica de la diligencia judicial tiene virtualidad por sí misma y este acto constituye el objeto de la reclamación del tercerista. De ahí que para que pueda prosperar la tercera de dominio el tercerista no sólo ha de esgrimir un título dominical válido, sino que su adquisición ha de ser anterior a la fecha de la traba del embargo objeto de la tercera.

La alegación del tercerista de que no debe resultar afectado por la rectificación de la anotación preventiva de embargo respecto de la cuantía de la obligación asegurada es una cuestión que queda al margen de la tercera de dominio, ya que en ella no se discute la titularidad dominical del tercerista y su relación temporal con la traba efectuada, sino la eficacia de la rectificación de la anotación preventiva respecto a la extensión cuantitativa de la responsabilidad del titular del bien adquirido existente el embargo.

**RETRACTO LEGAL DE COLINDANTES: RECAE SOBRE FINCAS RUSTICAS.** (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1997.)

Es doctrina jurisprudencial que la finalidad del retracto de colindantes es facilitar con el transcurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial rústica —minifundismo—, allí donde tal exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza; finalidad expresada que debe presidir la interpretación del artículo 1.523 CC. Todos los retractos legales, y dentro de ellos el de fincas rústicas colindantes, son limitaciones de la propiedad, a modo de cargas de derecho público, pues aunque pueden redundar en provecho de particulares están motivadas por el interés general, por lo que habrá de orientarse la cuestión a cada caso concreto, a fin de que se obtenga el resultado querido por el legislador.

En principio hay que afirmar que el carácter o condición de rusticidad de una finca es una cuestión de hecho a definir por el Tribunal de instancia, cuya posición solamente podrá ser alterada en casación cuando se acredite que la misma es errónea, ilógica o absurda. Correctamente en la sentencia recurrida se ha definido que la finca retraída, a pesar de su inclusión en el catastro de fincas rústicas y de su calificación actual como suelo no urbanizable, no puede considerarse como rústica, por colindar con suelo urbano de un pueblo, en cuyo caso puede considerarse incluida por su proximidad al Ayuntamiento, por los accesos de que dispone y por el hecho relevante de no haber estado destinada a explotación agrícola. Los datos derivados de que la finca en cuestión esté inscrita en un registro público o tenga la calificación administrativa de suelo no urbanizable, no afectan para nada a la hermeneusis efectuada en la sentencia recurrida, puesto que la inscripción en dicho registro no da *per se* y sin más la naturaleza de rústica a una finca y la denominación de suelo no urbanizable, partiendo de la base de que jurídicamente dicha calificación constituye una

categoría residual, porque la misma está integrada por los terrenos que no se clasifican como urbanos o urbanizables por el planeamiento en sentido amplio, no significa que no puedan delimitarse dichas fincas como de naturaleza urbana a efectos del retracto legal de colindantes. Y así se infiere de una interpretación lógica del artículo 12 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992.

**PRENDA: DE CRÉDITO A LA RESTITUCION DE UNA IMPOSICION BANCA-  
RIA. (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1997.)**

*Doctrina de la sentencia.*—La pignoración en estricto sentido no es posible jurídicamente cuando el dinero no se ha entregado a la entidad bancaria depositaria por signos que lo individualicen y distingan, sino como una suma que se confunde en el patrimonio de aquélla, quedando obligada a restituir el *tantundem* por haber adquirido, en virtud de aquélla forma de entrega, la propiedad de la misma. La pignoración lo es del crédito a la restitución, lo cual desemboca necesariamente en una compensación cuando su titular, que lo pignora, resulta deudor del que debe restituir o sea, del acreedor en cuyo favor se ha hecho la pignoración. Así las cosas, la compensación debe ser tratada jurídicamente como una ejecución de garantía prendaria sobre la imposición, que tiene lugar mediante aquel mecanismo de extinción de la deuda por compensación.

El crédito a la restitución es un valor del patrimonio del imponente, que debe servirle para garantizar las deudas que contraiga. La imposición bancaria a plazo origina a favor del imponente el nacimiento de un crédito contra el banco depositario por su importe, lo que tiene un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda. Dicho derecho no puede circunscribirse a las cosas materiales por una interpretación literal del artículo 1.864 CC, que estaría en contradicción con el artículo 1.868 CC, el cual admite la prenda que produce intereses, lo que obviamente sucede con el crédito. La pignoración del mismo obliga a cumplir el requisito de la desposesión del titular que lo pignora mediante la notificación al deudor del cambio en la titularidad efectuado (art. 1.527 CC) para que quede vinculado con el nuevo acreedor, que ostentará aquella titularidad en garantía de la deuda que el pignorante tiene contraída con él o pueda contraer en el futuro. Una vez cobrado por el acreedor pignoraticio el importe del crédito, el pacto de compensación con lo debido por el deudor pignorante para extinguir la deuda no repugna a la prohibición del pacto comisorio (arts. 1.858 y 1.859 CC), prohibición histórica que se ha mantenido viva en las legislaciones desde el Derecho Romano para evitar que los deudores que necesitan acudir al crédito pacten condiciones leoninas con sus acreedores, que de otra manera podrían quedarse para pago de las deudas garantizadas con objetos de más valor de lo debido. En la prenda de imposiciones a plazo por definición está ausente cualquier clase de perjuicio al deudor y a terceros, porque el banco que goza de la pignoración no va a obtener ni más ni menos de lo que aquella imposición represente, límite de su derecho pignoraticio.

*Comentario.*—DE CASTRO advierte que nuestro Derecho no reconoce, en general, la prenda de créditos, seguramente para evitar las dificultades técnicas que produce, y regula sólo la prenda de valores (arts. 1.864 y 1.868 CC y 320

a 324 Ccom), por ser títulos susceptibles de posesión. También PANTALEON PRIETO sostiene que la prenda de crédito no está contemplada en los artículos 1.863 y ss. CC, pese a que el Proyecto de 1851 hacía referencia a la prenda de crédito titulado en escritura pública o de inscripción nominativa. Sin embargo, gran parte de la doctrina entiende que el artículo 1.868 CC implica un reconocimiento legal de la prenda de créditos.

La vinculación en garantía de depósitos bancarios ha sido considerada por los autores como prenda de créditos (SÁNCHEZ GUILARTE), prenda irregular (BONARDELL LENZANO, BARBA DE VEGA y MARÍA CRUZ MORENO) o acuerdo de compensación. Aunque el Tribunal Supremo en ocasiones ha negado que la afectación de depósito bancario a plazo, fuera verdadera prenda (SS 27 diciembre 1985 y 18 julio 1989), o por lo menos prenda propiamente dicha o típica, regulada en los artículos 1.863 y ss. CC y 320 a 324 Ccom (S 28 noviembre 1989), la conocida STS 19 septiembre 1987 admitió que se había constituido un derecho de crédito a la devolución de una suma igual a la recibida y que se cumplían los requisitos para la compensación legal entre el crédito garantizado y el crédito pignorado. La STS 21 febrero 1997 reconoció en este supuesto la facultad del acreedor de prorrogar la retención de la prenda a otras deudas, conforme al artículo 1866, párrafo 2.º CC, pero sin que dicha prenda pueda ser realizada en caso de incumplimiento de esas otras deudas para su satisfacción.

En esta materia es obligada la cita de MARÍA CRUZ MORENO, quien en el número 618 de esta misma Revista estudió «La prenda de créditos»; y en un libro publicado por el Colegio de Registradores, «La prenda irregular».

***PROPIEDAD HORIZONTAL: RESOLUCION DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE ELEMENTO PRIVATIVO A INSTANCIA DE LA COMUNIDAD.***  
(SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1997.)

No procede declarar la resolución del contrato de arrendamiento concertado sobre uno de los pisos de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal porque, si bien las reglas de gobierno de una comunidad de propietarios regida por la LPH obligan a los interesados, en el caso enjuiciado la actividad desarrollada por el arrendatario no se encuentra dentro de las no permitidas por los estatutos y tampoco se ha demostrado la existencia del uso peligroso o molesto del piso, lo que concuerda con lo declarado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en la Sentencia 5 marzo 1990, en la que, además de considerar que las prohibiciones sancionadas en el artículo 7, párrafo 3.º LPH se interpretarán con carácter restrictivo, sienta la improcedencia de la resolución del contrato de arrendamiento al no encontrarse la instalación de una oficina entre las limitaciones estatutarias.

***ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITO DE POSESION DEL DEMANDADO.***  
(SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1997.)

En todo caso, según el artículo 348, párrafo 2.º CC, «el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla», sin que obste a ello que el demandado poseedor o detentador, hasta un momento concreto tolerado, reconozca la propiedad del actor si le niega, sin justificación de título para ello, alguna de las facultades que en general y de modo abstracto le

corresponden, de manera que si el poseedor alega justo título para poseer a él le corresponde la prueba del mismo, en el caso concreto la existencia de presunto contrato atípico complejo que le atribuyese la facultad de uso.

**FE PUBLICA REGISTRAL: EFECTOS-USUCAPION CONTRA TABULAM.** (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1997.)

El derecho de propiedad se enmarca en un orden de legalidad, determinante de los modos de su adquisición y transmisión, de manera que no es posible que la propiedad de un bien recaiga sobre dos sujetos simultáneamente, lo que, en otros términos, significa que el derecho de propiedad de alguien sobre algo se extingue cuando otro sujeto adquiere la propiedad de dicho bien; y en el caso litigioso ocurre que al haber adquirido el titular registral a título oneroso y de buena fe un inmueble, de persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitírselo e inscribir su adquisición consolidó la propiedad aún cuando su transmitente no tuviera el dominio que la inscripción le atribuía.

Por disposición del artículo 36 L.H, frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34, sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada, o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los dos supuestos que prevé, es decir, cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente o bien siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer, según lo indicado, tal posesión de hecho al tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición. En el caso de autos, adquirida la finca a título oneroso y de buena fe por el titular registral de persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitírsela, e inscrito su derecho, el propietario era él y frente al mismo no podía prevalecer la usucapión, ya que no se demuestra —ni tan siquiera se alega— que cuando compró la finca conociera o tuviera medios y motivos para conocer que la finca era poseída de hecho y a título de dueño por un poseedor, sin que tampoco exista alegación alguna acerca de un posible consentimiento tácito o expreso de la posesión de hecho durante el año siguiente a la adquisición.

**TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITOS.** (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1997.)

La demanda de tercera de dominio exige una perfecta identificación de los inmuebles objeto del litigio y una efectiva colisión en perjuicio de los derechos de los terceristas.

**ADQUISICION DE DOMINIO: TITULO Y MODO.** (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1997.)

Es doctrina jurisprudencial reiterada que la transmisión de la propiedad y demás derechos reales no se opera por la mera perfección del contrato si no

es seguida de tradición (arts. 609 y 1.095 CC), por lo que la constancia en un documento privado de un contrato de compraventa no transfiere por sí sola el dominio si no se justifica la tradición de la cosa vendida, dada la eficacia putamente obligacional y no traslativa del dominio del contrato de compraventa.

**TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITO DE TITULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO** (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1997.)

Es obligación que incumbe a todo tercerista de dominio la prueba cumplida de la propiedad no sólo exclusiva, sino también excluyente de los bienes trabados.

**PROPIEDAD HORIZONTAL: ELEMENTOS COMUNES POR NATURALEZA Y POR DESTINO. OBRAS EN Elementos COMUNES.** (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1997.)

La calificación de un elemento de un edificio en régimen de propiedad horizontal como común o privativo, además de su componente fáctica, tiene también una connotación de *quaestio iuris*, que permite su revisión en el recurso de casación. Además de los elementos comunes por naturaleza, que son los que, con carácter meramente enunciativo y no excluyente o de *numerus clausus* relaciona el artículo 396 CC, existen los llamados elementos comunes por destino o accesorios que, sin serlo por naturaleza o esenciales, han de estar sometidos, en cuanto a su alteración o supresión, al mismo régimen jurídico que aquéllos. Uno de tales elementos comunes por destino o accesorios es el de unos rétulos colocados de modo permanente y destinados para identificar, por un nombre, un determinado edificio; por lo que su supresión ha de ser acordada por unanimidad de todos los copropietarios (arts. 11 y 16, regla 1.ª LPH), sin que baste un acuerdo de la comunidad adoptado por mayoría simple.

**USUCAPION: REQUISITO DE POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO. ACCESION DE POSESIONES. PLAZO DE PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA DE INMUEBLES. ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR.** (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1997.)

El artículo 1.960 CC declara que, en la computación del tiempo necesario para la prescripción, el poseedor actual puede completar dicho tiempo uniendo el suyo al de su causante. Esta situación opera agregando a la posesión actual la del causante inmediato, con lo que se produce la unión de la posesión presente a la que le precede, porque ambas son diferentes. Plantea dudas la literalidad del precepto en cuanto se refiere a su causante y la posibilidad de excluir los anteriores no inmediatos. En todo caso resulta necesario que los causantes inmediatos hubieran poseído a título de dueños, toda vez que la posesión a título arrendaticio no aprovecha para la prescripción.

El artículo 1.959 CC exige la concurrencia de posesión no interrumpida durante treinta años, al tratarse de prescripción adquisitiva extraordinaria.

El ejercicio de la acción reivindicatoria exige, según reiterada doctrina jurisprudencial, para su viabilidad, la necesidad de demostrar en forma cumplida y satisfactoria la concurrencia de título de dominio que acredite la propiedad del que reivindica. Cuando la prueba no resulta suficiente para constituir efectivo título jurídico que justifique la adquisición dominical, la acción reivindicatoria ejercitada carece de la necesaria consistencia jurídica y también fáctica para poder ser estimada.

**BIENES DE DOMINIO PUBLICO. INSCRIPCION DE POSESION. USUCAPION: SECUNDUM TABULAS. REQUISITO DE POSESION EN CONCEPCION DE DUEÑO. ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1997.)**

*Hechos.*—Una orden religiosa ejercita acción reivindicatoria sobre un convento y su huerto, cuyo dominio fue adquirido por el Estado en virtud de la legislación desamortizadora. Dichos bienes fueron inmatriculados en posesión a favor del Estado español, Ministerio de Guerra (hoy Defensa) y destinados a cuartel y terreno anejo.

*Doctrina de la sentencia.*—La acción reivindicatoria, tal como se ha reiterado en la doctrina y jurisprudencia, exige tres requisitos: título de dominio del demandante propietario no poseedor, posesión sin derecho a poseer del demandado e identificación e identidad de la cosa reivindicada.

Respecto al requisito del título dominical del demandante, se declara que habiendo perdido la orden religiosa el dominio del convento y de la huerta por aplicación de las leyes de 1835, el Concordato celebrado entre la Iglesia y el Estado el 16 de marzo de 1851 ordena, en su artículo 35, que se devolverán a las comunidades religiosas los bienes objeto de las leyes desamortizadoras que no hayan sido enajenados; y en el caso litigioso sí consta que los bienes habían sido enajenados, entendiéndose que la palabra enajenación es análoga a disposición y a transmisión y comprende tanto la que se hace a título oneroso como la que es a título gratuito. Como consecuencia de la afirmación anterior, la orden religiosa no se benefició del Concordato de 1851; no se le aplicó la Ley de 1 de mayo de 1855, que dispone en su artículo 1 que se declararán en estado de venta todos los predios rústicos y urbanos, censos y foros pertenecientes al Estado, al clero y cualesquiera otros pertenecientes a manos muertas, salvo, según el artículo 2, entre otros supuestos, los destinados al servicio público. Ni tampoco se le aplicó el Convenio-Ley acordado entre el Estado y la Santa Sede el 7 de abril de 1860, cuyo artículo 4 reconoce a la Iglesia como propietaria de todos los bienes que le habían sido devueltos en virtud del Concordato de 1851. A mayor abundamiento, nada podía reclamar tras el Concordato con la Santa Sede de 27 de agosto de 1953, que establece que se dotará a la Iglesia a título de indemnización de pasadas desamortizaciones, persiguiendo compensar los perjuicios que pudieron habersele producido. Por lo tanto, el titular del derecho de propiedad sobre las fincas, es el Estado. Y no se ha acreditado el título de dominio de la orden religiosa, sino que se ha probado su modo de perder el dominio, dominio que nunca fue recuperado.

La prescripción adquisitiva o usucapción fundamenta también el derecho de propiedad del Estado sobre las fincas litigiosas objeto de la acción reivindicatoria. La posesión ha sido eliminada actualmente del Registro de la Pro-

piedad, pero la Disposición Transitoria 4.<sup>a</sup> LH dispone que surtirán todos los efectos determinados por la legislación anterior las inscripciones de posesión existentes en 1 de enero de 1945, lo que implica que conservan el efecto concreto de poder ser convertidas dichas inscripciones de posesión en inscripciones de dominio. El artículo 399 LH 1909, retocado por el Real Decreto-Ley 13 junio 1927, disponía que tales inscripciones de posesión se convertirán en inscripciones de dominio una vez transcurridos diez años desde la fecha de la inscripción, siempre que no haya contradicción. Lo cual es recogido en el vigente RH, artículo 353, último párrafo, al ordenar que cuando se extienda alguna inscripción relativa a las fincas o se expida una certificación a solicitud del titular de las mismas, se convertirán en inscripciones de dominio las de posesión, si no existiere asiento contradictorio. La conversión se produce, materialmente, con el transcurso de los diez años *ipso iure* (así, Sentencia 1 febrero 1949: «Las inscripciones de posesión han de entenderse convertidas en inscripciones de dominio por el transcurso de los diez años fijados en el aludido artículo»); y registralmente, cuando el Registrador advierte, oficialmente, la existencia de la inscripción de posesión. La consecuencia en el caso litigioso es que el Estado tiene la inscripción de dominio a su favor desde diez años después de la fecha de la inscripción de posesión. Por ello, son aplicables el artículo 35 LH y el artículo 1.959 CC. El artículo 35 LH dispone que la inscripción es justo título, tiene el valor de éste, y presume que mientras estuvo vigente a favor del titular usucapiente ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe. Es la llamada *usucapio secundum tabulas*.

Además, el artículo 1.941 CC exige que la posesión ha de ser en concepto de dueño, lo que significa que el poseedor posee con la apariencia, la conducta externa y el convencimiento externo de que es titular y no reconoce el dominio en otra persona. No es suficiente la intención (aspecto subjetivo) para poseer en concepto de dueño, sino que se requiere un elemento causal o precedente objetivo que revele que el poseedor no es mero detentador. La posesión en concepto de dueño ha de basarse en actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico, por lo que no es suficiente la simple tenencia material, sino que a ella ha de añadirse el plus dominical de actuar y presentarse en el mundo exterior como efectivo dueño y propietario de la cosa. En el caso enjuiciado, el Estado poseyó en concepto de dueño y se ha cumplido muy sobradamente el tiempo que requiere el CC para la usucapión tanto ordinaria como extraordinaria.

*Comentario.*— Esta sentencia trata, entre otros aspectos, de la conversión de las inscripciones de posesión en inscripciones de dominio, cuya eficacia se declara *ipso iure*. Así lo entendió ROCA SASTRE, antes de la reforma del artículo 353.3 RH por Real Decreto de 21 de diciembre de 1983, al afirmar que la conversión se producía *de iure*, o por ministerio de la ley, automáticamente, al tiempo o instante mismo de haber transcurrido los diez años exigidos por el precepto, con cita de la misma STS 1 febrero 1949. Sin embargo, el pronunciamiento fue distinto en la STS 28 mayo 1990, según la cual dicha normativa, en cuanto es reflejo de un medio directo de conversión, en manera alguna origina que por el transcurso de diez años siguientes a la inscripción posesoria quede ésta convertida en inscripción dominical, sino simplemente que a solicitud al Registrador por la parte interesada se extienda con base en la dicha inscripción de posesión la correspondiente nota de referencia a la conversión.

También olvida la resolución aquí resumida la reiterada doctrina del TS según la cual la conversión sólo surte efectos con relación a los que adquieran después de que la misma se haya realizado (SS 10 junio 1943 y 15 junio 1961). La citada STS 28 mayo 1990 puntualiza que la conversión surte sólo efectos respecto a los terceros que adquieran después de efectuada, pero no *inter partes*, pues entre ellas rige la realidad jurídica; el derecho del propietario no poseedor pervive en tanto no haya sido consumada, en el ámbito civil, la usucapión del poseedor inscrito, conforme al artículo 396 de la Ley Hipotecaria de 16 de enero de 1909. Y la STS 7 diciembre 1988 afirma que ni la inscripción de posesión ni su conversión en inscripción de dominio puede alterar la realidad jurídica de los bienes entre los interesados, para quienes verdaderamente posee quien posee y es propietario quien lo es, a pesar de los asientos registrales.

**HIPOTECA: CONSTITUCION POR REPRESENTANTE SIN PODER.** (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1997.)

*Hechos.*—El administrador único de una sociedad anónima constituyó una hipoteca extralimitándose de sus facultades y para acreditar la ratificación de la Junta general exhibió al Notario una certificación falsa de celebración inexistente, todo ello con conocimiento pleno e intervención decisiva de la entidad bancaria acreedora.

*Doctrina de la sentencia.*—La constitución de hipoteca fue hecha por quien carecía de poder para ello y sin que se ratificara por la representada; falta el consentimiento del representante, que no lo da por sí, y del representado, que lo da por el representante sin poder. El negocio jurídico es inexistente.

**PROPIEDAD HORIZONTAL: FACULTAD DE MODIFICAR ELEMENTOS PRIVATIVOS SIN APROBACION DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS.** (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1997.)

*Doctrina de la sentencia.*—Las facultades de división, agregación o agrupación concedidas en el título constitutivo a los propietarios del sótano de un edificio, dedicado a locales comerciales y a garajes, bastan para concluir que todos los propietarios prestaron en su día el correspondiente consentimiento a las mismas y, por consiguiente, no es precisa su renovación por innecesaria mediante la ulterior aprobación en Junta de Propietarios.

La facultad de dividir el sótano en cuantos locales comerciales sean susceptibles de utilización lleva implícita la modificación del muro de cierre de aquél con objeto de dotar de acceso a cada uno de los nuevos recintos segregados, puesto que sin esta facultad no tienen sentido aquellos derechos.

*Comentario.*— La facultad concedida en el título constitutivo o en los estatutos para dividir, segregar, agrupar o agregar elementos privativos sin la aprobación de la Junta de Propietarios exigida en el artículo 8 LPH ha sido objeto de un intenso debate.

A) Algunos autores son contrarios a tal posibilidad. ALVAREZ ALVAREZ cree que entraña una modificación de una norma legal imperativa, que excede de las posibilidades de los estatutos. GONZÁLEZ POVEDA estima que el pacto sería

nulo por contravenir a un precepto de carácter imperativo y no permitiría prescindir del acuerdo unánime de la Junta, que también considera necesario O'CALLAGHAN MUÑOZ. ESCRIBÁ DE ROMANÍ encuentra muy dudoso que pueda concederse la facultad de fijar alguna cuota a un comunero o al propietario único del edificio; e igualmente SANTOS BRIZ entiende que el señalamiento de nuevas cuotas de participación ha de verificarse por mandato legal en Junta General.

B) Otros autores se manifiestan a favor de la citada cláusula. LA CÁMARA prevé la posibilidad de una cláusula estatutaria distinta del artículo 8 LPH, siempre que haya una justificación para prescindir del precepto. RICO MORALES cita en este sentido las necesidades cambiantes de las actividades comerciales, sin que se vislumbre ningún perjuicio irreparable a la comunidad de propietarios. Según MOUTAS CIMADEVILLA, es necesario el consentimiento de los dueños para realizar las operaciones materiales sobre los pisos o locales, pero dicho consentimiento puede prestarse en Junta, o de forma individualizada, o por adhesión a los estatutos, o por el juego de la publicidad registral caso de que los estatutos estén inscritos en el Registro de la Propiedad. GARCÍA HIRSCHFELD y DANIEL LOSCERTALES defienden que, acordada la facultad, no hará falta un nuevo acuerdo aprobatorio.

MONET, BATALLA y GULLÓN BALLESTEROS aprueban la autorización únicamente en relación a los bajos del edificio destinados a locales comerciales; ya que, dice el último autor citado, se trataría de hacer efectiva la configuración de la finca que es imposible llevar a cabo a *priori*, por desconocerse las necesidades del futuro comprador.

D) Finalmente, cabe señalar la postura que defiende la viabilidad de la estipulación, pero destaca sus limitaciones y las precauciones a adoptar en su redacción. ANTONIO HUERTA TROLEZ sostiene que el respeto a otras normas imperativas y prohibitivas de la LPH —acceso independiente de los locales resultantes (art. 396 CC); no alteración de la estructura y configuración del inmueble, ni perjuicio de los derechos de otros propietarios (art. 7 LPH); no alteración de las cosas comunes, la cual conlleva la modificación del título constitutivo (art. 11 LPH) exige que se predeterminen las alteraciones que hayan de sufrir los elementos comunes como consecuencia de la división. JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, comentando en esta Revista la STS 7 febrero 1976 y según se recoge en sus *Sentencias comentadas del Tribunal Supremo*, aboga por su admisión como «pacto de adhesión», en caso de huecos sin terminar con destino a locales, siempre que se determine el número máximo de locales a formar y el criterio objetivo para distribuir la cuota. Este mismo autor, más recientemente, en «Cláusula estatutaria de la propiedad horizontal sobre divisiones, segregaciones, agrupaciones sin necesidad de consentimiento de la Junta», *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 12 (2.ª época), febrero 1996, señala que no puede tener acceso al Registro de la Propiedad cuando se redacta sin ninguna limitación, ya que es preciso hacer la salvedad de que no se perjudiquen elementos comunes ni quede afectada la seguridad del edificio. Semejantes limitaciones fueron recogidas en la fórmula propuesta por un grupo de Notarios del Colegio Notarial de Barcelona y Registradores de la Propiedad del territorio, publicada en la Revista *La Notaría*, enero-marzo 1977.

En los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la cuestión se puede advertir una doble corriente jurisprudencial. Por un lado, está la jurisprudencia que declara la nulidad de la cláusula, por contraria a una norma imperativa (STS 7 febrero 1976), especialmente cuando además su desarrollo comporta la necesidad de cambiar la estructura de un elemento común (STS 31 enero 1987).

Desde esta tesis se requiere la aprobación de la Junta de propietarios, aún en contra de lo que puedan disponer los estatutos, que, según la DT 1.ª LPH, no podrán ser aplicados en contradicción con lo establecido en la misma (STS 3 mayo 1989), y se subraya el carácter necesario de los artículos 8, 2.º 11 y 16 LPH y la necesidad de aprobación unánime (STS 19 julio 1993).

Pero, junto a la anterior, va abriéndose camino otra postura más permisiva sobre estas cláusulas, que arranca de la STS 5 mayo 1986, según la cual «las facultades que en ellas se conceden a los propietarios de locales, garajes y trasteros para agruparlos material y jurídicamente (...), sin necesitar para ello autorización de la Junta, no quebrantan normas imperativas de la LPH y, por tanto, han de considerarse válidas y eficaces en derecho».

Esta nueva tendencia se ha visto obligada a perfilar las restricciones al ejercicio de la facultad. Así la STS 3 febrero 1987 señala que las cláusulas no autorizan a realizar obras que signifiquen alteración en la estructura o fábrica del edificio o en las cosas comunes, ya que este último supuesto queda claramente incardinado en el artículo 11 LPH. La STS 30 septiembre 1988 enumera tres limitaciones: primera, que los locales resultantes de la división sean susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública (art. 396 CC); segunda, que no se altere la seguridad del edificio, su configuración o estado exteriores ni perjudiquen los derechos de otro propietario (art. 7 LPH); tercera, cualquier alteración en las cosas comunes afecta al título constitutivo y debe someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo. La STS 22 diciembre 1992 diferencia «entre la reserva contenida en el título constitutivo a favor de ciertos propietarios del derecho de segregación, dividir o agrupar pisos o locales y aquellas consecuencias que por no estar expresamente contenidas en referido título o en los estatutos (...) requieren unanimidad, cual acontece precisamente con la apertura de puertas cuando ello implique alteración de la estructura de algún elemento común o de dicho título». Las SSTs 8 octubre 1993 y 22 mayo 1995 reiteran que las obras comprendidas en el artículo 11 LPH han de ser ratificadas por acuerdo unánime de la Junta de propietarios, mientras que la STS 21 diciembre 1994 afirma de pasada que la disposición no autoriza ni a ocupar elementos comunes individualizándolos ni mucho menos a incidir en la seguridad del edificio.

En esta progresiva mudanza del criterio jurisprudencial, interesa destacar la sentencia que aquí resumimos por cuanto no sólo acoge la validez y eficacia de la estipulación, sino que además permite que en su desarrollo se practiquen modificaciones en elementos comunes, modificaciones que, interesa señalar, en la cláusula del caso concreto estaban predeterminadas.

Para finalizar, citaremos la postura claramente favorable de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en RR 31 agosto 1981, 26 febrero 1988 y 25 octubre 1996 (si bien en las últimas líneas de la más reciente de ellas se apunta que tal previsión estatutaria ciertamente no armoniza con el destino a vivienda de los elementos privativos).

**ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITOS. REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR. ADQUISICION DE DOMINIO: EN EXPROPIACION FORZOSA. (SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 1997.)**

La acción declarativa de dominio se apoya en el doble requisito de acreditación del derecho de propiedad y de identificación de la cosa; en nada altera su

naturaleza la alegación por la parte demandante de que la cosa no fue objeto de expropiación y por la parte demandada la de que sí lo fue: no se examina el expediente administrativo, propio de tal jurisdicción, sino el título de dominio.

La determinación de si se han cumplido o no los preceptos relativos a los modos de adquirir la propiedad y la posesión incumbe exclusivamente a la jurisdicción ordinaria y, en general, las declaraciones sobre propiedad son ajenas a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Al ejercitarse una acción reivindicatoria, al amparo de lo dispuesto en el artículo 348 CC, en relación con el 349 CC, es forzoso concluir que la jurisdicción competente para conocer de la cuestión objeto de la litis es la civil ordinaria.

Es reiterada la doctrina jurisprudencial que mantiene que el simple título de heredero no es suficiente para ejercitar la acción reivindicatoria o la declarativa de dominio. Pero ello no se aplica en términos absolutos: así en la hipótesis de heredero único huelga la partición hereditaria en cuanto el testamento es, por sí solo, título traslativo del dominio de los bienes relictos al confundirse en tal supuesto el derecho abstracto sobre el conjunto patrimonial con el derecho concreto sobre cada uno de los bienes.

Frente al argumento de la parte demandada de que el actor perdió el dominio por expropiación forzosa, se advierte que no se perfeccionó la expropiación, ya que no llegó a levantarse acta de expropiación, ni se pagó el precio, aunque este último extremo no es obstáculo, como en la compraventa, para la adquisición de la propiedad por el adquirente, parte expropiante.

La expropiación, ciertamente, no puede ser calificada como una compraventa, pero, como destaca la doctrina iuscivilista, ello no obsta para que, a falta de normas específicas, deba aplicarse por analogía la normativa de la misma, tanto más cuanto el CC es derecho supletorio general, como dispone su artículo 4.3. Así, si falta la ocupación de la cosa por la Administración, falta el último paso de la transmisión expropiatoria y, como si del modo se tratara en la transmisión de la cosa por compraventa (que es el título, el modo es la entrega), no se ha producido la pérdida del dominio por el expropiado, ni la adquisición por la Administración.

Esta interpretación es conforme con el artículo 33.3 CE, que tras reconocer el derecho a la propiedad privada (art. 33.1 CE) sólo prevé su privación (por expropiación forzosa) «por causa justificada de utilidad pública o interés social», que no puede reconocerse cuando la Administración, tras el expediente en que se ha declarado formalmente la utilidad o el interés, no llega ni a practicar la ocupación de la finca expropiada.

**DOBLE VENTA: ADJUDICACIONES DERIVADAS DEL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO. CANCELACIONES ORDENADAS POR LA AUTORIDAD JUDICIAL. LEGITIMACION REGISTRAL: PRESUNCION DE EXTINCION DE DERECHOS CANCELADOS. (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1997.)**

*Hechos.*—A resultas de juicio ejecutivo se inscribió la titularidad de una cuota indivisa de finca a favor del adjudicatario y se canceló la inscripción a nombre de otro adjudicatario en distinto juicio ejecutivo.

*Doctrina de la sentencia.*—El artículo 1.473 CC opera sobre inscripción registral vigente, condicionada a la buena fe adquisitiva, y no sobre inscripción cancelada, como sucede en el caso enjuiciado.

En nuestro sistema registral la cancelación, total o parcial, de las inscripciones está autorizada en el artículo 78 LH, habiéndose producido, en virtud de mandamiento judicial, con lo que conforme al artículo 97 LH ha de presumirse extinguido el derecho a que el asiento se refiere.

**PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS. MODIFICACION DE ESTATUTOS (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1997.)**

*Hechos.*—Acuerdo de modificación de estatutos con comunicación a los propietarios no asistentes mediante carta emitida por correo con acuse de recibo.

*Doctrina de la sentencia.*— En el artículo 16, regla 1.ª, párrafo 2.º LPH no se requiere, en cuanto a la fehaciencia de la comunicación, que la misma se obtenga notarial o judicialmente, por lo que es válido cualquier medio suficiente que acredite la realidad de la comunicación; de ahí que sea bastante la comunicación por medio de carta certificada con acuse de recibo.

**TERCERIA DE DOMINIO: NATURALEZA. REQUISITO DE TITULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO. ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: SOBRE EL DERECHO DE USUFRUCTO. EL TITULAR NO TIENE LA CONDICION DE TERCERO HIPOTECARIO. SOLO OTORGA PREFERENCIA SOBRE LOS ACTOS DISPOSITIVOS POSTERIORES. (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1997.)**

*Hechos.*—Tercería de dominio referida a una vivienda y a una plaza de garaje. Los terceristas habían adquirido la nuda propiedad de la vivienda antes del embargo en virtud de un contrato de renta vitalicia, en el que los transmitentes embargados se reservaron el usufructo. El Juzgado ante el que se tramitaba la ejecución decretó el embargo de la totalidad de la vivienda, pero el Registrador de la Propiedad practicó la anotación preventiva de embargo *solamente en cuanto al usufructo vitalicio que figuraba inscrito a favor de los demandados, denegando la anotación en cuanto a la nuda propiedad, por aparecer inscrita a nombre de persona distinta.* Respecto a la plaza de garaje, ésta había sido donada a los terceristas antes del embargo e inscrita a su favor después de la traba.

*Doctrina de la sentencia.*—En la acción de tercería de dominio, regulada en los artículos 1.532 y ss. LEC, ante el embargo de un bien, el tercero que alega ser propietario solicita se declare que él es el titular verdadero del derecho de propiedad y se alce el embargo trabado sobre su cosa. Se había mantenido que la tercería de dominio era una acción reivindicatoria en la que se sustituía la recuperación de la posesión por el alzamiento del embargo. Pero, realmente, la verdadera naturaleza de la tercería de dominio es de acción declarativa de propiedad (a favor del demandante tercerista) y de levantamiento del embargo (trabado a instancia de un codemandado sobre un bien que aparentemente era del otro codemandado). La jurisprudencia insiste en una idea: la acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, tiene por finalidad principal, no ya la obten-

ción o recuperación del bien, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo y debe ser calificada como meramente declarativa de dominio.

Con relación al embargo de la vivienda en el supuesto litigioso, la concreción de la estimación de la tercera de dominio a la nuda propiedad, manteniendo el embargo del usufructo, como hizo el Registro de la Propiedad, se estima correcta, por dos razones. En primer lugar, el usufructo no es un derecho personalísimo, sino transmisible, cuya transmisión no sólo puede ser voluntaria sino también forzosa, tal como se desprende del artículo 480 CC, sin perjuicio de la extinción que contempla el mismo artículo y el 513. En segundo lugar, los terceristas están legitimados activamente para la acción de la tercera de dominio, que lleva consigo la declaración de propiedad (en este caso, nuda propiedad) del bien embargado. Pero no cabe ejercerla respecto al usufructo, pues los terceristas no son titulares del derecho real, sino que lo son los usufructuarios, que les transmitieron la propiedad reservándose el usufructo.

Con relación al embargo de plaza de garaje, se operó una donación a favor del tercerista, anterior al embargo, aunque inscrita después de éste, que no ha sido rescindida, ni declarada inexistente por simulación ni a la que quepa aplicar la doctrina y la norma de fraude de ley; donación válida, que da lugar a la estimación de la tercera formulada por el donatario.

No se extiende a favor del embargante que obtiene anotación del embargo en el Registro de la Propiedad el principio de fe pública registral; por tanto, por el principio *prior tempore potior iure* que rige en los derechos reales, se reconoce la prevalencia de la transmisión anterior al embargo, aunque se inscriba primero éste. Sin perjuicio de que si se realiza el embargo y, sin haberse inscrito una transmisión anterior, el adjudicatario inscribe su adquisición, éste sí estará protegido por la fe pública registral. Es reiterada la jurisprudencia que mantiene que no pueden las anotaciones preventivas producir efectos contra las adquisiciones efectuadas con anterioridad sobre el inmueble, aunque no hayan sido inscritas y que es preferente la adquisición de la finca por escritura pública frente al embargo, aún cuando no hubiera mediado la inscripción registral de la compra.

*Comentario.*—La anotación preventiva de embargo sobre el usufructo se admitió en RDGRN 29 mayo 1980.

#### **FE PÚBLICA REGISTRAL (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1997.)**

*Doctrina de la sentencia.*—Los adquirentes de una finca que inscribieron su derecho en el Registro de la Propiedad y de los que no se prueba que carecieran de la buena fe necesaria en la contratación (art. 1.258 CC) se convierten de esa forma en terceros protegidos por la fe pública, colocándose en una posición jurídicamente inatacable. Consecuentemente, la pretensión que prospera es la relativa a la indemnización de los daños y perjuicios causados por los transmitentes a los adquirentes en documento privado que no inscribieron, conforme al artículo 1.101 CC.

*Comentario.*—Pueden distinguirse con DIEZ PICAZO tres acepciones de la buena fe: buena fe subjetiva por error, ignorancia de la lesión que se está ocasionando en el interés jurídicamente tutelado de un tercero; buena fe subjetiva por confianza, confianza en una apariencia legitimadora; y buena fe objetiva, rectitud en el desarrollo de las relaciones jurídicas. En el campo de

la dinámica patrimonial (Derecho de Obligaciones), la buena fe implica un estado de conducta (arts. 7.1 y 1.258 CC; art. 57 Ccom; art. 9 Texto Refundido LAU de 24 de diciembre de 1964; art. 5 Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991; ar. 10.1.c) Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, redactado por la Disposición Adicional Primera de la Ley sobre condiciones generales de contratación, de 13 de abril de 1998). En el campo de la estática patrimonial (Derechos Reales), es un estado psicológico de conocimiento o desconocimiento (en este doble aspecto positivo y negativo la recogen los arts. 433 y 1.950 CC). Este sentido subjetivo se aplica en el Derecho Inmobiliario Registral: la buena fe es la ignorancia por el tercero adquirente de la inexactitud registral. Por lo tanto, la buena fe del artículo 34 LH no debe ser confundida con la buena fe en la contratación, pese a la equiparación de esta sentencia, ni con la buena fe en el ejercicio de los derechos, frente a la posición rechazable según GARCÍA GARCÍA de la STS 5 julio 1985. Con mayor acierto, otros fallos del Tribunal Supremo han definido en qué consiste la buena fe del tercero hipotecario: desconocimiento o ignorancia de la existencia de una inexactitud del Registro, por discrepar su contenido de la realidad material, y creencia de que los hechos referentes a la adquisición se presentan tal y como en el Registro aparecen (STS 19 julio y 24 octubre 1989); confianza en lo que el Registro publica (STS 15 noviembre 1990); la buena fe en el campo de los derechos reales no es un estado de conducta, como ocurre en las obligaciones y contratos (arts. 1.279 y ss. CC) según se evidencia de los arts. 433 y 1.950 CC, y nada tiene que ver con las maquinaciones y el engaño, sino pura y simplemente con el creer o ignorar si la situación registral era o no exacta respecto de la titularidad dominical que proclama a los fines registrales el artículo 34 LH (STS 23 enero 1989).

**DOBLE INMATRICULACION. TRADICION INSTRUMENTAL.** (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1997.)

Para resolver los problemas de doble inmatriculación se aplican normas de Derecho Civil, si bien una de ellas, que es la de preferente cualidad del título prioritario, utiliza como criterio accesorio el de la inmatriculación anterior del título, es decir, la primera de las inmatriculaciones.

Es criterio aceptado por la moderna doctrina y la más reciente jurisprudencia el de que la tradición instrumental tiene lugar aunque el vendedor no tenga la posesión material o de hecho de la finca vendida, por entender que, en tales casos, el efecto traslativo solo puede quedar desvirtuado por lo que resulte o se deduzca claramente de la misma escritura, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.462, párrafo 2.º CC.

**PROPIEDAD HORIZONTAL: CONTRIBUCION A GASTOS ATIPICOS. IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES.** (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1997.)

*Hechos.*—Conjunto de espacios y edificios con distintos centros comerciales, en el que confluyen superpuestos comunidades y estatutos del conjunto, de los departamentos o elementos procomunales y de la galería comercial ubicada en uno de los edificios. Las mencionadas comunidades acuerdan una distribución atípica del gasto de publicidad.

*Doctrina de la sentencia.*—La propiedad horizontal no es un tipo común de comunidad de bienes —copropiedad romana *pro indiviso* regulada en los artículos 392 y ss. CC—, sino un supuesto de coexistencia de propiedad privada de los elementos privativos y comunidad, inseparable de la anterior, de los elementos comunes. Es el único que es contemplado en el ordenamiento español, en la LPH. Es decir, ante la realidad de un edificio, o de un complejo urbanístico, o de un centro comercial u otros casos de igual o mayor complejidad, en que coexistan elementos privativos y comunes, tan solo es posible acogerse a la LPH para sancionar tal coexistencia y regular sus complejas relaciones de derechos y deberes, toma de acuerdos y participación en los gastos. En el caso litigioso no es tanto un conjunto de pisos y locales, sino una amalgama de servicios y espacios comunes, locales y empresas comerciales, con intereses privados y al mismo tiempo comunes.

Se plantea el problema de si un gasto atípico en una comunidad de propiedad horizontal y que se aprueba por mayoría en Junta de Propietarios, permite una distribución atípica de pago del mismo, distinta a la que prevén los estatutos y la Ley. La LPH contempla gastos particulares, que corresponden a cada propietario, y gastos generales, que son los comunes (art. 9.5.º) que se deciden y presupuestan por la Junta de Propietarios (art. 13.2.º) por mayoría (art. 16, regla 2.ª) y cuya distribución de pago se hace según la cuota de participación (art. 5, párrafo 2.º y 9.5.º) fijada en el título constitutivo o en los estatutos, que sólo pueden modificarse por unanimidad (art. 16, regla 1.ª). En conclusión, la LPH no contempla los gastos atípicos, ni permite la distribución atípica de los gastos, a no ser que ésta se halle prevista en el título constitutivo o en los estatutos; y, si no está prevista, es inevitable la unanimidad.

#### ADQUISICION DE DOMINIO: TITULO Y MODO. (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1997.)

El artículo 609 CC determina los medios concretos para adquirir la propiedad y sirve para encabezar el Libro III de dicho cuerpo legal que tiene como titular la frase «De los diferentes modos de adquirir la propiedad». Uno de esos medios antedichos y recogido concretamente en el párrafo 2.º del precepto mencionado, es el atribuido a ciertos contratos en los que, además, haya mediado la tradición. Dicho enunciado hace surgir y establece en nuestro Derecho la teoría del título y del modo, como elementos esenciales para que se pueda determinar la adquisición de la propiedad sobre bienes. Ahora bien, hay que observar que dicho precepto habla de algunos contratos, y no de todos los contratos. Pues desde luego, existen en nuestro derecho contratos como son el mandato, el comodato y el depósito, entre otros, que necesitan la concurrencia del título y el modo, para indicar la existencia de la transmisibilidad del dominio. Y se puede afirmar paladinamente que el contrato de compraventa es uno de aquellos, pues dicho contrato —*per se*— no es un contrato traslativo de propiedad, si no media la *traditio* o entrega del objeto, o dicho en otras palabras, la obligación de poner los medios adecuados para transmitir la propiedad de una cosa.

Así, doctrina jurisprudencial, que se puede calificar de pacífica y constante, ha conseguido destacar en el contrato de compraventa su finalidad traslativa mediante la ampliación de la obligación, que corresponde al vendedor, de

entregar la cosa objeto del contrato, incluso llegándose a declarar que del estudio concordado del contenido de los artículos 1.445, 1.461, 1.462 y 348 CC se desprende que el contrato de compraventa se caracteriza por la transmisión que por él se hace del dominio de una cosa.

**ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO: NO ES PRECISO DEMANDAR A TERCEROS.**  
(SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1997.)

Según tiene reiteradamente declarado la Sala Primera del Tribunal Supremo, la *actio communi dividundo* derivada del artículo 400 CC representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, y es de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, valiendo como única causa de oposición el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años. Consecuencia de lo anterior es que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto. La aludida acción debe resolverse únicamente entre los condueños de la cosa común, sin que sea preciso llamar al litigio a los terceros que puedan alegar derechos, tanto reales como de crédito, sobre la cosa común, toda vez que el artículo 405 CC prevé expresamente que unos y otros conservaran su fuerza no obstante la división, lo que quiere decir que podrán ser ejercitados una vez producida la misma contra los integrantes de la extinguida comunidad.

Al ejercitarse un derecho a la división de la cosa común, no puede entenderse que con ello los actores hayan incurrido en una situación de mala fe ni de abuso del derecho, conforme tiene constantemente sentado la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

**SERVIDUMBRE VOLUNTARIA DE LUCES Y AIREACION.** (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1997.)

En el caso examinado existe título suficiente de servidumbre, establecido por la libre voluntad de los propietarios de los predios dominante y sirviente, cumpliéndose lo que exigen los artículos 536 y 537 CC para que se dé una real adquisición de un derecho real limitativo de servidumbre, puesto que la servidumbre de luces y ventilación se ha constituido sin contravenir la ley ni el orden público, y se han fijado los derechos del predio dominante y las obligaciones del predio sirviente, con lo que se cumplen las prescripciones de los artículos 594 y 598 CC.

Esta servidumbre no supone solamente, aunque ello sea muy importante, el recibir iluminación y aire, sino más bien la imposición al dueño del predio sirviente de la prohibición de hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre, como es tapar huecos levantando una pared en su terreno; pero además, el núcleo duro de esta clase de servidumbres de luces y aireación está constituido por la tajante prohibición al dueño del predio sirviente de hacer cualquier clase de obra o construcción que elimine, o que simplemente entorpezca el disfrute de luz y ventilación.

Al construir el dueño del predio sirviente una pared próxima al predio dominante, han disminuido las facultades ínsitas a lo que se debe entender como una servidumbre de las actuales características, con lo que se ha trans-

gredido el derecho del predio dominante, y se debe restituir a su pura esencia y con arreglo a lo que preceptúa el artículo 598 CC la servidumbre en cuestión, y como consecuencia obligar al dueño del predio sirviente a reponer la situación fáctica y realmente efectiva de la servidumbre objeto de la litis.

**PROPIEDAD HORIZONTAL: CONVALIDACION DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS.** (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1997.)

*Hechos.*—Acuerdo relativo a la construcción de trasteros en los sótanos del edificio, adoptado por mayoría y notificado por circular a todos los propietarios.

*Doctrina de la sentencia.*—El artículo 16, regla 1.ª, párrafo 2.º LPH trata de asegurar que los propietarios que, debidamente citados, no hayan acudido a la Junta, tengan un conocimiento completo y detallado de los acuerdos adoptados, conocimiento que en el supuesto litigioso tuvieron mediante circular que les fue entregada al día siguiente a la celebración de la Junta.

El hecho de que para determinados acuerdos (entre los que se encuentra, efectivamente el contemplado en la sentencia) la LPH exija el consentimiento unánime de todos los copropietarios, sin que baste el de la mayoría, no entraña que el acuerdo adoptado sin dicho requisito de la unanimidad esté viciado de nulidad radical o absoluta, ya que la regla de la unanimidad, si no es observada, dará lugar a la anulabilidad del acuerdo, pero no produce su nulidad de pleno derecho.

**SERVIDUMBRE VOLUNTARIA DE LUCES.** (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1997.)

*Hechos.*—Acción confesoria de servidumbre voluntaria (no legal) de luces, constituida mediante título y materializada o concretada en cinco ventanas de dimensiones considerables, aunque por tratarse solamente de servidumbre de luces, las referidas ventanas están hechas con cristal esmerilado o traslúcido, que permite el paso de la luz, pero impide la visión a través del mismo.

*Doctrina de la sentencia.*—Al constituir esas ventanas signos ostensibles e indubitados de una servidumbre de luces y haber sido construidas tales ventanas antes de la adquisición del terreno contiguo, el comprador de éste ha de verse afectado por dicha servidumbre, ya que es reiterada y pacífica doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo la de que si los signos de la servidumbre son ostensibles e indubitados, su apariencia exterior le atribuye una publicidad equivalente a la de la inscripción, surtiendo efecto contra el adquirente del inmueble contiguo, aunque no resulte del Registro la existencia de la servidumbre.

Si bien el artículo 598 CC establece que el título determinará los derechos del predio dominante y las obligaciones del sirviente, el inciso último del precepto agrega que «en su defecto, se regirá la servidumbre por las disposiciones del presente título que le sean aplicables». Siendo incuestionable la constitución de una servidumbre voluntaria de luces mediante el correspondiente título, la determinación de las características o condiciones del cumplimiento de la misma puede hacerse en vía judicial.

*Comentario.*—Para WOLFF, un muro existente hace más de treinta años constituye un modo más sólido de publicidad que la inscripción en el Registro. En palabras de NUÑEZ LAGOS, la evidencia hace inexcusable la ignorancia. Como expone ROCA SASTRE, la fe pública no se aplica a las servidumbres aparentes, porque por su ostensibilidad tienen que herir forzosamente los sentidos. Reiterada jurisprudencia lo tiene así declarado.

No obstante, a juicio de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, esta jurisprudencia debería ser objeto de revisión, pues atenta contra el artículo 13 LH y supone la vuelta a la clandestinidad inmobiliaria y a los signos fácticos externos de publicidad, sin perjuicio de que en muchos de estos casos podría plantearse la inexistencia de buena fe del artículo 34 LH o la falta de los requisitos exigidos por el artículo 36 LH frente a las servidumbres consolidadas por prescripción.

**CANCELACION DE CONDICION RESOLUTORIA.** (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1997)

Señala el órgano a *quo* y reitera el Tribunal Supremo que el pacto de venta sometido a condición resolutoria es perfectamente válido desde el punto de vista jurídico y acorde al principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1.255 CC; se trata de una condición en los términos que consagra el artículo 1.117 CC y que tiene acceso al Registro de la Propiedad, de conformidad con los artículos 1 y 2 LH y previo el ejercicio por el Registrador de la obligación de calificación que le impone el artículo 18 LH.

El artículo 82, párrafo 2.º LH dispone que las inscripciones pueden ser canceladas sin el requisito de la prestación del consentimiento «cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva». Por eso, el artículo 175, regla 6.ª RH, con remisión al citado artículo 82 LH, establece que «las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de la resolución o nulidad...» Y esto es lo que hizo el Registrador competente cuando quedó acreditado el supuesto de hecho de la condición resolutoria.

**TERCERIA DE DOMINIO: OBJETO.** (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1997)

En una tercera de dominio sólo puede ventilarse la cuestión de si el bien objeto de la traba de embargo era del embargado o del tercerista cuando aquélla se produjo, en modo alguno quién tiene derecho a cobrar con el producto de la venta de dicho bien.

**ACCION REIVINDICATORIA: SOBRE TERRENOS COMPRENDIDOS EN UN POLIGONO O UNIDAD DE ACTUACION EN EL SISTEMA DE COMPENSACION. REQUISITO DE IDENTIFICACION DE LA COSA.** (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1997.)

Las declaraciones sobre propiedad son ajenas a la competencia de dicha jurisdicción contencioso-administrativa; al ejercitarse una acción reivindicatoria, al amparo del artículo 348 CC en relación con el 349 CC es forzoso

concluir que la jurisdicción competente para conocer de la cuestión objeto de la litis es la civil ordinaria. Asimismo, la petición subsidiaria de restitución del valor de la finca reivindicada para el caso de irrecuperabilidad de ésta en virtud de la situación jurídica creada por el Plan urbanístico existente es de naturaleza claramente civil.

En el ámbito del ejercicio de una acción real de dominio, la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha mostrado reticente a aceptar la existencia de litis consorcio pasivo necesario, dado que cada demandado o posible demandado goza de una autonomía procesal respecto de los distintos sujetos que pretendan ostentar una vinculación legítima en la cosa. En el caso enjuiciado, no es preciso demandar a la Junta de Compensación, ya que no puede olvidarse que las Juntas de Compensación actuarán como fiduciarias con pleno poder dispositivo sobre las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquellas (art. 129.2 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril) y en el caso concreto no está acreditado que la incorporación de los propietarios a la Junta de Compensación haya supuesto la transmisión a la misma del inmueble afectado a los resultados de la gestión común, ni que la Junta de Compensación negase o no reconociese el derecho de los actores.

Es cuestión de hecho, que sólo puede ser combatida en casación al amparo del artículo 1.692.4.º LEC, la decisión del tribunal sentenciador en orden a la identificación del inmueble reivindicado.

**EJECUCION HIPOTECARIA; ARRENDAMIENTOS PACTADOS CON SIMULACION ABSOLUTA CON POSTERIORIDAD A LA HIPOTECA. (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1997.)**

*Hechos.*—Contratos de arrendamiento de viviendas pactados con posterioridad a la hipoteca entre parientes próximos, por precios notoriamente inferiores a los usuales, sin cláusulas de estabilización ni pago alguno de rentas.

*Doctrina de la sentencia.*—La causa es la razón esencial del contrato. La falsedad de la causa se contrapone a la verdadera que refiere el artículo 1.274 CC, equivaliendo a su no presencia, operando como sinónima de simulación, que hace que el contrato no tenga existencia jurídica, que es de lo que en el supuesto analizado se trata, es decir de relaciones arrendaticias totalmente ineficaces, toda vez que la causa que se expresó no es sólo aparente, sino falsa. El propósito realmente pretendido por los contratantes, actuando de común acuerdo, fue distinto, con intención bien expresada de perjudicar los intereses de tercero, al llevar a cabo reglamentaciones contractuales sólo externas, amparándose en causa que resulta falaz y no verdadera, por ausencia de la adecuada y recta voluntad negocial, concurriendo así reserva bilateral mental, que la ley sanciona, por no autorizar la eficacia y validez de los contratos afectados de tal situación de simulación absoluta.

En el caso se trata de precio sólo documentado y no de precio real y verdadero, es decir que hubiera tenido materialización efectiva mediante su pago mensual, que es lo que aparece convenido, al tratarse de relación de tracto sucesivo, con lo que le alcanza la condición de precio aparente que despoja a los contratos de uno de sus elementos esenciales. La total ausencia de precio ocasiona la nulidad absoluta de los negocios.

La falsedad de causa está íntimamente relacionada con la cuestión de la simulación del consentimiento contractual, por la discordancia entre las voluntades internas o externas manifestadas, actuando la simulación como vicio del necesario y recto consentimiento contractual a cargo de los interesados en las relaciones obligacionales que pretendieron crear a fin de privar al adjudicatario del disfrute en plenitud de las viviendas arrendadas.

Los arrendamientos de inmuebles llevados a cabo con posterioridad a la constitución de hipoteca son válidos según doctrina consolidada de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Sentencias 23 febrero 1991, 6 mayo 1991 y la conocida del Tribunal Constitucional 16 enero 1992). Ahora bien, esta doctrina quiebra en los supuestos de inexistencia por simulación de la relación arrendaticia (Sentencias 17 noviembre 1989 y 9 mayo 1996).

*Comentario.*—Aunque se mantenga que el arrendamiento urbano sometido a la Ley 1964 concertado con posterioridad a la hipoteca subsiste tras la ejecución de ésta (SSTS 19 febrero 1968, 23 febrero 1991, 6 mayo 1991, 6 junio 1992 y 9 junio 1996; no debe ser incluida en este grupo la STC 16 enero 1992, que considera la cuestión de legalidad ordinaria a resolver por los Tribunales en el procedimiento que corresponda), deben excluirse los arrendamientos simulados o fraudulentos (SSTS 23 diciembre 1988, 17 noviembre 1989, 9 mayo 1996), cuyo arrendatario puede ser desalojado en el mismo procedimiento de ejecución hipotecaria sin precisarse juicio declarativo (STC 2 octubre 1997).

**ADQUISICION DE DOMINIO: TITULO Y MODO. ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR. TRADICION INSTRUMENTAL. (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1997.)**

El contrato de compraventa, por su naturaleza estrictamente consensual, sólo produce efectos meramente obligacionales entre las partes que, para el vendedor, se concretan en la obligación de entregar la cosa vendida, la cual, por el mero hecho de la celebración del contrato, no pasa al dominio del comprador, pues para que dicho efecto traslativo se produzca es requisito indispensable que, de acuerdo con la teoría del título y el modo que rige en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 609 y 1.095 CC), se le haga entrega de la cosa vendida mediante alguna de las formas de tradición (modo).

Para el éxito de la acción reivindicatoria es requisito ineludible que el reivindicante pruebe ser propietario de la cosa que reivindica.

La tradición instrumental que, conforme al artículo 1.462, párrafo 2.º CC, corresponde al otorgamiento de la escritura pública de compraventa, se halla subordinada a que de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario, supuesto deductivo éste que se da en el concreto caso litigioso, en el que, por un precio alzado, se vendió una finca total y plenamente delimitada por sus cuatro linderos (cuerpo cierto), por lo cual lo que el vendedor entregó al comprador, mediante dicha tradición instrumental, fue la expresada y concreta finca comprendida dentro de tales linderos, con la extensión que tuviera, por lo que no puede prosperar la acción reivindicatoria que, frente a un tercero, ha ejercitado el comprador con respecto a un trozo de terreno fuera de los expresados linderos que no ha justificado haber adquirido en propiedad, al no habersele hecho entrega del mismo mediante ninguna forma de tradición, ni siquiera la instrumental a que se refiere el artículo 1.462, párrafo 2.º CC.

**RETRACTO DE COMUNEROS. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA. EJERCICIO JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL. CADUCIDAD.** (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1997.)

Según doctrina jurisprudencial reiterada en numerosísimas sentencias, el derecho de retracto es el que tiene una persona para subrogarse en el lugar del que adquiere y en sus mismas condiciones, por lo que el retracto exige una venta o dación en pago no proyectada, sino consumada, y el sujeto pasivo de dicho derecho es el que adquiere, sin que el vendedor o transmitente tenga ningún papel jurídico que desempeñar en las relaciones entre el retrayente y el adquirente, ni contra él tenga que dirigirse la acción de retracto, ni su resultado positivo para el retrayente influye para nada en su situación jurídica, pues la venta no se resuelve, sino que hay una nueva transmisión (subrogación en la terminología del CC) del adquirente a favor del retrayente.

Ahora bien, si el comprador retraído consiente en el retracto ejercitado por el retrayente dentro del plazo, aquel derecho puede considerarse ejercitado y consumado, naciendo para el segundo acción para exigir el cumplimiento de lo convenido, que es por tanto completamente distinta de la acción de retracto. Si, por el contrario, el retraído guarda silencio o se opone a las pretensiones del retrayente, ejercitadas en vía extrajudicial, en modo alguno cabe afirmar que el derecho de retracto se ha ejercitado en plazo legal, y que la acción correspondiente del retrayente no está sujeta al plazo de caducidad legalmente establecido. Esta disociación entre ejercicio del derecho y acción de retracto, a los efectos de que el plazo de caducidad afecte al primero pero no a la segunda, ha sido expresamente rechazada por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

En el caso litigioso, ejercitado y consumado el retracto dentro del plazo legal de nueve días del artículo 1.524 CC, y aceptado por el comprador tal ejercicio, no puede discutirse el ejercicio extemporáneo de una acción de retracto, sino sólo si el comprador ha de cumplir lo acordado con el retrayente, en otras palabras, se está ante el ejercicio de una mera acción de carácter personal.

**PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: SUBROGACION EN LAS DEUDAS.** (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1997)

*Doctrina de la sentencia.*—Por imposición legal, en el caso de adjudicación de bienes en el procedimiento judicial sumario, el adjudicatario conocedor de las cargas anteriores y preferentes deberá subrogarse en las mismas, que es tanto como decir que asumirá la responsabilidad de su completa satisfacción previa computación de su monto económico con el debido efecto compensador en la adjudicación. Acreditado que dicho importe se tomó en cuenta para reducir o minorar el precio de tasación inicialmente fijado, es evidente que no es posible viabilizar la acción de repetición por el adjudicatario que pagó las deudas contra el deudor ejecutado.

*Comentario.*— Debe destacarse la importancia de este pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la naturaleza de la subrogación del adjudicatario en el procedimiento judicial sumario en la responsabilidad de las cargas preferentes (art. 131, reglas 8.ª, 10.ª y 13.ª y artículo 133, párrafo 2.º LH; arts. 229, párrafo 2.º, 231 y 232 RH). La doctrina tradicional considera que se

produce la asunción en la deuda u obligación asegurada con la hipoteca (JERÓNIMO GONZÁLEZ, GUASP, SANZ FERNÁNDEZ, ROCA SASTRE, LÓPEZ TORRES, LÓPEZ LIZ). Sin embargo, para otros autores la subrogación se produce sólo en la responsabilidad real de la hipoteca (BLÁZQUEZ, RUIZ ARTACHO, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, GARCÍA GARCÍA, SELVA SÁNCHEZ, REY PORTOLÉS, OCAÑA RODRÍGUEZ). La sentencia que recogemos se decanta por la primera postura, al afirmar que «ha sido un proceso de respeto a la legalidad hipotecaria el que ha determinado aquella subrogación y el pago de las deudas por los adjudicatarios, y por lo tanto la imposibilidad de su acción de repetición», con los siguientes razonamientos: la regla 8.ª del artículo 131 LH; los adjudicatarios conocían que la finca estaba gravada con cargas anteriores; el valor de dichos gravámenes se tuvo en cuenta para minorar el valor de tasación inicialmente fijado. La otra tesis fue adoptada por la STS 27 enero 1990, declarando que en el procedimiento de ejecución ordinaria la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores hace surgir para los posteriores adquirentes el deber de soportar o tolerar la ejecución forzosa para la efectividad de los créditos preferentes, pero ello no comporta una asunción de deuda por vía judicial. Una exposición detallada de los argumentos y las tesis doctrinales se recoge por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA en *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*.

**ACCION DE DESLINDE: EXIGE CONFUSION DE LINDEROS. APLICACION DEL ARTICULO 387 CC. (SENTENCIA 21 JUNIO 1997.)**

La facultad de excluir, con los derechos que la integran de deslinde y cerramiento (arts. 384 y 388 CC), a fin de lograr la individualización del predio mediante la gráfica fijación de la línea de su polígono, evitando intromisiones, ha sido precisada en lo tocante a su finalidad y alcance por una jurisprudencia reiterada, en el sentido de que la confusión de linderos constituye presupuesto indispensable para la práctica del deslinde, de suerte que no se pueda venir en conocimiento exacto de la línea perimetral de cada finca, y por ello la acción no será viable cuando los inmuebles estén perfectamente identificados y delimitados, con la eliminación consiguiente de la situación de incertidumbre respecto a la práctica extensión superficial de la cosa objeto de la propiedad y a la manifestación de un estado posesorio, que no serán obstáculo, ciertamente, al ejercicio de la reivindicatoria con fines restitutorios.

El deslinde habrá de practicarse de acuerdo con el artículo 387 CC al ser la superficie que comprende la totalidad de las dos parcelas menor de la que resulta de los títulos de los colindantes, por lo que la falta habrá de distribuirse entre ambos proporcionalmente, sin ser aplicables los criterios distributivos recogidos en los artículos precedentes.

**TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR ANTERIOR AL EMBARGO. ADQUISICION DE DOMINIO: EN ADJUDICACION EN PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO. INSCRIPCION EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: CARACTER DECLARATIVO (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1997)**

*Doctrina de la sentencia.*—En el supuesto litigioso aparece con diáfana claridad que el tercerista ha probado plenamente y como le incumbe, a tenor

del artículo 1.214 CC, los hechos sobre que basa su demanda, esto es, que tiene dominio del bien embargado, su pertinente identificación como de su pertenencia y que su adquisición fue anterior a la fecha en que fue practicado el embargo. Efectivamente, el actor adquirió el dominio del inmueble en virtud del acta de remate aprobada a su favor en un procedimiento sumario hipotecario; la circunstancia de que el tercerista no inscribiera su adquisición en el Registro de la Propiedad, obviamente, por no haberse dictado el auto de adjudicación, no puede justificar la procedencia del embargo por cuanto que el referido auto es necesario para poder acceder al Registro (art. 131, regla 17.ª LH), no para acreditar el tan repetido domino, y al no ser constitutiva la inscripción en el sistema español de transmisión inmobiliaria, la referida venta (acta de remate), pese a su no inscripción, es válida a todos los efectos.

La STS 12 febrero 1985 considera suficiente para justificar el título dominical el acta de remate que tuvo lugar en el procedimiento judicial sumario, aunque no sea bastante para efectuar la inscripción registral, para la cual el artículo 131, regla 17.ª LH exige el consiguiente auto judicial, indispensable para llevar a cabo dicha inscripción, pero no para acreditar la titularidad que se cuestiona, habida cuenta de que el sistema español vigente de transmisión y adquisición del dominio de bienes inmuebles, y el retraso en la expedición del auto no puede perjudicar al interesado; con independencia también de la adquisición de la posesión que, según el artículo 438 CC, tiene lugar, no sólo por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad, sino también por los actos propios y formalidades legales establecidos para adquirir tal derecho.

*Comentario.*—La doctrina (GUTIÉRREZ DE CABIEDES, GARCÍA GARCÍA, REY PORTOLÉS) considera que el tránsito dominical en el procedimiento judicial sumario se produce, no con la aprobación del remate, sino con el auto de adjudicación, invocando en este sentido la STS 3 octubre 1963 y la STS, Sala 3.ª, Sección 2.ª, de lo Contencioso-Administrativo, 14 marzo 1990, a las que pueden añadirse las SSTS 9 junio 1990 y 26 mayo 1992; pero otra es la posición mantenida por la presente resolución. El problema no se plantea en el juicio ejecutivo ordinario tras la reforma operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, en cuyo seno se dicta el auto de aprobación de remate inmediatamente después de finalizar la subasta.

#### **PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: REQUERIMIENTO DE PAGO AL TERCER POSEEDOR. (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1997.)**

*Hechos.*—Acción de nulidad de procedimiento judicial sumario ejercitada por el comprador en documento privado que se obligó al pago de la deuda.

*Doctrina de la sentencia.*—Ha de tenerse en cuenta lo declarado expresamente en STC 30 junio 1993 (número 217/93), relativa a piso litigioso, que declaró no haber lugar a la solicitud de nulidad de actuaciones del proceso hipotecario, resultando denegado el amparo.

La situación de plena indefensión, por no haberse efectuado el requerimiento de pago, fácilmente podía haberse evitado actuando razonablemente desde el momento en que la parte interesada conoce por cualquier medio, dentro o fuera del proceso sumario, que se está llevando a cabo su tramitación, pues la diligencia mínima de defensa de sus intereses le obligaba a

efectuar el correspondiente personamiento procesal, subsanando de esta forma la posible infracción cometida y con más razón cuando no se trata de conocimiento tardío. El desentendimiento a cargo del comprador de la vivienda no genera situación de indefensión de procedencia ajena y sí propia, la cual no justifica la nulidad postulada.

Si bien el artículo 132.4.º LH autoriza tanto al tercer poseedor como a los demás interesados a formular reclamaciones, incluso la nulidad del título o de las actuaciones, planteando el juicio declarativo que corresponda y así lo ha reconocido la Sala Primera del Tribunal Supremo con referencia a tercero que pueda resultar perjudicado, o cuando sus derechos han resultado lesionados y se le ha privado de su ejercicio, con lo que se consagra la necesaria legitimación para demandar; en el caso que se enjuicia no se ha producido indefensión, ni acreditado los presupuestos fácticos que harían prosperable la nulidad postulada, en cuanto el comprador pudo efectuar comparecencia en el procedimiento judicial sumario, en defensa oportuna y en el tiempo procesal hábil de sus derechos como adquirente dominical y poseedor efectivo de la vivienda del pleito, dado el perfecto conocimiento que alcanzó de la vertencia de dicho procedimiento especial, justificado en razón a que dejó de satisfacer los pagos correspondientes a los vencimientos mensuales de la hipoteca, no obstante habérselo comunicado la entidad acreedora con antelación y aviso de proceder judicialmente.

**ACCESION ARTIFICIAL O INDUSTRIAL: EN SUELO AJENO CON MATERIALES PROPIOS. ACCESION INVERTIDA. (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1997)**

El derecho de opción que establece el artículo 361 CC, en principio, a favor del dueño del suelo, no impide que el edificante pueda ejercitar su pretensión para reclamar su derecho sobre el terreno o solar, incluso con anterioridad e independientemente de la opción del dueño del terreno.

La doctrina de la accesión invertida es solamente aplicable para el caso de que la edificación se haya realizado en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es de propiedad ajena.

**TERCERIA DE DOMINIO: OBJETO. TRANSMISION DE DOMINIO: EN ADJUDICACION EN PAGO DE DEUDAS. (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1997.)**

El juicio de tercera tiene como finalidad decisiva el levantamiento de la traba judicial de las fincas en litigio, a fin de sustraerlas del procedimiento de apremio, por no pertenecer al ejecutado; atendida esta finalidad la declaración de dominio que se postula en la demanda resulta intrascendente ya que dicha petición es ajena a la referida finalidad institucional del proceso, en cuanto que la titularidad dominical sobre el bien objeto de litis es antecedente o presupuesto condicionante del éxito de la acción de tercera ejercitada, pero no declaración consecuencia que haya de obtenerse mediante el ejercicio de la misma. Si el demandante de tercera de dominio viene obligado a acreditar la existencia del dominio en que se apoya su pretensión de liberación de la traba del bien embargado, en modo alguno ha de instar que tal dominio se declare en la parte dispositiva de la sentencia, por lo que habida cuenta de la innecesariedad de esa petición y concordante declaración en el fallo judicial,

no puede tacharse de incongruente a la sentencia que omite tal pronunciamiento.

Se recuerda la reiterada doctrina jurisprudencial sobre las características diferenciadas entre la *datio pro solutio* y la *datio pro solvendo*. La *datio pro solutio*, significación de adjudicación en pago de las deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto en virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa, dado que, bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue la categoría del precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deudas. La *datio pro solvendo*, reveladora de adjudicación para el pago de las deudas, que tiene específica regulación en el artículo 1.175 CC, se configura como un negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquéllos al pago de las deudas contraídas por el cedente, sin extinción del crédito en su totalidad, puesto que, salvo pacto en contrario, el deudor sigue siéndolo del adjudicatario en la parte del crédito a que no hubiese alcanzado el importe líquido del bien o bienes cedidos en adjudicación, toda vez que ésta sólo libra de responsabilidad a tal deudor por el importe de los bienes cedidos en adjudicación, como expresamente previene el meritado artículo 1.175 CC, no generando en consecuencia el alcance de efectiva compraventa, que es atribuible por el contrario a la adjudicación en pago de deudas o *datio pro soluto*. La diferencia es terminante por lo que respecta a la traslación de título real, puesto que así como la cesión sólo atribuye la posesión de los bienes con un carácter personal que permite al acreedor efectuar la venta para cobrarse con su importe, en cambio, en la dación se produce una verdadera transmisión sin restricción ni cortapisa alguna.

De acuerdo con lo expuesto, ha de afirmarse que en el caso enjuiciado el convenio suscrito entre el suspenso y sus acreedores carece de eficacia traslativa del dominio de los bienes del suspenso a favor de sus acreedores al tener el mismo la naturaleza de una cesión de bienes para pago de las deudas, de acuerdo con el artículo 1.175 CC, por lo que tal convenio no constituye título suficiente para acreditar el dominio en función del que se ejercita la tercera de dominio que debe ser desestimada.

Se cita la doctrina emanada de la DGRN, que en su Resolución 28 enero 1987 dice que la inscripción de los bienes adjudicados a favor de la misma comisión liquidadora —posible al amparo de los artículos 2.2.º y 20, párrafo 4.º LH y 7 RH— servirá de nexo y fundamento a la inscripción que deba practicarse a favor de los definitivos adquirentes de los bienes, pudiendo practicarse la inscripción de una y otra operación de forma abreviada en un solo asiento, dada la naturaleza provisional del mismo, en cuanto anuncia una próxima adjudicación libre y definitiva del dominio de que se trate.

## B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR ISABEL DE LA IGLESIA MONJE E ISABEL MORATILLA GALÁN

### *EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL CULPOSO HACE NACER LA OBLIGACION DE INDEMNIZAR DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1998.)*

Es suficiente la existencia de una conducta culposa frustratoria del contrato y no una conducta dolosa o de mala fe, pues dicha conducta constituye uno de los presupuestos de los que el artículo 1.101 del Código Civil hace nacer la obligación de indemnizar daños y perjuicios. Tal calificación de la conducta contractual del recurrente es correcta, puesto que esa alegada imposibilidad sobrevenida de cumplir lo pactado en modo alguno puede calificarse de fortuita, producida por causas imprevisibles o inevitable, sino que aquella contratante, que no podía desconocer su propia situación en orden a producir los géneros que ofertaba la otra parte, no obstante se comprometió en firme al suministro para, en el corto tiempo transcurrido, alegar esa imposibilidad de cumplimiento que pudo prever y evitar con el empleo de una mediana diligencia.

La declaración de incumplimiento de los contratos es una cuestión fáctica, aunque la trascendencia jurídica del incumplimiento implique una cuestión de Derecho que debe ser apreciada en casación; acreditado el incumplimiento contractual de la demandada, las consecuencias jurídicas anudadas al mismo por la sentencia recurrida son correctas, sólo una imposibilidad sobrevenida de carácter fortuito, que no tiene la alegada, hubiera dado lugar a la resolución contractual sin consecuencias indemnizatorias.

### *EL CONTRATISTA TIENE DERECHO A COBRAR EL AUMENTO DE OBRA AUNQUE EL CONTRATO SEA CON PRECIO POR AJUSTE ALZADO. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1998.)*

El principio de invariabilidad en el precio de una obra contratada con arreglo al artículo 1593 del Código Civil carece de aplicación cuando se introduzcan cambios en la ejecución alterando el proyecto definitivo y produciendo aumento de obra, que es lo contemplado por la Audiencia, pues no se discute siquiera que medió el consentimiento del dueño, lo que implica que cuando hay aumento de obra, sea por novación modificativa, sea por simple añadido a lo ya contratado y como nueva estipulación contractual, el contratista justifica en todo caso su derecho a cobrar el aumento.

Existe un reconocido derecho del contratista al abono de la obra realmente ejecutada, siempre que no se trate de simples mejoras fuera del proyecto, sino de trabajos necesarios verificados de acuerdo con las instrucciones de la dirección facultativa, y apoya acertadamente el derecho del contratista a percibir el precio del trabajo complementario realizado en evitar el enriquecimiento injusto de la propiedad.

*IMPUGNACION DEL ACUERDO DE LA EXPULSION DE LOS SOCIOS DEMANDANTES DE UNA ASOCIACION DEPORTIVA. (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1999.)*

La Asociación deportiva ha atentado al derecho a asociarse de los socios demandantes, al expulsarles indebidamente, sin causa acreditada y por mera represalia; se puede atentar a los derechos constitucionales por los particulares como en este caso, y los Tribunales deben protegerles y reintegrarles en su derecho, como ha hecho la sentencia de instancia, si a los derechos constitucionales atenta un poder público, el Tribunal Constitucional protegerá al ciudadano a través del recurso de amparo. No hay infracción por la sentencia de la Audiencia del artículo 22 de la Constitución Española sino por la Asociación deportiva y la sentencia de instancia ha aplicado correctamente dicha norma al reintegrar en su derecho a los demandantes.

El problema planteado tiene singular transcendencia porque afecta a la valoración jurídica que merecen determinadas actuaciones de asociaciones que, bajo el manto de sus normas de «justicia interna», según algunas denominaciones de «jurisdicción privada» —nombres llamativos y erróneos conceptualmente, pero gráficos, respecto de la idea que expresan, a veces revestidas de un lenguaje pseudoprocesal (Tribunales, recursos)— imponen, como juez y parte, decisiones de consecuencias graves para los interesados, tal como son las que se examinan. No se controvierten los poderes de autorregulación y de ejercicio disciplinario, que las asociaciones en cuestión, dentro de la libertad de pactos que permite el principio de autonomía de la voluntad, puedan estatutariamente dictarse, sino los límites del ejercicio de estas facultades, que desde luego, nunca pueden suplantar el derecho a la tutela judicial efectiva ni obstaculizarlo, con mecanismos complicados, ni eludirlo con plenitud, de donde se sigue que sus acuerdos no sólo están sometidos al examen de su regularidad para la determinación del cumplimiento de las formalidades estatutarias que establezcan, en cuanto admisibles y lícitas, según el procedimiento interno para su adopción, y su respeto a las normas legales, sino también el mérito del acuerdo, esto es, si el juicio interno de interpretación y de aplicación de las reglas estatutarias es o no adecuado. La cuestión suscitada, en efecto, no puede sustraerse al control y decisión de los tribunales, dando por buenos los acuerdos de la Junta Directiva, puesto que los actos cuya nulidad se declara van más allá de los límites que permite el artículo 22 de la Constitución Española y de la interpretación que del mismo hace el Tribunal constitucional, que no niega la potestad de autorganización de las asociaciones, para que determinen en los Estatutos las causas de expulsión, no obstante el juicio sobre las circunstancias concurrentes se deje a los órganos directivos. Lo que no cabe es que la suerte de los socios, en cuanto a su permanencia o vinculación con la entidad asociativa, dependa, sin establecimiento previo y estatutario de la infracción sancionable, y de la sanción correspondiente, de la voluntad exclusiva de la Junta directiva que resuelve *ad hoc*, según la valoración del caso.

**NO ES POSIBLE REVISAR INDIRECTAMENTE UN PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL DE OTRO ORDEN JURISDICCIONAL.** (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1999.)

Tras la existencia de una negligencia profesional que se imputa al recurrente en el ejercicio de sus deberes profesionales, contrato de arrendamiento de servicios, al no interponer el recurso de revisión a que se había comprometido, no se puede entrar a revisar el contenido de la sentencia laboral firme en los términos en que lo habría podido hacer el Tribunal Supremo, caso de que se hubiese sostenido el recurso, y ello porque resulta imposible situarse en la posición de aquél, tanto por falta de jurisdicción y respecto a la santidad de la cosa juzgada, como porque sería una revisión distorsionada por falta de alegaciones de las partes y de contradicción entre éstas.

No cabe confundir la falta de relevancia de un determinado índice de valoración del daño producido con la inexistencia de los daños mismos. En casos de negligencia profesional se acude en ocasiones, al criterio de la prosperabilidad del asunto sometido (o que hubiera debido someterse) a decisión judicial, según las actuaciones dejadas de practicar o practicadas mal, como elemento, que pese a las reservas y controles, con que debe ser manejado, puede proporcionar una pauta de valoración de eventuales daños. Más este índice o pauta orientativa no es exclusivo, ni por ello impide que se tengan en cuenta otros, en concurrencia o aisladamente. En el caso, la simple pérdida de la oportunidad procesal que todo recurso como extraordinario confiere, objetiva la producción del daño y la necesidad de su reparación, daño imputable a quien con su conducta omitió la realización del encargo aceptado, sin que consten ni se hayan probado excusas justificadas sobre la no interposición del recurso, comunicadas a tiempo a la otra parte contratante.

**UNO DE LOS EFECTOS DE LA CLAUSULA PENAL CONSISTE EN LA FUNCION LIQUIDADORA DE DAÑOS Y PERJUICIOS.** (SENTENCIA DE 12 DE ENERO DE 1999.)

Aplicando los artículos 1.152 y 1.153 del Código Civil es preciso destacar que la función esencial de la cláusula penal —aparte de su función general coercitiva— es la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación principal, sustituyendo a la indemnización sin necesidad de probar tales daños y perjuicios; sólo excepcionalmente opera la función cumulativa, cuando se ha pactado expresamente que el acreedor pueda exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados y probados, y además, la pena pactada como cláusula penal.

Por otro lado, no cabe confundir la posible aplicación del artículo 1.101 en relación con el artículo 1.152 del Código Civil. Al quedar acreditado el retraso en el cumplimiento de la obligación de entrega por el vendedor, se debe aplicar la cláusula penal. Las sentencias de instancia no la han aplicado, por razón de que la sociedad compradora, demandada no hizo deducción alguna, no ha probado haber aplicado la pena impuesta en los contratos firmados y aceptados por ambas partes que como cláusula penal sanciona el incumplimiento irregular. La cláusula penal podría aplicarse por una parte, de común acuerdo con la otra; pero si no hay acuerdo, se aplicará a través de un proceso

y por una sentencia, como en el presente caso en que el retraso se ha alegado desde el principio o como exención o disminución del pago del precio debido. Por tanto la sentencia de instancia ha incurrido en infracción del artículo 1.152 CC al no aceptar la aplicación de la cláusula penal, como función liquidadora de la indemnización de daños y perjuicios que, en general, contempla el artículo 1.101 CC para el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación.

***EL IMPAGO EN LA RESOLUCION DE LA COMPRAVENTA DE UN INMUEBLE TIENE QUE SER PROLONGADO E INJUSTIFICADO.*** (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1999.)

No cabe obligar al vendedor, si así no se ha pactado, a que constituya hipoteca sobre el inmueble, ni a aceptar que el pago de las deudas no se haga conforme dispone el artículo 1.170 del Código Civil. Pero sí a tomar en consideración, dadas las circunstancias concurrentes de aparente colaboración de los vendedores de encontrar una fórmula de pago, (inicialmente demostrada, cuando parecía que aceptaban la constitución de una hipoteca o la renovación de la obligación de pago mediante la aceptación de letras de cambio, representativas de la parte pendiente de pago, que luego rechazaron), que éstos no procedieran, como procedieron, sin previo aviso, a requerir a los demandados, en tiempo brevísimo, dar por resuelto el contrato, en condiciones no conciliables con el carácter jurisprudencial del «impago» que como ya se ha dicho, tiene que ser prolongado, duradero e injustificado. La voluntad incumplidora constituye un presupuesto de hecho cuya apreciación corresponde a los Tribunales de instancia, salvo manifiestamente equivocada o ilógica estimación.

***EN LOS SEGUROS DE CAUCION NO ES RESPONSABILIDAD DE LOS BENEFICIARIOS EL NO HABER PAGADO LAS CANTIDADES A CUENTA DE LA VIVIENDA POR LA CONCERTACION POSTERIOR AL CONTRATO DE COMPRAVENTA DEL SEGURO, Y NO HABERSE MODIFICADO EN NADA AQUEL.*** (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1998.)

No pueden quedar fuera de la cobertura del seguro las cantidades representativas del pago de las cambiales con vencimiento posterior a esta última fecha, pues el contrato de compraventa que les sirve de base no se alteró por la concertación del seguro, en fecha muy posterior, ni la aseguradora exigió ninguna modificación en las cambiales ya aceptadas y con vencimiento posterior al entrar ella en escena, por lo que la obligación de ingresarlas en la cuenta especial correspondía a quien las cobraba. La cuenta en que se domiciliaron nada tiene que ver con esta última.

En definitiva, la aseguradora recurrente trata de hacer recaer sobre los actores las consecuencias de la falta de armonía o desajuste con la Ley 57/68 del seguro concertado con la sociedad promotora de la construcción en tiempo muy posterior al contrato de venta, y esta pretensión es inadmisibles, dado que aquellos se limitaron a cumplir con sus obligaciones contractuales, no interviniendo en la antedicha concertación del seguro litigioso. Ni el contrato de compraventa, en el que recordemos que no se previó como obligación del

comprador pagar a través de cuenta especial ni el seguro de cantidades anticipadas, se modificó ni las compradoras se obligaron posteriormente a nada.

I. I. M.

**LA INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA. LA DECLARACION DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL ES UNA CUESTION FACTICA CUYA APRECIACION CORRESPONDE A LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA. TAL INCUMPLIMIENTO EN MODO ALGUNO SE ACREDITA.** (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 19 de los de Madrid en Sentencia de 19 de julio de 1991 estima la excepción dilatoria de defecto legal en el modo de proponer la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª) en Sentencia de 26 de abril de 1993 acoge parcialmente el recurso de apelación interpuesto.

*Hechos.*—Reclamación de daños y perjuicios, derivada de la resolución contractual, que formula el señor Américo frente a la entidad «La Nueva Filantrópica, Mutualidad de Previsión Sanitaria», alegando un incumplimiento unilateral del contrato por parte de la demandada, al haber modificado los baremos retributivos de los servicios.

*Doctrina de la Sentencia.*—En el caso que nos ocupa, la sentencia recurrida declara de una forma contundente, que el actor no ha probado ninguno de los hechos básicos de la demanda, incluso sigue afirmando, que del exámen conjunto de la prueba se deduce precisamente todo lo contrario. Lo que el recurrente pretende en la argumentación del motivo que analizamos, es desvirtuar la apreciación y valoración probatoria que figura en la sentencia recurrida, y ésta actividad ni viene amparada en el artículo 1.214 del Código Civil, que de ningún modo contiene una norma valorativa de la prueba, ni después de la reforma operada a virtud de la Ley 10/1992 cabe denunciar el error apreciativo padecido por el juzgador. Y es que ya es clásica la doctrina de la Sala declarando que la alegada infracción del artículo 1.214 sólo es oponible en casación, cuando se acusa al juzgador de instancia de haber alterado indebidamente el *onus probandi*, es decir, invirtiendo la carga de la prueba que a cada parte corresponde según lo dispuesto en este artículo, al actor probando los hechos normalmente constitutivos del derecho que reclama, y el demandado la de los extintivos.

**INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS. FUNCION DE LOS INTERESES. EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.** (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 del Puerto de Santa María en Sentencia de 21 de octubre de 1992 estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2.ª) en Sentencia de 5 de noviembre de 1993 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no ha lugar.

*Hechos.*—Con fecha 18 de octubre de 1984 en forma de recibo se celebró un precontrato de compraventa de un chalet determinado, por precio cierto. Este precontrato deviene contrato de compraventa, pocos días después, en fecha 26 de octubre de 1984 en el que se especifica que don Augusto Romero Haupold y su esposa doña María Isabel Caballero Morales, venden a don Antonio Mendoza Román y su esposa doña Asunción Delage Comellas un chalet por precio total también fijado que se descomponen en una señal y parte del pago y en una serie de letras de cambio. Cuando llegan los vencimientos posteriores del préstamo garantizado con hipoteca, se advierte que la deuda es superior a la asumida en el contrato de compraventa como parte del precio; los compradores reclaman a los vendedores, no son atendidos por éstos que no pagan las cantidades debidas al Banco, las pagan los compradores, pese a no ser parte del precio, evitando así la realización de la hipoteca y resulta un exceso que resulta de sumar la cantidad asumida en el contrato y la que realmente se debía al Banco garantizadas con hipoteca y las pagadas como intereses de demora.

*Doctrina de la Sentencia.*—En el contrato de compraventa la intención de las partes —vendedora y compradora— fue la de que la compradora asumía la deuda frente al Banco, aunque fuera mayor que la expresada en el texto del contrato. En el presente caso, la sentencia de instancia interpreta el contrato, poniendo en relación los dos documentos —precontrato y contrato— en el sentido de que hubo consentimiento, objeto y causa, cuyo precio estaba fijado en forma clara e indiscutible, sin que pueda aceptarse que el verdadero consentimiento, es decir, la conjunción de las dos declaraciones de voluntad —de la parte vendedora y de la parte compradora— fuera sobre el montante del crédito hipotecario, superior a lo pactado. Aplica, pues, el elemento literal que contempla como prevalente el párrafo primero del artículo 1.281 del Código Civil y no aplica los artículos que la parte recurrente alega como infringidos por inaplicación. Lo cual no sólo no es arbitrario, ilógico o contrario a ley, sino que es correcto, ya que el precio cierto estaba claramente determinado y el consentimiento fue sobre éste, sin que pueda mantenerse que la intención verdadera fuera sobre otro, de cuantía superior; podría ser la del vendedor, pero jamás la del comprador que siempre se opuso a pagar el exceso; y el consentimiento contractual se forma con las voluntades de ambos. Y es que la razón es que la interpretación de los contratos es función reservada a los Tribunales de instancia, no susceptible de ser revisada en casación, a no ser que aquélla sea arbitraria, ilógica o contraria a la Ley. La doctrina jurisprudencial se expresa en los siguientes términos: la interpretación de los contratos es función propia del Tribunal de instancia, cuyo resultado hermenáutico ha de ser mantenido y respetado en casación, a no ser que el mismo sea ilógico o contrario al buen sentido o a la ley o haya incidido en manifiesta equivocación. En el mismo sentido se mantiene que la interpretación de los contratos está atribuida a los órganos de instancia, cuyo criterio sólo puede ser modificado en casación cuando se acredite que es ilógico o contrario a la Ley; lo que resume la Sentencia de 29 de marzo de 1994; tiene declarado con reiteración la Sala que la interpretación de los contratos es función privativa de los Tribunales de instancia cuyo resultado ha de ser respetado en casación a no ser que el mismo se muestre ilógico, contrario o contradictorio con alguna de las normas legales de hermeneútica esta-

blecidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil; y lo reiteran las Sentencias de 31 de enero de 1997 y de 11 de febrero de 1997: la interpretación es facultad de la instancia, que sólo puede combatirse en casación demostrando que es ilógica o vulneradora de preceptos legales.

En nuestra litis, la cantidad reclamada era un cantidad líquida, perfectamente determinada, desde el principio y en consecuencia, la sentencia ha aplicado correctamente la cláusula tercera, segundo párrafo, del contrato de compraventa, que dice: «...para el caso de contienda judicial al respecto, se pacta expresamente un interés de demora que sea igual al básico del Banco de España más 6 puntos». Por lo tanto, la sentencia recurrida ha aplicado correctamente los intereses convencionales, pactados en el contrato, y se computan desde la demanda, aplicando correctamente el artículo 1.100 del Código Civil sobre la mora del deudor y el artículo 1.108 del Código Civil sobre la cuantía, que es en primer lugar, la pactada. Distinto es el caso de los intereses legales, uno de los cuales es el interés ejecutorio que prevé el párrafo cuarto del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que se aplica legalmente, aun no puesto expresamente en sentencia, desde la fecha de ésta, en Primera Instancia. La función de los intereses de demora y que fueron pactados por las partes y al abono de ellos fue condenada la parte demandada y recurrente, es la indemnizatoria de los daños y perjuicios que pueden ser imputados a la demora en el cumplimiento de una prestación obligacional consistente en una cantidad de dinero, tal como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 206/1993, de 22 de junio, que añade: la efectividad de la tutela judicial, garantizada constitucionalmente, exige no sólo que se cumpla el fallo... sino que el ganador consiga el restablecimiento pleno de su derecho hasta al *restitutio in integrum*... en este sentido actúa el interés de demora.

El derecho al proceso sin dilaciones indebidas ha sido analizado muy detalladamente en numerosas Sentencias del Tribunal Constitucional que han mantenido una doctrina uniforme y reiterada. La más recientes sentencias son las siguientes: 10/1997, de 14 de enero; 33/1997, de 24 de febrero; 53/1997, de 17 de marzo; 109/1997, de 2 de junio. La doctrina que en ellas se mantiene es que la dilación indebida es un concepto jurídico indeterminado y abierto que ha de concretarse en cada caso en función de criterios objetivos; ha de ponerse en relación con el tipo del asunto, con la actuación del órgano jurisdiccional y con la conducta del recurrente.

**DERECHO DE EXPLOTACION Y DERECHO MORAL DE LOS TITULARES DEL BOCETO SOPORTE DEL CONJUNTO ESCULTORICO DE DON QUIJOTE Y SANCHO PANZA, PLAZA DE ESPAÑA DE MADRID. LOS ARTICULOS 56, 14 Y SIGUIENTES DEL REAL DECRETO LEY 1/1996, DE 12 DE ABRIL SOBRE LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1998.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 35 de los de Madrid en Sentencia de 23 de febrero de 1993 desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.<sup>a</sup>) en Sentencia de 11 de noviembre de 1994 estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto.

Prospera el primer recurso de casación y no ha lugar al segundo.

*Hechos.*—Los demandantes en su condición de herederos del escultor Don Lorenzo Coullaut Valera, ejercitan contra don Carlos Coullaut Valera Ariño y la mercantil Kenton S.A acción reivindicatoria a cuya pretensión fundamentalmente se opuso el codemandado don Carlos Coullaut Valera Ariño, argumentando que el boceto original en yeso de don Quijote y Sancho, no existe desde marzo de 1975, en que desapareció por destrucción, que lo que existe, desde entonces, es una réplica o copia en bronce del desaparecido boceto en yeso; habiéndose opuesto, asimismo, la codemandada Kenton, S.A., en razón a lo que es su objeto social y habérsele ofertado por citado codemandado, la cesión de los derechos de reproducción y autorizándole la fabricación y venta de ejemplares del mismo tamaño, que el oferente certificaba ser ejemplares únicos basados en el boceto de que fue autor su abuelo don Lorenzo Coullaut Valera. Se razona la de negación de la excepción de falta de legitimación activa de los demandantes, al no acreditar la condición de herederos, en particular, la demandante doña Mercedes Barón García Otermin, que es heredera testamentaria de su fallecido esposo don Lorenzo Coullaut Mendigutia, hijo y heredero el escultor. Se analiza la desestimación de la acción reivindicatoria, por cuanto que, el objeto material sobre el que recae dicha acción, y según las pruebas practicadas, deriva en que «anunciado en los folletos como objeto original en bronce de la escultura, no es tal boceto original, sino una copia del original que estaba realizado en yeso o escayola».

*Doctrina de la Sentencia.*—La exigencia de que el objeto de propiedad intelectual requiere que se trate de creaciones originales y sobre el requisito de la originalidad, ha de darse en toda creación literaria, artística o científica, entendiéndose por la doctrina en dos sentidos, el subjetivo, la obra es original cuando refleja la personalidad del autor, y objetivo, entendiéndose la originalidad como novedad objetiva, que aplicando estas premisas, al caso de autos nos encontramos con que la copia del boceto obtenida en bronce que ha sido objeto de contratación por parte de los demandados no es la obra originaria realizada por el escultor, que fue en yeso, por lo que tampoco puede ser estimada la demanda en el extremo de declarar a los herederos del escultor don Lorenzo Coullaut Valera propietarios de los derechos de explotación sobre la misma en cualquiera de las formas previstas en la Ley, por lo cual, procede desestimar ambas acciones, tanto la acción reivindicatoria como la acción referente a la tutela de los derechos de explotación derivados del boceto objeto de la controversia.

Los hechos esenciales, además de los ya expuestos, para la resolución de la litis los siguientes: el escultor, don Lorenzo Coullaut Valera realiza un boceto para un monumento a Cervantes, con el cual gana un concurso nacional en el año 1915, formando parte de dicho boceto las figuras de Don Quijote y Sancho Panza, y en base a ese boceto ganador del concurso construye el monumento a Cervantes sito en la Plaza de España de Madrid, del que forman parte asimismo las figuras de Don Quijote y Sancho Panza. Don Lorenzo Coullaut Valera fallece el 20 de agosto de 1932 y el boceto original de Don Quijote y Sancho Panza, en yeso, que formó parte del proyecto ganador del concurso, queda en poder de su viuda doña María Teresa Mendigutia Morales, quien posteriormente lo entregó a su hijo don Lorenzo Coullaut Mendigutia, que se casó con la demandante doña Mercedes Barón García Otermin, la cual, fallecido su esposo don Lorenzo, lo entregó a su vez al demandado don Carlos Coullaut Valera Ariño en el año 1974. Este, en el año 1975 encarga a Codina Hermanos S.A., la

fundición en bronce del boceto original en yeso, lo que produce la destrucción del yeso original, muy deteriorado. En el mes de febrero de 1990 el demandado don Carlos Coullaut Valera cede la obra —la reproducción en bronce del boceto original en yeso— con todos los derechos a la codemandada Kenton S.A., para que ésta pudiera fabricar y vender reproducciones (en bronce, cold cast bronce o mármol) del mismo tamaño que el original, cediendo asimismo a Kenton S.A., los derechos de reproducción de documentos y fotografías y de información adicional para poder preparar el material de promoción para la venta de las reproducciones, certificando el citado demandado don Carlos Coullaut Valera que las dos esculturas transmitidas de Don Quijote y Sancho Panza eran los únicos bronces basados en el boceto del escultor don Lorenzo Coullaut Valera. Posteriormente Kenton S.A., lanza un folleto publicitario en el que ofrece en exclusiva a los titulares de tarjetas de crédito American Express 499 réplicas numeradas y certificadas del proyecto original del monumento a Cervantes de la Plaza de España, manifestándose en el citado folleto publicitario que el boceto original de la escultura de Don Quijote y Sancho Panza realizado por el autor don Lorenzo Coullaut Valera era propiedad de Kenton S.A., que se ofrecía la réplica exacta de la maqueta original que el autor modelara para presentar y ganar el concurso nacional de 1915, y que gracias a un acuerdo especial realizado con un descendiente del célebre escultor, Kenton S.A., había adquirido el modelo original del famoso grupo escultórico y la documentación necesaria para ofrecer 499 réplicas en primicia y exclusivamente a los titulares de Tarjetas American Express. Asimismo el folleto publicitario se consignaban diferencias existentes entre el boceto original y la escultura efectuada y situada en la Plaza de España de Madrid.

Se refleja por la Sala la inexistencia del segundo requisito para que prospere toda acción reivindicatoria, esto es, la identidad exacta y precisa de toda cosa que se pretende reivindicar o que se reivindica, y es consecuente, que a todo lo largo de la pretensión ejercitada, lo que se reivindica, es el boceto original, determinante de la creación artística del causahabiente de los actores, y sin que se cuestione que fue construido en yeso, hay que derivar que el actualmente existente de bronce en su día en poder o posesión del codemandado y que determinó las posteriores relaciones negociales con la codemandada, no se corresponde al primitivo por lo cual, inexistente, por ello no procede estimar la acción reivindicatoria. Y es que, al afirmarse que la acción reivindicatoria está prescrita, que falta identificación del objeto reivindicado, es evidente que la «ratio decidendi», en caso alguno, de forma exclusiva, puede apoyarse en dicha prescripción. Paralelamente a esto, la Sentencia recurrida, desestima en el Fallo la solicitud de indemnización por daño moral, y no procede dicho daño moral por cuanto el propio autor divulgó la obra, al participar con ella en el Concurso Nacional de 1915; el Tribunal «ad quem» olvida que repetida obra escultórica que se halla en la Plaza de España, sí, efectivamente ha sido divulgada, pero, es distinta a la que es objeto de nuestra litis, en cuanto que entre ambas esculturas se aprecian diferencias estéticas y notorias que llevaron al escultor, en su derecho moral de autor, a elegir cuál era la obra que debía ser divulgada en el Concurso Nacional, haciéndose constar al respecto, lo siguiente: «al diferir el boceto original de la obra escultórica definitiva, la protección de la propiedad intelectual de uno y otra es distinta y discurre por caminos diferentes.» No procede ese daño moral, porque el propio autor, divulgó la obra, al participar con ella en el Concurso Nacional de 1915, según el artículo 4 de la Ley de Propiedad Intelectual. La propia Sala admite la diferencia existente en-

tre la obra ejecutada a resultas del concurso público, que determinó la participación del escultor y la ejecución material de la obra, con el objeto de la presente pretensión, sobre el boceto original, que, se destaca, son realidades bien distintas, y así la propia Sala lo reconoce, al afirmar que difiere el boceto original —que es objeto de la controversia— de la obra escultórica definitiva. Y es que corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables: 1) decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, y divulgación, al prescribir que se entiende por divulgación de una obra, toda expresión de la misma que con consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público, en cualquier forma y ello no ha acontecido en el caso de autos, al haberse divulgado la obra a través de las posteriores conductas de los codemandados, sin el consentimiento del autor a resultas de sus relaciones negociales, la procedencia de dicho derecho moral indiscutible.

La sentencia recurrida, incurre en incongruencia por con tradición interna, porque al no estimar ni declarar la pretendida y pedida nulidad del contrato celebrado entre los demandados por la venta de la copia en bronce, es evidente que la actividad no puede ser ilícita, y en consecuencia, la sentencia combatida incurre en incongruencia por contradicción interna en sus fundamentos y el fallo. Se denuncia igualmente la incongruencia «ultra petita» o «por exceso», porque se insiste no plantean los actores en su demanda, ni pretenden ni piden los derechos de reproducción de la copia en bronce vendida a Kenton S.A. En la demanda solo se pide la posesión física del boceto original al parecer desaparecido al realizarse en bronce, y también se piden los derechos de explotación, declarando la sentencia que los demandantes son propietarios de los derechos de explotación del boceto original. Y es que conforme a doctrina consolidada de la Sala, el objeto de protección es la obra creada por su autor, es decir, la obra originaria o primigenia, siendo original de una obra cuando en sentido subjetivo, y en sentido objetivo, cumple cuanto se expone, y bien la recoge la Sentencia recurrida cuando quiere proclamar que una cosa es el derecho de propiedad sobre la obra original, que es el objeto protegido por la Ley de Propiedad Intelectual, y que es el objeto de los derechos de su explotación o de su reproducción, y otra distinta es el derecho de su explotación o de su reproducción sin embargo, la sentencia desfigura esta distinción y opta por no expresarla con la indicada claridad cuando pone el acento y especial énfasis en un concepto nuevo y equívoco, la creación artística sin el atributo de original. En la obra escultórica original la creación artística original no se incorpora a una materia o soporte ni puede incorporarse después a otra materia distinta, sino que su misma creación se identifica inseparablemente con la materia que el escultor elige y utiliza para su singular y excepcional creación, no existiendo más creación artística protegida por la Ley de Propiedad Intelectual que la que existe en la obra original o ejemplar único creado y terminado por el propio escultor. Se establece que el objeto y el alcance de la propiedad intelectual, se refiere no sólo a la plena disposición de los derechos de carácter personal y patrimonial sino el derecho exclusivo de explotación de la obra sin más limitaciones que las establecidas por la Ley, y éstos derechos de autor son independientes y compatibles con la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que esté incorporada la creación material, se subtraya, pues, ya la propia independencia que tienen dichos derechos de explotación de la propiedad del objeto de la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual,

prescripción que, sin lugar a dudas, debe relacionarse con el objeto de dicha propiedad intelectual y que se especifican en su artículo 10, al sancionar que son objeto de propiedad intelectual, las creaciones originales expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, soporte que incluye al correspondiente boceto, de donde se colige, la verdad de la distinción existente entre el derecho sobre la cosa material o respectivos soporte o boceto cuya posesión, se puede admitir pertenecía al codemandado y los correspondientes derechos de explotación los cuales están reconocidos en el artículo 17 del mismo texto legal citado, cuando afirma que corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra y en especial los derechos de reproducción, esto es, derechos de explotación que están independizados de los derechos de propiedad sobre la cosa material. Se añade aún más por la Sala, la cual afirma que aunque el contrato de cesión del objeto no se declare nulo y esa cesión es posible sobre el boceto hoy existente, ello no obsta al reconocimiento de los derechos de explotación a favor de los actores, pues, en caso alguno, pudieron transferirse los mismos por el codemandado a la entidad codemandada ya que no le correspondían.

Termina la Sala resaltando que por el cambio del boceto original que era de yeso por el actual existente de bronce no sólo se carece de derecho por los actores para reivindicar el mismo sino que ha de prevalecer para desconocer los derechos de propiedad intelectual sobre la explotación de la creación artística correspondiente, aparte de que se denuncia la contradicción porque pese a que la cesión de derechos entre los codemandados fue válida no se permiten los efectos de su explotación comercial.

**EL DESPLAZAMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA. CONTRATO DE CAUSA INEXPRESADA Y DE ABSTRACCION PROCESALES. UN CONTRATO CAUSAL ATÍPICO. (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1998.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Las Palmas en Sentencia de 12 de julio de 1994 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5.ª) en Sentencia de 9 de diciembre de 1996 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

*Doctrina de la Sentencia.*—En lo atinente a la presente litis queda perfectamente demostrado que la causa del reconocimiento de deuda no la constituyen honorarios adeudados por quien las asume, cuando lo cierto es que aquella razona sobre el desplazamiento de la carga de la prueba —a lo que aludíamos al dar título a nuestro comentario— y que impone el artículo 1.277 del Código Civil, de manera que, mientras no se pruebe lo contrario, debe presumirse la existencia de la causa, lo que desde luego, no significa que el negocio abstracto esté admitido; ésta doctrina se aplica al asunto enunciado, añadiendo «máxime cuando en el documento que recoge el indicado reconocimiento hay una expresión de la causa «en concepto de honorarios», lo que lo convierte más que en un contrato de causa inexpressada y de abstracción procesal, en un contrato causal atípico, alcanzando el reconocimiento de deuda efectos constitutivos, que conlleva no sólo el facilitar a la actora un medio de prueba sino el dar por existente una situación de débito contra el demandado.

No se está en presencia de un proceso donde sea exigible la legitimación inicial documentada y la demanda se formula por quien aparece como sujeto de una relación jurídica contra los que tienen interés y pueden ser afectados por la sentencia. La condena contra el esposo o la mujer, puede acarrear responsabilidad patrimonial no sólo sobre los bienes propios de cada cónyuge sino además sobre los de la sociedad de gananciales y para que pueda hacerse efectivo el embargo de los bienes y, con ellos la deuda se exige que la demanda haya sido dirigida contra ambos cónyuges o que sea notificado en el supuesto del artículo 1.373 del Código Civil, cuidando el precepto de puntualizar «basta-rá» sin que se excluya la posibilidad legal de demandar a los dos cónyuges. La precisión de la condena sobre los bienes en el supuesto que no existan bienes propios o que estos sean insuficientes será hecha efectiva sobre los bienes de la sociedad conyugal. Se añade además que, la asunción personal por el recurrente del pago al actor de la suma reconocida como deuda, constituye un acto a título gratuito ya que el asumente no obtuvo ninguna utilidad, ventaja, ni compensación patrimonial o económica.

**LA PRUEBA DE PRESUNCIONES.** (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de El Ferrol en Sentencia de 18 de marzo de 1992 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 3.ª) en Sentencia de 29 de noviembre de 1993 estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

*Hechos.*—Don José Manuel Alonso Martínez demanda a la Administración General del Estado, a don José Manuel García Prieto como propietario de la embarcación «Elenita» y a «Seguros Galicia S.A.», aseguradora de dicha embarcación. Alegaba que, la de su propiedad «Acacio Vale» había sido abordada por «Elenita» cuando se encontraba en el muelle de Cariño haciendo el avituallamiento para salir a la mar. Se hizo a la mar sobre la 15 horas no notando nada anormal y a las 17 horas 10 minutos se abrió una vía de agua, inundando rápidamente la sala de máquinas, sin que pudiese achicarse el agua, produciéndose el hundimiento del «Acacio Vale».

*Doctrina de la Sentencia.*—Es lógico pensar que cuando fue autorizado a salir no lo debía de haber sido, ya que sus condiciones (del barco) no eran buenas, el hundimiento lo demuestra, y el responsable no puede ser el Armador sino quien le da permiso para salir tras realizar unas obras que le fueron impuestas por la inspección de buque. El buque que se hunde como consecuencia de las averías sufridas al ser colisionado por el buque «Elenita», averías reparadas provisionalmente e inspeccionadas por la codemanda la Inspección de Buques de La Coruña y Lugo, que las consideró suficientes para trasladarse cuando no lo eran en realidad.

Se trata aquí de convertir la casación en una tercera instancia, ignorando al parecer que la Sala no puede volver a valorar nuevamente todas las pruebas en autos, y el que en la instancia no se haya hecho uso de la prueba de presunciones no es censurable en casación ni obliga a la Sala a suplir la omisión, salvo en los supuestos excepcionalísimos en que de los hechos probados se desprenda unas conclusiones necesarias y evidentes, lo que no ocurre en nuestra litis.

**HECHO BASE Y HECHO DEDUCIDO. PRESUNCION GENERICA EN SUPUESTOS CONCRETOS. LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO.**  
(SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Bilbao en Sentencia de 27 de enero de 1993 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4.ª) en Sentencia de 19 de noviembre de 1993 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

*Doctrina de la Sentencia.*—Se denuncia la aplicación indebida del artículo 1.253 del Código Civil por cuando exige que «entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, y es que es ajeno a la técnica impugnatoria de la presunción tal proceder que no ha sido utilizada por el órgano judicial y, por ello, según reiterada doctrina jurisprudencial, cuando el juzgador de instancia no hace uso de presunciones, para fundamentar su fallo, y sí, de lo que deriva de las pruebas directas, obrantes en autos, no resulta infringido dicho precepto. Tampoco son presunciones, en sentido técnico las máximas de experiencia o deducciones o inferencias lógicas, basadas en la experiencia jurídica y vital, también calificadas como juicios hipotéticos obtenidos de hechos o circunstancias concluyentes, determinantes de conclusiones razonables en un orden normal de convivencia que, precisamente por ser razonables no cabe impugnar.

También se denuncia la infracción de los artículos 1.248 del Código Civil y 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y nos hallamos ante un problema, como sucede en lo anteriormente expuesto, de revisión probatoria, sin tomar en consideración que la apreciación de la prueba de testigos es discrecional para el juzgador y no impugnabile en casación ya que ambos preceptos no contienen reglas de valoración probatoria tasada.

En cuanto a la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al «levantamiento del velo en la persona jurídica», nada tiene en común con las cuestiones que se debaten. Es sabido que, los contratos sólo producen efecto entre las personas que los otorgan, según dispone el artículo 1.257 y concordantes del Código Civil, correspondiendo a la persona que contrató la prestación de servicios el pago de los honorarios profesionales. El Tribunal no alcanza a ver la aplicación al caso de autos, de la doctrina del «levantamiento del velo» en la persona jurídica, la cual proscribire la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado, si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros, lo cual no acontece en nuestro caso.

**LAS NORMAS INTERPRETATIVAS DE LOS CONTRATOS. ARTICULOS 1.281 Y SIGUIENTES DEL CODIGO CIVIL.** (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 13 de los de Málaga en Sentencia de 23 de febrero de 1993 estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.ª) en Sentencia de 18 de octubre de 1993 confirma la dictada en Primera Instancia.

No triunfa el recurso de casación.

*Hechos.*—Con fecha 9 de febrero de 1988 Don Enrique Bolín Pérez-Argemí, en representación de la comunidad formada con sus padres, concierta con el Banco Hipotecario de España un préstamo con garantía hipotecaria y después otro. Ambos préstamos se convienen con los mismos pactos y condiciones y a los dos les sirven de garantía hipotecaria las mismas fincas que constituyen en la realidad física un hotel llamado «La Roca». El plazo de duración del préstamo se establece en un «período fijo» de un año, que podía prorrogarse por semestres sucesivos hasta alcanzar como máximo la duración total de quince años. Para la devolución del capital se fija un período de carencia durante los dos primeros años, abonándose mientras tanto por semestres vencidos al interés pactado. El «período fijo» del primer préstamo finalizó el día 1 de febrero de 1989, y respecto al segundo se agotó este período el día 1 de marzo de 1990, comenzando a partir de éstas fechas el sistema de prórrogas semestrales; cómputo efectuado a partir de la fecha inicial del mes en que se formalizaron los préstamos. Ambos préstamos fueron liquidados por el Banco con fecha 11 de julio de 1990 y se realizó la escritura de cancelación con fecha 20 de noviembre de ese mismo año.

*Doctrina de la Sentencia.*—Sin olvidar el criterio jurisprudencial de atribuir la facultad hermeneútica de los contratos a los tribunales de instancia, concediéndose solo competencia casacional en esta materia, cuando se ha demostrado que el proceso ha sido ilógico o que ha existido una notoria infracción legal, hemos de coincidir con la Audiencia que, en el presente caso, la literalidad de las cláusulas contractuales como primera regla interpretativa no dejan margen para la duda. Las partes convinieron que para la duración del contrato se estableció un «período fijo» de un año, a partir del cual podría prorrogarse el mismo por semestres sucesivos, que empezarían a contarse desde el día siguiente en que finalizara dicho período. En el caso que nos ocupa éstos «semestres de prórroga» empezaron a surtir efecto a partir de los días 1 de febrero de 1989 y 1 de marzo de 1990, respectivamente. Es decir, el primer préstamo se encontraba el día en que el Banco hace la liquidación total (11 de julio de 1990) en su tercer semestre, que finalizaba el 1 de agosto de 1990, y para el segundo préstamo corría solo el primer semestre, cuyo final coincidía con el 1 de septiembre de ese mismo año.

Si el Banco llegó en algún momento a entender que, respecto al préstamo, la notificación convenida para llevar a cabo la cancelación (notificación que debía efectuarse un mes antes del vencimiento semestral) no se había cumplido, pudo perfectamente negarse a admitir la cancelación que se solicitaba respecto a dicho préstamo, pero en ningún caso estaba facultado para convertir ese supuesto incumplimiento en una pena indemnizatoria que nadie había previsto ni pactado. Ya lo que se acaba de mantener cabe añadir que al presente caso procede aplicar, como norma supletoria de carácter general, la vigente Ley 24/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en cuyo artículo 10 apartado c) números 3, 4 y 5, se recoge el espíritu de equilibrio equitativo entre las partes que debe presidir la contratación, evitando condiciones o interpretaciones abusivas o penalizaciones que no se correspondan con prestaciones adicionales, expresadas con la debida separación y claridad, y susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso, ello al decir de la Sala, y cuyas circunstancias no se dan en el supuesto que comentamos.

*LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS.* (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Gerona en Sentencia de 5 de mayo de 1992 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Gerona (Sección 1.ª) en Sentencia de 7 de junio de 1993 revoca la de Primera Instancia.

No prospera el recurso de casación.

*Doctrina de la Sentencia.*—La base de la sentencia objeto de casación ha sido la interpretación de los contratos de autos, sobre lo que hay que puntualizar que la labor de interpretación corresponde al Tribunal *a quo* que sólo puede ser revisado en casación si resulta equivocada, ilógica o contraria a las normas. En este sentido, tal como dice la Sentencia de 5 de marzo de 1997: «la interpretación de los contratos es una función encomendada a los Tribunales de instancia cuyo resultado hermeneútico ha de ser mantenido y respetado en casación a no ser que el mismo sea ilógico o contrario al buen sentido o a la Ley o haya incidido en manifiesta equivocación»; así lo han expresado, entre otras muchísimas, las Sentencias de 26 de septiembre de 1996, 5 de octubre de 1996, 4 de octubre de 1996, 21 de octubre de 1996 y 24 de febrero de 1998, por citar las más recientes. Y por otra parte, la Sentencia de 30 de junio de 1996 dispone: «Es doctrina reiterada en numerosas sentencias de esta Sala la de que las normas o reglas de interpretación contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al párrafo primero del artículo 1.281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con carácter subsidiario, respecto a la que preconiza la interpretación literal. Consecuencia de ésta subsidiariedad que existe entre dichos preceptos interpretativos es la doctrina también reiterada por esta Sala de no ser admisible la cita del artículo 1.281 del Código Civil sin especificar cual de sus dos párrafos es el que se considera conculcado por la sentencia recurrida ya que, dado el criterio interpretativo que en casa uno de ellos se sienta es claro que no pueden ser infringidos ambos en el mismo sentido, en este caso, por inaplicación».

La parte recurrente formula la violación de la doctrina jurisprudencial sobre la excepción o principio de litis consorcio activo necesario. Siendo el litisconsorcio la situación en que hay una pluralidad de personas, como demandantes o como demandados, supone una acumulación subjetiva de acciones y se le aplicarán los requisitos del artículo 154 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El caso de varios demandantes es el litisconsorcio activo; el de varios demandados, el pasivo; pero solamente en este último se da litisconsorcio pasivo necesario, cuando la sentencia debe necesariamente pronunciarse respecto de varias personas conjuntamente y no respecto de una sola, pudiendo dejar en indefensión a aquéllos que no han sido demandados y que les podría afectar. Pero no hay litisconsorcio activo necesario: nadie puede obligar a otro a que sea codemandante. Queda bien constituida la relación jurídico procesal en que uno o varios demandantes, con legitimación activa, como en el presente caso, ejercitan una acción, sin que traigan, ni puedan traer, otros posibles interesados como codemandantes.

**LOS ARTICULOS 1.127 Y 1.281 DEL CODIGO CIVIL. LA CLAUSULA RELATIVA AL PAGO DE INTERESES DE LA CANTIDAD APLAZADA DEL PRECIO, SE CONVINO EN FAVOR DEL COMPRADOR Y DEL VENDEDOR. INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS. (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1998.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 17 de los de Valencia en Sentencia de 13 de enero de 1992 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.ª) en Sentencia de 20 de enero de 1994 estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

*Objeto de la presente litis.*—Nos encontramos ante un contrato de compraventa de acciones y que afecta concretamente a la cláusula del contrato denominada «Precio de la compraventa».

*Doctrina de la Sentencia.*—Distinguimos en el presente caso: a) Con relación al artículo 1.127 del Código Civil que se está en presencia de una convención de aplazamiento de pago de cantidad con prestación de intereses, estipulada en beneficio del deudor, de conformidad con lo establecido en su último párrafo, y así la sentencia declaró «que en las obligaciones a plazo, caracterizadas por pactar los contratantes que su cumplimiento será exigible en una fecha determinada, en principio se presume que el término se establece en beneficio de acreedor y deudor a no resultar otra cosa del tenor o circunstancias de la obligación, según establece el artículo 1.127, que ha modificado el Derecho Romano, el cual lo reconocía solo en utilidad o provecho del deudor, por lo que para la no aplicación de esa presunción es necesario que se justifique lo contrario, ya que es solo *iuris tantum* y siempre ha de pactarse la modalidad de la obligación a término de un modo expreso, por ser necesario que conste con claridad la voluntad de las partes sobre ello...», y es que si el plazo ha sido establecido por o en beneficio del deudor, puede éste renunciarlo y pagar antes del vencimiento, de acuerdo con el sentido que informa el artículo citado, y ha de entenderse que en ese exclusivo beneficio se concertó, si en la escritura se hizo constar, quedaba autorizado el deudor para hacer entrega a cuenta a su conveniencia. Pero en realidad, es bien sabido que la interpretación de los contratos es facultad privativa de los tribunales de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer a menos que se demuestre sea ilógico o absurdo o que incida en un evidente error. En este aspecto, la Sala «a quo», llega a diversas conclusiones, siendo una de ellas la relativa a que es de premiar el pronto pago sin el abono de intereses, y el sancionar al moroso o tardío cumplimiento de la obligación aplazada de pago con el devengo anual de un interés. Y es que la cláusula fue establecida tanto en beneficio del acreedor como en el del deudor, con lo cual, carece de base sólida la tesis que se propugna en el motivo respecto a estarse en presencia de un aplazamiento de pago de cantidad con prestación de intereses estipulada en beneficio del deudor, y con lo cual no puede imputarse a la Sala de instancia haber infringido el artículo 1.127 del Código Civil, tan reiterativamente citado.

b) Con relación al artículo 1.281 del Código Civil, se invoca su infracción, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial contenida entre otras en las Sentencias de 24 de junio de 1964, de 3 de octubre de 1980 y de 6 de octubre de 1989, al decir de la Sala, pues la misma llega a la conclusión dejando de

manifiesto la subsidiariedad del resto de las normas interpretativas y si bien es cierta la prevalencia del artículo 1.281 sobre el resto de las demás reglas interpretativas, que no lo es menos que del propio tenor del artículo se infiere que la interpretación gramatical o literal de las cláusulas ha de estar referida a la conexión de las distintas partes de la cláusula que no dejen duda sobre la intención de los contratantes, y en el presente caso, la interpretación efectuada es exclusivamente literal, efectuando un ejercicio de «deducción» que no de recta interpretación, prescindiendo de la verdadera voluntad de los contratantes.

I. M. E.

**CONTRATO DE OPCION DE COMPRA.** (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Almería en Sentencia de 15 de julio de 1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Almería en Sentencia de 27 de septiembre de 1994 desestima el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación interpuesto por la entidad «Ofitec Almería S.A., de Construcciones» y no ha lugar el interpuesto por la también entidad «Hostelera del Sureste, S.A. (Hosusa)».

*Hechos.*—«Hostelera del Sureste, S.A.» («Hosusa») dispone de apartamentos distintos de los comprendidos en la compraventa y una vez confirmada la enajenación por «Ofitec Almería, S.A., de Construcciones», procede a comunicar su deseo de optar por los que eran objeto de promesa de venta.

*Doctrina de la Sentencia.*—La congruencia de las Sentencias se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la decisión judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede otorgar más de lo pedido en la demanda, ni menos de lo admitido por el demandado, ni otorgar alguno pretendido y, en este caso, aparece adecuación entre los planteamientos de las partes y el fallo.

«Ofitesa», por su parte, en el escrito de contestación a la demanda, ha planteado una excepción de falta de legitimación pasiva, aparte de que, se afirmaba dueña de seis apartamentos objeto de litigio, negaba su venta a «Hosusa» y se oponía a la opción de compra de los cincuenta y cinco apartamentos ejercitada por la demandante por falta de prueba documental de que ésta fuera propietaria de los mismos.

La Sentencia de la Audiencia argumenta por su parte que la evidencia de las relaciones contractuales con la entidad demandada, quien había vendido los apartamentos objeto de la OPCION ejercitada por el actor y el hecho acreditado de que algunos figuran a su nombre en la inscripción registral, avalan su necesaria presencia en la litis en orden a garantizar la efectividad de las transmisiones y el otorgamiento de la escritura pública correspondiente.

**CONTRATO DE OBRA.** (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 14 de los de Madrid en Sentencia de 17 de junio de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provin-

cial de Madrid (Sección 13.ª) en Sentencia de 8 de noviembre de 1993 confirma la anterior.

No triunfa el recurso de casación.

*Doctrina de la Sentencia.*—La relación jurídica existente y prevalente entre las partes litigantes —actora y demandada—, ambas recurrentes en casación DERIVA de un contrato de obra, en el que la parte actora se obligó a la ejecución de una compleja obra y la parte demandada se obligó a pagar un precio cierto y determinado, contemplado este contrato con carácter general en el artículo 1.544 del Código Civil, y con carácter específico el contratista —parte actora— se obligó también al suministro del material, como contempla el artículo 1.592, pactándose también los parciales.

**LOS ARTICULOS 359 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y 1.103 DEL CODIGO CIVIL.** (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Córdoba en Sentencia de 1 de septiembre de 1993 estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3.ª) en Sentencia de 29 de diciembre de 1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

Se desestiman los recursos de casación interpuestos.

*Objeto de la litis.*—Se concreta en este caso la utilización de un solo caserío cuando se tienen varios cortijos, o que el pernocte en el campo tiene acentuado peligro de robos y hurtos de todo tipo, no deben pasar de ser considerados como conocimientos personales que pueden ser ciertos o no, pero que carecen de la generalidad suficiente, para que puedan fundamentar cualquier actuación procesal y ni mucho menos una actuación procesal compensatoria equitativa que es la que proclama el artículo 1.103 del Código Civil.

*Doctrina de la Sentencia.*—Reiterada doctrina jurisprudencial emanada de Sentencias de la Sala, establece que la congruencia que exige el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la sentencia como suma resolución judicial, es la que exista una conformidad entre la parte dispositiva de la misma y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes durante el período expositivo del pleito, tanto en lo que afecta a los elementos subjetivos y objetivos de la relación jurídica procesal, como en lo que atañe a la acción ejercitada, sin que sea lícito al Juzgador alterar ni modificar la causa de pedir.

Por lo atinente al artículo 1.103 del Código Civil, al que aludíamos al dar denominación al comentario de la presente Sentencia, parte de la base de una actuación negligente en el sentido estricto por parte del obligado a indemnizar daños y perjuicios por un incumplimiento de sus prestaciones contractuales, y a partir de dicho parámetro inexcusable, se permite en aras de una actuación judicial equitativa, que el Juzgador modere la cuantía de la indemnización. Y es que es cierto, que la valoración jurídica de la correcta aplicación del instituto compensatorio del aludido precepto corresponde a la instancia y en principio excede del ámbito de la casación, puesto que el mismo se ha de efectuar con gran grado de discrecionalidad y con base en general al prudente arbitrio de los Tribunales. Pero también es cierto que dicha facultad cuasi exclusiva de los Tribunales de instancia, si resulta acreditadamente errónea, ilógica, disparatada o improcedente puede ser revisada en casación.

En nuestra litis no queda más remedio que estimar improcedente la actuación compensataria efectuada en la Sentencia recurrida, desde el instante en que la función equitativa que permite dicho artículo 1.103 del Código Civil, sustentada asimismo por el artículo 3.2 de dicho cuerpo legal, la fundamental en la que la misma se denomina, *unas máximas de experiencias*, usado por el Tribunal «a quo» no con carácter empírico sino como lo que se conoce procesalmente como «hechos notorios» o sea como datos que el Tribunal atribuye por causa de su general conocimiento efectos probatorios, y para que esos hechos puedan actuar en el área probatoria del proceso han de tener unas características rotundas de ser conocidas de una manera general y absoluta.

**INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION PACTADA DE GARANTIA DE LAS INSTALACIONES VENDIDAS. (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1998.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de los de Albacete en Sentencia de 23 de febrero de 1993 estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Albacete (Sala 1.ª) en Sentencia de 27 de febrero de 1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

*Hechos.*—Por contrato de compraventa de 20 de octubre de 1988, la demandada «Matres, S.A.», vendía y garantizaba a la actora «Coaba, S.C.L.», una sólida y esmerada construcción de materiales del objeto de la compraventa y su correspondiente reposición, lo que equivalía al buen funcionamiento y rendimiento del secadero durante tres campañas, y ante el mal funcionamiento las partes acuerdan el 11 de febrero de 1991 ampliar esa garantía en las campañas 1991/92 y 1992/93 y obligación de saneamiento y se obligaba al cumplimiento íntegro de la anterior garantía. Como continúan los defectos del secadero, la compradora reclama el saneamiento en julio/92 por los daños y perjuicios de la campaña anterior 1991/92 ya vencida, en cuanto que la Sala reajuste al ratificar la de Primera Instancia.

*Doctrina de la Sentencia.*—No se persigue con la pretension ejercitada la resolución de las relaciones contractuales de las partes, sino el resarcimiento de los perjuicios irrogados hasta esa fecha por el incumplimiento de la parte demandada. El Tribunal «a quo» hizo constar que por la demandada apelante no se hizo alegación alguna respecto a las excepciones de defecto legal en el modo de proponer la demanda, así como la caducidad. Se emplea, además, por parte de la Sala una presunción que si bien se encuentra en la esencia del enlace preciso y directo que religa el hecho base en el hecho consecuencia se ajusta a las reglas del criterio humano, no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante una verdadera presunción sino ante los hechos que han de ser concluyentes e inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho base diversos hechos consecuencia, y lo que se ofrece al control de la casación a través del artículo 1.253 del Código Civil es la sumisión a la lógica de la operación deductiva.

Hemos de añadir que la calificación jurídica de todo contrato responde a una labor de interpretación, y ésta es facultad privativa de los Tribunales de Instancia y su criterio debe prevalecer en casación, aún en caso de duda, a no ser que el resultado fuese notoriamente ilógico. Y es jurisprudencia de la Sala la que mantiene que quien dejó de cumplir el contrato que ha de estarse en

casación a lo resuelto por la Sala de instancia, mientras no se impugne por vía adecuada; el problema de incumplimiento o cumplimiento es cuestión de hecho impugnabile por la vía del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (tras la reforma de la Ley 10/92, de 30 de abril, como error de derecho en la apreciación de la prueba) pudiendo revelarse la voluntad de incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor, pero sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión *voluntad deliberadamente rebelde*, que sería tanto como exigir *dolo*, y bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes sin precisarse una tenar y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, se reitera en definitiva el incumplimiento acreditado de la Sala «a quo» auténtica cuestión de hecho que debe prevalecer.

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. LEY 50/1980 DE 8 DE OCTUBRE, DE CONTRATO DE SEGURO.** (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia de Lerma en Sentencia de 24 de mayo de 1993 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.ª) en Sentencia de 10 de enero de 1994 desestima los recursos de apelación interpuestos.

Triunfa el recurso de casación.

*Hechos.*—La causa del presente caso se circunscribe al accidente que tuvo lugar con fecha 1 de febrero de 1989 y que produjo la muerte de don Gerardo Aparicio Rincón cuando el tractor conducido por don Heliodoro Ballesteros realizaba faenas agrícolas. El tractor arrastrando la grada compuesta de ruedas metálicas, labraba la finca del infortunado, al tiempo que éste se dedicaba a quitar piedras que pudieran molestar la tarea. En base a lo que establece la Ley de Seguro, las condiciones generales, en ningún caso, podrán tener a carácter lesivo para los asegurados y habrán de incluirse por el asegurador en la póliza que se suscriba, *como sucede en el caso de autos* en donde las partes están de acuerdo en el CONTENIDO, su inclusión y sólo discrepa la aseguradora en que la póliza no contiene ni cláusula LESIVA ni LIMITATIVA de derechos de los asegurados. Criterio que ha de prevalecer puesto que la delimitación de cobertura no tiene en principio carácter lesivo, sino que es un elemento esencial del contrato para que pueda nacer la obligación de la aseguradora, según la propia definición del seguro que ahora vamos a ver.

*Doctrina de la Sentencia.*—Se define el *contrato de seguro* como aquél por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento, cuyo RIESGO es objeto de cobertura, a indemnizar a los límites pactados el daño producido al asegurado. Para que surja, pues, la obligación de indemnizar es preciso que se haya producido el siniestro, que es la efectiva y concreta realización del riesgo, y que ésta sea objeto de la cobertura de la póliza.

Así las cosas, como el *siniestro* es una *realidad*, hay que analizar la cobertura del contrato, y para ello tener en cuenta que el *accidente* no fue de los que la legislación califica de circulación, y así lo abona la nulidad de clarada del título en sentencia del juicio ejecutivo promovido a su amparo. La elección del juicio de menor cuantía que no es el utilizable para los procesos derivados de circulación de vehículos de motor (según establece la Disposición Adicional Primera

de la Ley Orgánica de 21 de junio de 1989), y que paladinamente deja claro la póliza que se titula «Póliza de Seguros de Automóviles» en la que se pacta la cobertura de la responsabilidad civil de suscripción obligatoria a la que se añade la responsabilidad civil voluntaria de cuantía ilimitada. Este seguro voluntario del automóvil estaba a la sazón sujeto a modelo reglamentado por la Dirección General de Seguros en Resolución de 13 de abril de 1981, cuyo artículo 2.2 excluye de la cobertura de las pólizas... «hechos producidos por vehículos de motor que desempeñen labores industriales o agrícolas... con ocasión de éstas y no sean consecuencia directa de la correspondiente labor industrial o agrícola». Así como el siniestro se produjo en tareas agrícolas, pues tal es labrar con el vehículo arrastrando el apero conocido como grada, es evidente que no fue un hecho de la circulación.

**EL PRINCIPIO «PRO ACTIONE» SE PUEDE ENCLAVAR EN EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA QUE SE PROCLAMA EN EL ARTICULO 24 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA. LA SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR. (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1998.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Avila en Sentencia de 11 de enero de 1993 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Avila en Sentencia de 22 de noviembre de 1993 desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

*Doctrina de la Sentencia.*—Se contradice en este nuestro caso, la esencia de la naturaleza del recurso de casación al estimar como infringido en un solo motivo una heterogénea de preceptos del Código Civil y estableciendo además una interrelación entre ellos destaca el precepto la pauta hermenéutica de la regla del juicio, el que trata de comentar y convertir el significado de la buena fe y de la oportunidad o temperatividad, como requisitos de la renuncia unilateral dentro del contrato de sociedad, un artículo genérico o medial que nunca podrá servir de base como infringido en un motivo casacional, el que establece y recoge el carácter sinalagmático de la compraventa y el que determina el importante juego que en el mismo tiene el PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, estos dos últimos con el precepto que define y explica el contenido del contrato de compraventa.

En realidad se hace supuesto de la cuestión al tratar de partir de un supuesto fáctico distinto del que aparece claramente constatado en el proceso. Pero además, se afianza tal desestimación, trayendo a colación la doctrina pacífica y consolidada de la jurisprudencia de la Sala, que viene manifestando que el cumplimiento o incumplimiento contractual, que la existencia o inexistencia del contrato y el alcance de la obligatoriedad de las relaciones contractuales, son cuestiones de hecho, totalmente excluidas del campo de la acción del recurso extraordinario de casación.

En el presente caso, al confirmar en todos sus extremos la Sentencia recurrida, la de Primera Instancia, y al desestimar ésta, la demanda pretendida por la parte actora, ahora recurrente, no cabe lugar a duda la correcta aplicación de la teoría del vencimiento procesal, basado en el principio «victus victoribus», y aunque la posibilidad de dulcificar tal teoría se está abriendo paso en la doctrina e incluso en la jurisprudencia de la Sala, no se puede olvidar,

sino más bien el destacar el dato de que la quiebra del principio del vencimiento objetivo en materia de costas procesales, supone en principio una «discrecionalidad razonada» que corresponde ser apreciada por el Tribunal «a quo» no siendo susceptible de revisión casacional salvo en especiales circunstancias que no se dan en nuestra litis.

**EL CONTRATO ABSTRACTO. SU CONCEPTO. RECONOCIMIENTO DE DEUDA.** (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Málaga en Sentencia de 14 de abril de 1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.ª) en Sentencia de 12 de enero de 1994 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

*Hechos.*—Don Matías Soler Sarmiento promueve juicio declarativo de menor cuantía contra don Bernardo Moreno Rodríguez sobre declaración de vencimiento de deuda reconocida en virtud de documento privado de fecha 1 de junio de 1989, y es que el señor Moreno Rodríguez *reconoce* adeudar conforme al documento privado citado una determinada cantidad de dinero fruto de sus relaciones comerciales y se compromete a su abono mediante el pago de unas letras de cambio, de vencimientos mensuales consecutivos.

*Doctrina de la Sentencia.*—Se denomina contrato abstracto *aquel cuya declaración de voluntad no expresa causa, al permanecer oculta en la intención de los contratantes*, pero su existencia es tan esencial como en sales y, por otro lado, se establece una clara presunción *iuris tantum* de la *existencia y licitud* de la causa, que favorece al acreedor al exonerarle de la prueba y desplazar la carga probatoria sobre el deudor. Se permite así asignar al reconocimiento de deuda un carácter eminentemente contractual a no ser que se acredite su ilicitud o inexistencia, como señala la Sentencia recurrida en sintonía con la jurisprudencia de la Sala. Y así en el aspecto probatorio la Sentencia recurrida señala y destaca la ausencia de prueba en torno a un vicio en el consentimiento y se llega a afirmar que en la instancia la falta de prueba acerca de haber mediado error que pueda invalidar aquél requisito esencial, violencia, intimidación y dolo, no constando tampoco, que el deudor hubiera sido inducido con maquinaciones insidiosas a la firma del documento. Y es de decir, que de la lectura del escrito de contestación a la demanda se desprende la existencia de relaciones comerciales entre el deudor y el acreedor, lo que originó la firma del documento cuestionado.

**TERCERA DE MEJOR DERECHO. LAS NORMAS SOBRE CLASIFICACION Y GRADUACION DE LOS CREDITOS RIGEN EN LOS JUICIOS DE TERCERA DE MEJOR DERECHO QUE VIENE A SER UN CONCURSO DE ACREEDORES EN UN PROCESO SINGULAR, DOS EJECUCIONES SIMULTANEAS CON UN MISMO DEUDOR Y LOS MISMOS BIENES.** (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Orense en Sentencia de 6 de abril de 1993 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de

Orense en Sentencia de 20 de diciembre de 1993 estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

*Hechos.*—La entidad «Asfaltos Europeos, S.A.», demanda a la empresa «Corviam, S.A.», sobre tercera, e interesa una Sentencia por la que se declare el mejor derecho de la actora sobre la demandada a reintegrarse con el producto de los bienes subastados al ejecutado «Hermanos Díaz, S.A.», o subsidiariamente a ser satisfecha en la proporción que resulte de la prorrata entre ambos créditos con el producto de los bienes subastados.

*Doctrina de la Sentencia.*—En la presente litis, el establecimiento de créditos PREFERENTES Y PRIVILEGIADOS exige otorgar a los acreedores la calidad del instrumento para hacerlo valer cuando se pretenda sustraer bienes del patrimonio del deudor mediante su enajenación en subasta pública para pagar a otro acreedor, cuyo crédito se encuentra en un punto inferior de la prelación legalmente establecida. La tercera de mejor derecho constituye la respuesta legal a la referida exigencia y se centra en la discusión y comparación del título relativo al crédito con el del ejecutante, frente al deudor común. En este caso, la propia recurrente admite que el título de la entidad tercerista consistente en la sentencia de remate obtenida en el juicio ejecutivo y el del «Corviam, S.A.», relativa a la del juicio ejecutivo de idéntico órgano judicial, son iguales, de igual valor y sin preferencia alguna del primero sobre el segundo, habida cuenta de que ambas resoluciones ganaron firmeza en la misma fecha. De tal forma que, centrada la cuestión litigiosa, la problemática a dilucidar en el debate se sitúa en la determinación de si un título de igual calidad al del ejecutante es adecuado para sustentar la tercera de mejor derecho. En el juicio de tercera de mejor derecho, las partes pueden debatir sobre la preferencia de títulos, que se producirá sobre la totalidad del crédito, si el título es de grado superior, o sobre una parte del mismo, si tiene valor similar, de ahí, la factibilidad del prorrateo y de la aplicación de artículos como el 1.929.2 del Código Civil, tal como la sentencia de la Audiencia efectúa, y no se puede decir que la Sentencia de instancia conceda superior valor a la Sentencia obtenida por «Asfaltos Europeos, S.A.», que a la suya, puesto que sólo atribuye de análoga entidad al de aquella, y por eso, opta por la solución final del referido prorrateo.

El título invocado por la recurrente al no ser preferente no puede amparar con éxito una demanda de tercera de mejor derecho, y por infracción al aludido artículo 1.929 del Código Civil, el crédito que consta en la Sentencia de «Asfaltos Europeos, S.A.», no contiene un mejor derecho y, por consiguiente, no puede prorratear pues no es PREFERENTE al de la recurrente.

**INTERDICTO DE OBRA NUEVA. FALTA DE LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO POR LA SENTENCIA RECURRIDA.** (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia de Tremps en Sentencia de 28 de junio de 1993 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Lérida (Sección 2.ª) en Sentencia de 3 de diciembre de 1993 no ha lugar a los recursos de apelación interpuestos.

El recurso de casación no triunfa.

*Hechos.*—Don Antonio Jordana Paretó promueve interdicto de obra nueva contra don Carlos Luis Isus Castellarnau, recae Sentencia de la Audiencia ratificando la suspensión de la obra acordada por el Juzgado de Primera Instancia. El citado don Carlos Luis Isus Castellarnau formula demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Antonio Jordana Paretó, interesando Sentencia por la que se declare su derecho a continuar la obra. Así, el demandado, además de oponerse, formula reconvencción ordenando la demolición de la edificación, sobre la que le fue anulada la licencia de construcción, se cancele la inscripción obrante el Registro de la Propiedad, la nulidad de la escritura pública que declara la existencia y construcción de la obra que figura inscrita.

*Doctrina de la Sentencia.*—Lo que en realidad se ataca es la declaración de la sentencia recurrida que funda la desestimación de la demanda reconvenccional en la falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido dirigida la demanda reconvenccional contra don Carlos Luis Isus Castellarnau, quien en virtud de escritura pública adquirió por compraventa la mitad indivisa de la finca en que se realizaba la obra objeto del INTERDICTO. Aparte de la defectuosa técnica procesal con que se formula el motivo. Y si en el precedente juicio de interdicto estuvo correctamente dirigida la demanda contra el señor de la obra cuya suspensión cautelar se pedía, propietario único del terreno sin que la cesión por compraventa de la mitad indivisa de la finca a un tercero tuviese repercusión alguna sobre la legitimación pasiva del interdictado en tanto no se cumpla lo prevenido en el artículo 9.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no ocurre lo mismo en el posterior juicio de clarativo, que puede iniciar el demandante del interdicto para ejercitar el derecho de que se creyere asistido para obtener la demolición de la obra, no es una continuación del interdicto que permita aplicar la figura de la «perpetuatio jurisdictionis», de manera que se halla de desarrollar el proceso declarativo entre quienes fueron parte en el interdicto.

*No es aceptable* la similitud que se establece entre la legitimación activa reconocida a favor de don Carlos Luis Isus Castellarnau para demandar el alzamiento de la suspensión de la obra actuando en su propio nombre y con consentimiento y la correcta constitución de la relación procesal desde el lado pasivo en cuanto a la demanda reconvenccional, pues si bien un comunero está legitimado activamente para litigar en su propio nombre y en beneficio de la comunidad o con el consentimiento de los demás comuneros, no sucede lo mismo si la demanda afecta o se dirige contra una comunidad de bienes en que habrán de ser demandados todos los comuneros, independientemente de que alguno de ellos tenga la representación voluntaria de los restantes copropietarios conocida a través de la demanda principal la situación de proindivisión de la finca en que se inició la construcción litigiosa, el actor interdictante debió de dirigir su demanda contra ambos copartícipes, lógicamente iniciado un procedimiento distinto al no poder dirigir la reconvencción contra quien no era demandante principal sin perjuicio de pedir la acumulación de los autos.

**EXISTENCIA DE CONTRATO BILATERAL ATÍPICO QUE DA LUGAR A OBLIGACIONES RECÍPROCAS O BILATERALES PARA AMBAS PARTES CONTRATANTES. LA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS. (SENTENCIA DE 17 FEBRERO DE 1998.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Las Palmas de Gran Canaria en Sentencia de 18 de octubre de 1990 desestima la excepción alegada. La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 2.ª) en Sentencia de 26 de abril de 1993 desestima el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

*Hechos.*—Con fecha 28 de noviembre de 1979, las partes litigantes don Salvador Lleó Díaz, demandante y don Antonio Valle Ramos, demandado, manifiestan que han llegado a un ACUERDO sobre los negocios que llevan en común y el primero cede a la otra parte todas las acciones, participaciones y expectativas que tiene en ellos, y el segundo, como contraprestación entrega un cheque, y se añaden el pacto de que entregado tal cheque don Salvador Lleó Díaz, otorgará los documentos precisos para obtener plena eficacia la transmisión de derechos. Pero tal cheque resultó impagado.

*Doctrina de la Sentencia.*—No nos encontramos en la presente litis ante un contrato de compraventa, ya que no se transmite una cosa por un precio, como regulan los artículos 1.445 y siguientes del Código Civil *sino que una parte cede y se obliga a transmitir sus derechos sobre unos negocios que llevan en común y la otra parte se obliga a pagar un precio*. Tampoco media —aquí— una obligación condicional al expresarse que cuando se haga efectivo el cheque, se hará efectiva la transmisión de aquéllos derechos, pues se trata del cumplimiento efectivo de las obligaciones de ambas partes. Se trata de un contrato bilateral atípico —tal como citábamos dando título al comentario de la presente Sentencia— que da lugar a obligaciones recíprocas o bilaterales, para ambas partes contratantes. Es decir, cada sujeto es a la vez acreedor de una prestación y deudor de otra prestación, de ambas obligaciones bilaterales. Don Salvador Lleó deudor de la cesión de acciones, participaciones y expectativas de su parte en los negocios en común y acreedor de una prestación pecuniaria y don Antonio Valle deudor de ésta y acreedor de la percepción de aquellas acciones, participaciones y expectativas. La consumación del contrato era distinta: don Antonio Valle hizo pago en el acto mediante un cheque, luego renovado y nunca pagado (por falta de fondos), es decir, aplicando al segundo párrafo del artículo 1.170 del Código Civil no llevo a producir los efectos del pago; respecto a la consumación de la obligación correspondiente a don Salvador Lleó relativa a la cesión de acciones, participaciones y expectativas. La cláusula tercera aplazaba la misma hasta que se efectuara el cobro del cheque, que no se había producido. Las obligaciones bilaterales recíprocas o sinalagmáticas producen determinados efectos especiales: la resolución por incumplimiento, que se prevé en el artículo 1.124 del Código Civil, la compensación en caso de mora que contempla el último párrafo del artículo 1.100 del Código Civil y la necesidad de cumplimiento simultáneo de las mismas, lo que se conoce como *exceptio non adimpleti contractus*, que se desprende de los artículos 1.100, 1.124 y 1.308 del Código Civil, sin perjuicio de que la parte que cumple pueda exigir el cumplimiento a la parte que no cumple. Y es que no tiene derecho a exigir el cumplimiento a la otra parte, aquélla que no cumple o no ofrece a cumplir su respectiva

obligacion, si lo hace la otra parte le podrá oponer la *exceptio*, es necesario que quien reclama haya cumplido lo que le incumba. La obligación de desistir de las acciones civiles y penales ejercitadas es una obligación accesoria al contrato de cesión de unos derechos a cambio de un precio. Y el incumplimiento de obligaciones accesorias no da lugar a la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*.

I. M. G.

## C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

### ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

**ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA ACTORA CUMPLE CON LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LA LEY, COMO ES EL DE SER PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA O CULTIVADORA PERSONAL DE LA FINCA.** (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1994.)

El Juzgado de Guernica estimó la demanda y revocó parcialmente la Audiencia de Bilbao.

No se admite la casación. La actora cumple con los requisitos exigidos por la Ley, como es la de ser profesional de la agricultura o cultivadora personal de la finca sin que se haya acreditado que el valor de la finca sea superior al doble del precio que corresponde en la comarca a las de su misma calidad o cultivo, preciso para la exclusión del contrato de arrendamiento de que se viene haciendo mención de la aplicación de la Ley de Arrendamientos. En modo alguno se desprende de la prueba realizada que la actora reconozca carácter de la cualidad de profesional de la agricultura. La valoración de la prueba corresponde a los órganos de instancia, pudiendo hacerlo de acuerdo con los criterios que le propone la sana crítica y sin que las conclusiones que de ello se obtengan puedan, salvo ocasiones excepcionales, ser objeto de revisión en vía casacional.

**RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—CUMPLIO EL ARRENDADOR LOS REQUISITOS DE PREAVISO PARA Oponerse a la PRORROGA DEL CONTRATO SIN QUE EXISTA UN PLAZO DETERMINADO PARA PRESENTAR LA DEMANDA DE RESOLUCION.** (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado número 1 de Cáceres estimó en parte la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

Triunfa parcialmente la casación. Se solicitó en la demanda la extinción del arrendamiento por transcurso del término, alegando el arrendador el

deseo de cultivar directamente la finca y, además se pidió determinadas sumas en concepto de Seguridad Social Agraria y Guardería Rural, que habían sido satisfechas por el propietario-arrendador. El Juez estimó la demanda, en cuanto al abono de las sumas debidas, pero la Audiencia Provincial revocó declarando resuelto el contrato, confirmando la anterior en cuanto a las condenas al pago de determinadas cuotas. Confirma el Tribunal Supremo la anterior Sentencia en cuanto al fondo. La notificación fehaciente al arrendatario, para oponerse el arrendador a cualquiera de las prórrogas, ha de hacerse con antelación mínima de un año al comienzo de aquélla, expresando la causa de la oposición sin que se exija ni se fije un plazo determinado para presentar la demanda de extinción del contrato, por lo que el arrendador cumplió los requisitos legales del preaviso. No se ha acreditado renuncia alguna inequívoca y convincente al ejercicio de la extinción del contrato. Sí prospera el recurso en cuanto a las costas que no debieron serle impuestas a la parte demandada la totalidad de las de primera instancia, puesto que los pedimentos del escrito inicial fueron estimadas sólo en parte.

**EXTINCION DE ARRENDAMIENTO.—SUBSISTIENDO EL CONTRATO A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE 1980 ES APLICABLE LA DISPOSICION TRANSITORIA 1.ª-1.ª DE ESE TEXTO LEGAL Y SE RIGE EN CUANTO A DURACION POR LA LEGISLACION ANTERIOR.** (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado de San Lorenzo del Escorial no admitió la demanda declarando admisible la prórroga del arrendamiento por ser inexistentes los contratos de temporada, que encubrían un arrendamiento rústico normal y la Audiencia confirmó.

No se admite la casación. Es inaceptable la tesis del recurrente que pretende hacer tabla rasa de toda la relación arrendaticia desarrollada desde el año 1943 y pretender que la misma se inicia en el año 1982 bajo la vigencia de la Ley actual, reconociéndose por las partes que la finca fue cedida en arrendamiento para el aprovechamiento de los pastos por su propietario, el causante DE LOS RECURRIDOS al causante de los recurrentes y que tal aprovechamiento ha subsistido, sin solución de continuidad, quedando sometido al Reglamento de 1959, que establecía para estos arrendamientos un plazo mínimo de tres años sin prórroga legal alguna. Subsistente el contrato a la entrada en vigor de la Ley de 1980, era aplicable la Disposición Transitoria 1.ª-1.ª de ese texto legal, según la cual los contratos existentes a la entrada en vigor de esta Ley se registrarán en cuanto a su duración por lo establecido en la legislación anterior. Al entrar en vigor el Reglamento de 1959 el contrato queda sujeto automáticamente al plazo de vigencia mínimo de tres años sin prórroga y, por eso, transcurridos tres años las sucesivas prórrogas concedidas tenían carácter convencional y no legal, y no privaban al arrendador de declarar extinguido el contrato al final de cualquiera de ellas y de recuperar la posesión de la finca. En este sentido la Sentencia de 23 de febrero de 1993, ante un supuesto análogo al aquí contemplado, dice que esta regla de la Disposición Transitoria 1.ª ampara judicialmente aquel pacto dado que no prohíbe que tales contratos puedan prorrogarse voluntariamente.

**ACCESO A LA PROPIEDAD.—PROCEDE ESTE DERECHO PORQUE SE IGNORAN LAS CIRCUNSTANCIAS DE LAS PRORROGAS DEL PLAZO INICIAL, HABIENDOSE ACREDITADO QUE EXISTIA EL ARRENDAMIENTO EN EL AÑO 1922. (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1994.)**

El Juzgado número 2 de Azpeitia estimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No procede la casación.

Se ha acreditado que se abonaban rentas en el año 1922, siendo el plazo pactado de cinco años por lo que para el derecho de acceso a la propiedad se precisaría, según la regla 3.ª de la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley de Arrendamientos Rústicos que se hubiese perdido memoria del tiempo por el que se concertaron, pero ese requisito debe interpretarse como desconocimiento de los datos sobre las circunstancias y evolución de los arriendos, lo que ocurre en este caso por ignorarse los términos de las prórrogas que, forzosamente, se produjeron al finalizar el plazo inicial. La condición de arrendatario del actor ha de estimarse justificada y su cualidad de cultivo de directo y personal con afiliación a la Seguridad Social, enlazando su situación en la finca con la de sus antecesores. No obsta que el locatario se halle jubilado, según reiterada jurisprudencia. En cuanto al precio, su fijación es función exclusiva de la Sala, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, basada en la prueba pericial, cuyas conclusiones, salvo supuestos excepcionales, que no concurren en este caso deben ser respetadas en casación.

**EXTINCION DE APARCERIA.—VENCIDO EL PLAZO DE UN AÑO EL APARCERO CONTINUABA EN LA EXPLOTACION DE LA FINCA EN VIRTUD DE TACITA RECONDUCCION Y NO PORQUE SE HUBIERA PACTADO EXPRESAMENTE UN PLAZO DE DURACION SUPERIOR (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1994.)**

El Juzgado de Daimiel desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No procede la casación. Se pretende contradecir la conclusión de la Sentencia impugnada, de que la duración de la aparcería es inferior a un año, cuando existen documentos valorados por el Juez de Instancia no son hábiles para la casación, ya que la interpretación de los mismos corresponde a los tribunales de instancia. El recurrente confunde la duración del contrato, en el sentido de plazo contractual pactado, que, de acuerdo con el artículo 109 LAR no puede ser inferior al tiempo necesario para completar una rotación o ciclo de cultivo con el tiempo durante el cual el aparcero ha venido explotando las fincas dadas en aparcería, con olvido de que en los sucesivos contra los suscritos entre las partes se establece como plazo de vigencia el de un solo cultivo de remolacha, quedando rescindido a su recolección, salvo acuerdo expreso entre las partes y, si al finalizar el contrato de 1985, el aparcero siguió cultivando las fincas, ello fue en virtud de tácita reconducción y no porque se hubiese establecido un plazo de duración superior a un año que hubiese hecho necesario el preaviso requerido en el artículo 109.2.º de la Ley para dar por extinguido el contrato.

**RETRACTO.—NO PROCEDE PORQUE EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ES SIMULADO E INEXISTENTE, COMO SE DEDUCE DE LAS RELACIONES FAMILIARES EXISTENTES ENTRE LAS PARTES, CON EVIDENTE FRAUDE DE LA LEY.** (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado de Barbastro desestimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No se admite la casación. Las pruebas practicadas evidencian la efectiva existencia del fraude de ley afirmado por el Juzgado al no ser en realidad un tercero sino los propios deudores hipotecarios quienes, sirviéndose del manto protector de una persona jurídica de la que son los únicos socios junto con un hermano el cual, sin duda alguna, por la estrecha relación familiar, conocía perfectamente la situación jurídica de las fincas y la pretensión real buscada por sus hermanos, cuya titularidad perdieron al ejecutarse la garantía real que habían constituido sobre las mismas sin haber satisfecho en su día la deuda garantizada y sin acudir a ninguna de las vías contempladas en el mismo procedimiento hipotecario, concertando con dicha sociedad, es decir, con ellos mismos, un contrato de arrendamiento que debe reputarse simulado e inexistente. La subsistencia del derecho personal arrendaticio sobre la finca hipotecada entra en crisis en supuestos de mala fe y afán fraudulento, del modo proclamado en las Sentencias de 31 de octubre de 1986 y 23 de diciembre de 1988 y, en casos de simulación, como el de las Sentencias de 17 de octubre de 1985 y más recientemente, en la de 23 de febrero de 1991.

C. R. R.

#### ARRENDAMIENTOS URBANOS

**RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA.—LA CITACION SE HIZO AL DOMICILIO QUE CONSTABA EN EL CONTRATO Y QUE ERA EL QUE VENIA OCUPANDO POR LO QUE NO EXISTIO LA MAQUINACION FRAUDULENTE ALEGADA.** (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1994.)

El Juzgado número 1 de Gijón estimó la demanda.

No prospera la revisión. La citación por edictos se hizo, porque la hecha al domicilio que figuraba en el contrato de arrendamiento y que era el que venía ocupando el arrendatario sin constancia de la existencia de algún otro en la localidad y el emplazamiento edictal se llevó a cabo, en virtud de las manifestaciones efectuadas por los vecinos del inmueble, al no ser encontrado dicho señor cuando se intentó la citación personal en el referido domicilio, con lo cual el actor y el juzgador adecuaron su proceder a las disposiciones de la LEC sobre notificaciones y emplazamientos y aún cuando aquellas manifestaciones fueron realizadas por los hermanos del actor, ello no desvirtúa el hecho innegable de que el demandado no fue localizado en su domicilio, sin que se desprenda de lo actuado la prueba de que los familiares del actor hubieran procedido con malicia en el expresado acontecer. Por tanto no existió la maquinación fraudulenta, en cuya virtud se hubiera ganado injustamente la sentencia recaída.

**RECLAMACION DE CANTIDAD.—NO SE DAN LOS REQUISITOS DEL ARTICULO 32 LAU PARA LA EXISTENCIA DEL TRASPASO. (SENTENCIA DE OCTUBRE DE 1994.)**

El Juzgado de Llerena estimo la demanda y confirmo la Audiencia provincial.

Triunfa la casación. Existe un documento en el que la entidad arrendataria pacto el traspaso del local a dos de sus empleados, que no se realizaría hasta que no esté totalmente abonado el importe de las existencias que se relacionaban, continuando entretanto el negocio a nombre de dicha entidad que llevaría el control del mismo. A continuación se fija el precio de las existencias más otra cantidad de cuenta de clientes, pactando la forma de pago y se dice que, finalizado el pago, se efectuará el traspaso a cualquiera de los empleados o a la persona física o jurídica que ellos designen, quedando entendido que sólo se puede hacer a una persona. La demanda se basaba en esta cláusula, pero la sociedad demandada se opuso a la demanda, aduciendo que, los actores habían renunciado a la celebración del traspaso. La Audiencia estimó que procedía el traspaso, pero es difícil pensar en un traspaso de local para el que no se fija ni la persona del adquirente ni el precio del mismo, porque no es tal el de las mercaderías y el artículo 41 LAU obliga a separar el precio del traspaso y el de los bienes transmitidos. El artículo 32 entiende que es requisito necesario que se fije un precio cierto y en los documentos se habla del ejercicio del derecho de tanteo y retracto del propietario. La conclusión es que hubo un contrato de venta de generos, conectado con otro posterior pero no perfeccionado, por estar necesitada de acuerdo de voluntades y cumplimiento de requisitos legales y, en consecuencia no se puede estimar la pretensión de los demandantes, los cuales son libres de llegar a acuerdos posteriores al margen de este proceso y de no alcanzarlo han de estar a las estipulaciones aceptadas por ambas partes para el caso de no consumarse el traspaso.

**RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA PERSONA QUE ACTUO COMO REPRESENTANTE DE LA SOCIEDAD EN EL SEGUNDO CONTRATO NO ERA TAL SINO QUE LO HIZO COMO PERSONA INDIVIDUAL. (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1994.)**

El Juez de Villafranca de los Barros estimó la demanda y la Audiencia Provincial rechazó la apelación.

No se admite la casación. El contrato de arrendamiento de industria hotelera se hizo por un año, sin prórroga. Frente a la acción de desahucio por expiración del término ejercitada por el arrendador, opuso la existencia y virtualidad jurídica de otro contrato posterior, de 15 de abril de 1989, que sustituyó al anterior de 1 de febrero del mismo año y en el que se pactó como plazo de finalización del contrato el de 1 de febrero de 1995. El Juzgado estimó la demanda sobre la base de que el segundo contrato fue concertado sin poder de la entidad arrendataria y la Audiencia confirmó por no haberse acreditado la autenticidad del contrato de abril, admitiendo como único el de febrero. Arguye el recurrente que actuó como Consejero-Delegado de la entidad, no necesitando expresar su cualidad porque su actividad recaía sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico de la empresa, pero la Sala obtuvo

la conclusion de que actuaba como persona física individual y no como representante de ninguna entidad sin que quepa confundir la figura del Consejero-Delegado y la del factor notorio, ya que éste es un colaborador del empresario, ligado a él por vínculos jurídicos de dependencia, mientras que aquél es un miembro integrador de un órgano de la persona jurídica, no existiendo una dependencia como la del factor.

**RETRACTO.—NO EXISTE PORQUE, EN REALIDAD EXISTIO DONACION Y NO COMPRAVENTA.** (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado número 1 de Córdoba estimó la demanda, pero revocó la Audiencia.

Sí, se admite la casación, pero sólo en cuanto a las costas. El hecho probado es que no hubo compraventa y sí donación, sin que se desvirtue por los documentos aportados. Los hechos son las relaciones familiares y afectivas, el bajo precio, la no constancia del efectivo pago y la donación inmediata de la adquirente a los hijos extramatrimoniales habidos con el transmitente: no puede prosperar una acción de retracto que se apoya en una compraventa no acreditada, por muy cierto que sea el arrendamiento.

**RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EL ARRENDADOR ESTA LEGITIMADO PARA ENNTABLAR CONTRA EL ARRENDATARIO O SUBARRENDATARIO DE INDUSTRIA, AUNQUE EL PRIMITIVO ARRENDATARIO HAYA PERDIDO SU CONDICION DE TAL.** (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado número 5 de Marbella estimó la demanda y la Audiencia rechazó la apelación.

No se admite la casación. El arrendatario del local arrendó a su hijastro la industria que aquél explotaba, por el plazo de un año, sometiéndolo a la normativa del Código Civil. En otro documento de la misma fecha, ambas partes daban por rescindido el anterior contrato, alegando que éste era sólo para que el arrendatario de la industria, obtuviera las autorizaciones necesarias para explotarla. Tres años después el arrendador de la industria requirió a su hijastro para que la dejase a su libre disposición, por no tener título, y en el supuesto de que hubiese un contrato válido entre ambos, había pasado el plazo de un año y se había extinguido. En el presente caso arguye el recurrente que el arrendatario, al iniciar el proceso, ya había perdido su condición de arrendatario de local pero, aunque sea cierto que los dueños del mismo otorgaron escritura de compraventa y resolución del arrendamiento, se autorizaron a seguir en el mismo local durante cierto tiempo. Según ello, el actor está legitimado para entablar la acción contra el arrendatario o, mejor subarrendatario de la industria, ya que tiene que devolver a posesión a la propietaria del local, según la obligación contraída en la referida escritura de resolución de arrendamiento.

**DESAHUCIO.—NO SE HA PROBADO LA CONVIVENCIA DE LA OCUPANTE DE LA VIVIENDA CON SU TÍO, EL HIJO DE LA ARRENDATARIA FALLECIDA, POR LO QUE CARECE DE TÍTULO PARA CONTINUAR EN ELLA.** (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado número 5 de Madrid estimó la demanda y la Audiencia rechazó la apelación.

No triunfa la casación. Aparece probado que, fallecida la arrendataria continua en el piso arrendado un hijo soltero sin que se pruebe que la demandada, sobrina del anterior, conviviera con su tío sin que se haya aportado un solo recibo del pago de la renta. Las manifestaciones hechas en una carta dirigida por la propietaria a la demandada, no desvirtúan la valoración de la prueba hecha por el tribunal de instancia, que declaró que la demandada ocupa el piso litigioso sin título alguno que lo legitime para ello.

**RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO SE HA PROBADO LA FECHA EN QUE SE REALIZARON LAS OBRAS POR LO QUE SE DESCONOCE SI FUE DENTRO DEL PLAZO CONCEDIDO EN EL CONTRATO. NINGUNA DE LAS OBRAS REALIZADAS ALTERA LA CONFIGURACION DEL LOCAL ARRENDADO.** (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado número 2 de Madrid desestimó la demanda y la Audiencia rechazó la apelación.

No se admite la casación. La cuestión a dilucidar es el momento en que las obras se realizaron, ya que si se hicieron dentro del plazo concedido resultaría innecesaria cualquier otra consideración, ya que el permiso quedaba limitado en tiempo pero no en la naturaleza de las obras. La colocación de puertas, pinturas y yesos no puede entenderse incluida dentro de la prohibición del artículo 114.7.ª LAU. El actor no ha conseguido probar la fecha de ejecución de obras a que se refiere o, al menos, si se realizaron fuera del plazo concedido. Ninguna de las obras imputadas constituye por su propia naturaleza, modificación de la configuración del local ni debilitan la naturaleza y resistencia de los materiales, como se exige en la legislación especial para que constituya causa de resolución del contrato.

## 4. DERECHO PROCESAL

Por ERNESTO CALMARZA CUENCAS

**RECURSO DE REVISION. EXISTE MAQUINACION FRAUDULENTE CUANDO SE OCULTA A SABIENDAS EL DOMICILIO DEL DEMANDADO PARA PROVOCAR UNA CITACION EDICTUAL.** (SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1997.)

*Ponente:* Excmo. Sr. don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

En igual sentido Sentencia de 25 de enero de 1997 de la que fue Ponente don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

*RECURSO DE REVISION. NO SE PUEDEN CONSIDERAR DOCUMENTOS DECISIVOS RECOBRADOS DETENIDOS POR FUERZA MAYOR, O POR OBRA DE LA PARTE, AQUELLOS QUE RESULTAN EN ARCHIVO PUBLICO Y DE LOS QUE SE PUEDE SOLICITAR CERTIFICACION.* (SENTENCIA DE 13 DE ENERO DE 1997.)

*Ponente:* Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

*RECURSO DE REVISION. EL PLAZO DE TRES MESES PARA INTERPONERLO ES DE CADUCIDAD Y DE NATURALEZA CIVIL Y NO PROCESAL.* (SENTENCIA DE 8 DE ENERO DE 1997.)

*Ponente:* Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros.

*ERROR JUDICIAL. CONSTITUYE ERROR JUDICIAL LA NO APLICACION DE PRECEPTOS LEGALES IMPERATIVOS A SUPUESTOS DE HECHO INCUESTIONADOS, SI AQUELLOS NO REQUIEREN NINGUNA CLASE DE INTERPRETACION, POR NO SER INDETERMINADOS EN SUS CONSECUENCIAS JURIDICAS, AMBIGUOS U OSCUROS.* (SENTENCIA DE 8 DE ENERO DE 1997.)

*Ponente:* Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros.

*ERROR JUDICIAL. NO SE TRATA DE UN RECURSO DE CASACION NI DE UNA NUEVA INSTANCIA.* (SENTENCIA DE 14 DE ENERO DE 1997.)

*Ponente:* Excmo. Sr. don Francisco Morales Morales.

En igual sentido Sentencia de 2 de abril de 1997, de la que es Ponente el Excmo. Sr. don Román García Varela.

*CUESTION DE COMPETENCIA.* (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1997.)

*Ponente:* Excmo. Sr. don Jesús Marina Martínez-Pardo.

El Tribunal Supremo declara la validez de una cláusula de sumisión a fuero contenida en un contrato de arrendamiento financiero que se practicó con intervención de Corredor de Comercio, y lo firmaron las partes inmediatamente después de la cláusula 10ª, de sumisión a fuero, lo que permite sostener que la sumisión fue conocida y aceptada libremente por las partes.

*CUESTION DE COMPETENCIA.* (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1997.)

En igual sentido, pero tratándose de un contrato de cuenta corriente de crédito, admite el Tribunal Supremo la validez de la cláusula de sumisión,

indicando que el sólo hecho de estar impresa la póliza de crédito no implica que sea siempre un contrato de adhesión.

*Ponente:* Excmo. Sr. don Jesús Marina Martínez-Pardo.

**CUESTION DE COMPETENCIA. NULIDAD, POR ABUSIVAS, DE LAS CLAUSULAS DE SUMISION A FUERO CONTENIDAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESION.** (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1997.)

*Ponente:* Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Esta nueva línea jurisprudencial, vid. SS 14 de septiembre, 23 de septiembre, 30 de noviembre y 25 de noviembre de 1996, aparece influenciada por la Directiva de la CEE de 5 de abril de 1993, que define y sanciona de ineficacia a las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores, considerando como tales (art. 3.º) las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente si, pese a la exigencia de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, considerándose que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión, transfiriéndose al profesional que afirme que una cláusula de este tipo se ha negociado individualmente la asunción plena de la carga de la prueba.

**ACUMULACION DE ACCIONES. PROCEDE CUANDO VARIOS DEMANDAN A UN MISMO DEMANDADO Y LAS ACCIONES EJERCITADAS SE FUNDAN EN UNA MISMA CAUSA A PEDIR, AUNQUE NAZCAN DE TITULOS DIFERENTES.** (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1997.)

*Ponente:* Excmo. Sr. don Francisco Morales Morales.

**RECURSO DE REVISION. SI LOS DOCUMENTOS QUE SIRVIERON DE BASE A UN JUICIO EJECUTIVO SON DECLARADOS FALSOS PENALMENTE EN VIRTUD DE UNA SENTENCIA, PUEDEN FUNDAMENTAR UN RECURSO DE REVISION.** (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1997.)

*Ponente:* Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

**CUESTION DE COMPETENCIA. INEFICACIA DE LAS CLAUSULAS NO NEGOCIADAS NI CONVENIDAS POR LAS PARTES.** (SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1997.)

*Ponente:* Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.

La pretendida cláusula de sumisión expresa figura incorporada en letra pequeña en el encabezamiento de una factura, que sirve, también, de albarán de entrega de la mercancía, sin que conste, ni se presuma, dado el modo en

que aparece, que fuera negociada por las partes contractuales, lo que impide que pueda aceptarse como tal estipulación eficaz, excluyéndose, con ello, la aplicación del artículo 56 LEC.

**RECURSO DE REVISION. MAQUINACION FRAUDULENTE. CITACION POR EDICTOS.** (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1997.)

*Ponente:* Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.

La sentencia estima el recurso de revisión ya que se declara probado que el demandante alegó un domicilio de la demandada que no correspondía con la realidad, a sabiendas, conociéndose el verdadero domicilio, lo cual supone tanto una violación del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 CE, como un motivo de revisión al indicar maquinación fraudulenta.

Así ya la Sentencia de 6 de noviembre de 1996 dice: «Es constante doctrina de esta Sala: por un lado, la de que entraña maquinación fraudulenta toda actividad de la parte actora encaminada a dificultar, disimular u ocultar al demandado el planteamiento del litigio, obstaculizando mediante ardides su defensa; uno de cuyos ardides suele ser la afirmación inexacta de serle desconocida la identidad o el domicilio del demandado, provocando un emplazamiento edictal a fin de que se sustancie el juicio en rebeldía, cuando el empleo de una mínima y elemental diligencia por parte del actor, haciendo adecuadas gestiones, le hubiera permitido conocer con exactitud tanto la identidad, como el domicilio de la persona o personas a las que dice demandar. Por otro lado debe afirmarse, que el emplazamiento mediante notificaciones edictales es un medio supletorio a utilizar sólo como remedio último, cuando, ni aún con el empleo de aquella mínima y exigible diligencia, sea posible averiguar la identidad o el domicilio de la persona o personas a las que se ha demandado».

En igual sentido Sentencia de 28 de febrero de 1997 de la que es ponente el Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

**CUESTION DE COMPETENCIA. ACUMULACION DE JUICIO EJECUTIVO A LOS AUTOS DE QUIEBRA NECESARIA.** (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1997.)

*Ponente:* Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Son acumulables al juicio universal de quiebra los juicios ejecutivos contra el quebrado iniciados antes o después del Auto de declaración de quiebra, haya o no sentencia firme de remate, anterior o posterior a aquél Auto. No es acumulable el juicio ejecutivo en que se ha pagado al ejecutante o se ha declarado su insolvencia, o aquel en que sólo se persigan bienes hipotecados del quebrado.

**RECURSO DE CASACION. INADMISION POR RAZON DE SU CUANTIA.** (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1997.)

*Ponente:* Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.

En el presente caso la cantidad reclamada es cinco millones quinientas mil pesetas, cifra en la que no pueden computarse los intereses, conforme al artículo 489, regla 16 LEC, ya que su determinación exige la previa declaración de haber incurrido el deudor en mora. Tampoco puede sumarse a referida cuantía, la cantidad, inferior a cinco millones de pesetas, en que se fija la reconvencción, pues así lo dispone el artículo 489, regla 17 LEC, al decir que «la demanda reconvenccional se valorará por separado». Por ello, al ser el acceso a la casación una cuestión de orden público, el TS desestima de oficio el recurso.

**EXCEPCION DE LITISPENDENCIA. PARA APRECIAR LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE LA LITISPENDENCIA HABRA DE COMPUTARSE, NO LA FECHA EN QUE RECAE SENTENCIA, BIEN SEA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA, DE LA AUDIENCIA O DEL TRIBUNAL SUPREMO, SINO LA DE LA DEMANDA.** (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1997.)

*Ponente:* Excmo. Sr. don José Luis Albácar López.

**ERROR JUDICIAL. EL PLAZO DE TRES MESES PARA INTERPONERLO ES DE CADUCIDAD. ART. 293 F) LOPI.** (SENTENCIA DE 19 DE MARZO DE 1997.)

*Ponente:* Excmo. Sr. don Jesús Marina Martínez-Pardo.

**RECURSO DE REVISION. SOLO CABE CONTRA SENTENCIAS FIRMES. NO ES POSIBLE, POR TANTO, RECURRIR EN REVISION LOS LAUDOS ARBITRALES FIRMES DICTADOS AL AMPARO DE LA LEY 36/1988 DE 5 DE DICIEMBRE. ESTA LEY SOLO PERMITE LA EJECUCION EN VIA JUDICIAL DE LOS LAUDOS ARBITRALES FIRMES, OBSERVANDOSE LA NORMATIVA PROCESAL QUE DISCIPLINA LA EJECUCION DE SENTENCIAS, PERO NO PREVE LA POSIBILIDAD DE INTERPOSICION DE RECURSO DE REVISION.** (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1997.)

*Ponente:* Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil.

E. C. C.

**INFORMACION  
BIBLIOGRAFICA**



GARCÍA PALACIOS, ALBERTO y otros: *Valoración Inmobiliaria Pericial*. Editorial Agrícola Española, S.A. Madrid, 1998. Un tomo de 345 páginas.

La valoración de las fincas es un dato importantísimo, imprescindible, en varios aspectos del tráfico inmobiliario, tanto para su transmisión ordinaria como para otros supuestos, tales como el urbanismo, la expropiación, la fijación de la base en los impuestos y las tasaciones para contiendas judiciales, por decir los casos más corrientes.

De estas operaciones trata el libro que presentamos, que nos ha sido enviado directamente por la casa editora y que está escrito bajo la dirección de ALBERTO GARCÍA PALACIOS, Doctor Ingeniero Agrónomo, Economista y Agente de la Propiedad Inmobiliaria.

Ya en alguna otra ocasión hemos puesto de manifiesto el dominio que suelen tener de materias jurídicas los Ingenieros Agrónomos, según pudimos comprobar en nuestras andanzas agraristas más bien juveniles, es natural, puesto que esos profesionales trabajan sobre la tierra y hay que saber algo sobre la propiedad y los derechos que recaen en el suelo. Si además, como en este caso, los Ingenieros incorporan a sus conocimientos normales otros estudios sobre temas económicos e inmobiliarios, ya se puede suponer que el resultado ha de ser óptimo a la hora de presentarnos este libro.

Se trata de una obra que aúna los aspectos teóricos y prácticos de la valoración de fincas, donde se nos presentan varios casos, comentados desde el punto de vista técnico y legal, ya aplicando las normas de la nueva Ley del Suelo y Valoraciones de 1998.

Se trata de asuntos tan importantes en la práctica como deslindes, seguros, impuestos municipales y estatales, expropiación forzosa y tasación de daños y perjuicios por responsabilidad civil por actuación patrimonial de las Administraciones Públicas, tanto en los casos en que usan de su potestad soberana como si obran en concepto de entes particulares sin usar de su «auctoritas».

El objeto del libro es dar a conocer los criterios válidos y normales, admitidos por las leyes o la jurisprudencia, para valorar las fincas en los casos en los que los interesados o sus abogados han de pedir o los jueces o profesionales han de adoptar, decisiones, especialmente a la hora de dictar los fallos o resoluciones pertinentes.

Los casos que se presentan se refieren a la valoración de bienes embargados, supuestos de expropiación forzosa y capitalización de rentas, también se contempla el caso de expropiaciones parciales con la consiguiente pérdida de expectativas que sufre la finca o la empresa, que igualmente debe valorarse aplicando el método del valor residual. Se trata también de la expropiación urbanística en los casos permitidos por la normativa del suelo, nacional o autonómica.

La valoración a efectos fiscales es igualmente objeto de estudio especial y este aspecto es especialmente interesante para nuestras Oficinas Liquidadoras a los efectos de aplicarlo en los supuestos de buscar y obtener las bases para aplicar el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales o Sucesiones y Donaciones.

Y uno de los casos en que la valoración se hace imprescindible es en la división de la cosa común, sobre todo si tal cosa es indivisible por natura, pues habría que tasarla para adjudicar el valor justo a cada uno de los partícipes.

En el libro han colaborado con el autor otros Ingenieros Agrónomos, que son ALEJANDRO GARCÍA HOMS, ANTONIO NÚÑEZ RENDÓN y RAMÓN SOLÁ PRAT y ha sido prologado por JOSÉ MANUEL PUGNAIRE HERNÁNDEZ, Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Se abre con un interesante estudio procesal bajo el título «La prueba de peritos vista por el Juez», del que es autor LUIS MARÍA DÍAZ VALCÁRCEL, Magistrado del citado Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el cual lo concluye diciendo que en un Estado de Derecho las resoluciones judiciales han de incluir todos los razonamientos que conducen al fallo, debiendo exponer los motivos por los que se acogen el dictamen pericial o se disiente total o parcialmente del mismo, o se inclina por uno de ellos cuando haya varios no concordados.

De aquí la importancia de que estas tasaciones periciales sean lo más correctas posible. Nos dice el autor que los casos que se presentan en el libro, ordenados con referencia a los métodos de valoración dominantes, proceden de dictámenes reales requeridos por Salas de lo Contencioso-Administrativo, Juzgados o autoridades de Hacienda y se exponen en su ciclo completo, desde la formulación de los extremos requeridos a la decisión o sentencia dictadas, en las cuales se hace referencia, a veces explícita, al dictamen emitido.

Para presentar una panorámica completa, se recoge en cada caso la normativa aplicable al dictamen en cuestión, aplicando después el método de valoración correspondiente que mejor se adecúa al supuesto.

Como apéndice del libro se traen a colación varias sentencias del Tribunal Supremo dictadas en casos de expropiación forzosa, que sirven de pauta para la correcta aplicación de los métodos de valoración empleados.

Esta jurisprudencia es utilísimas en cuanto que sirve de guía a peritos para sus posibles actuaciones judiciales posteriores. El criterio del Tribunal Supremo será tenido en cuenta por los juzgados, sobre todo cuando, como en las sentencias que se recogen, se ha seguido una técnica impecable.

Es, por tanto, un libro interesante en cuanto nos manifiesta un aspecto no muy conocido de esa técnica especial de la valoración de fincas que, por cierto, tanto incide en nuestras actuaciones, predominantemente inmobiliarias.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

SOLE RESINA, JUDITH: *Arrendamiento de obras o servicios. Perfil evolutivo y jurisprudencial*, Valencia, 1997, 164 páginas.

La formación del arrendamiento de obras y servicios, su configuración en el Código Civil español y la influencia del derecho del trabajo en estos tipos contractuales componen los tres complejos bloques de la monografía de SOLE RESINA, Doctora en Derecho y miembro de la Universidad Autónoma de Bar-

celona. Supone esta obra un magnífico estudio en el que se han superado con creces las dificultades anejas a los institutos que contempla, en cuanto nos encontramos con unos tipos contractuales cuyo origen y evolución, hasta nuestros días, ha sido —cuando menos— estudiados de forma simplista y no unitaria, adaptando su normativa a otras figuras afines o aplicando las normas generales en materia de arrendamientos.

La Doctora SOLE aborda el perfil evolutivo del arrendamiento de obras o servicios y para ello ha preferido que el criterio seguido sea el cronológico y analítico, haciendo un recorrido por las distintas etapas históricas y basando sus argumentaciones tanto en textos legales como en la doctrina más cualificada y en la jurisprudencia, sin obviar la trascendencia de los factores sociales y económicos que tanto han influido en la configuración de estos contratos. SOLE RESINA parte de la *locatio conductio* romana y tras hacer aclaraciones terminológicas —cuestión ésta que será el común denominador de su trabajo— aborda las diferentes posturas doctrinales mantenidas a cerca de si en el Derecho Romano se consideró o no a la *locatio conductio* como una unidad. Será la ya clásica postura de SCHULZ la que acepte la autora en el sentido de considerar que en este derecho se aplicaron «las mismas reglas a todas las variedades de este contrato». En igual sentido, puede apreciarse la tesis mantenida por ANA ALEMÁN MONTERREAL que en su obra *El arrendamiento de servicios en el Derecho Romano* admite que no se distinguieron de forma individualizada las tres modalidades arrendaticias: *locatio conductio rei*, *locatio conductio operis* y *locatio conductio operarum*. Lo que sí está claro es que estas modalidades se conocían y protegían. Del mismo modo que hace en otras etapas históricas, procede JUDITH SOLE a distinguir el arrendamiento de obras o servicios con otras figuras afines: compraventa, mandato y sociedad. Se acoge la Doctora SOLE a los criterios que permiten clarificar y perfilar los diferentes contratos y que, como se puede contemplar en este trabajo, son distintos según autores, épocas, textos legales, etc. Citar de forma indicativa la semejanza encontrada entre la *locatio conductio* cuando su objeto es el resultado de un trabajo con la compraventa de cosa futura pues «en ambos casos la cesión de la cosa para su uso, o uso y disfrute, es definitiva». El dato distintivo mantenido en Roma es el que se aporte sólo el trabajo (caso del arrendamiento) o además se suministre la materia (caso de compraventa). La gratuidad, considerada como elemento esencial del contrato de mandato, es la nota que separa a este contrato del de servicios.

A nuestro modesto entender, la parte dedicada al Derecho intermedio y al Derecho de Castilla es la que suscita un especial interés por la complejidad que supone analizar y aclarar los comentarios de los glosadores y postglosadores. La *Summa Codicis* de AZON o bien *Opera Omnia* de BARTOLO son, entre otros textos, analizados y comentados por SOLE RESINA. Tras su interesante examen, extrae como conclusión que en la glosa no apareció la tripartición de la *locatio conductio* y, de igual modo, los humanistas mantuvieron un criterio unitario en esta materia. No queda exenta esta parte del libro de las correspondientes precisiones terminológicas que ayudan a reconducir los institutos objeto de estudio. Las modalidades de trabajo en el Derecho castellano (estudiadas por SÁNCHEZ ROMÁN) entendido *trabajo* como equivalente a *servicios* y la regulación que del mismo se hace en Las Partidas, en la Nueva Recopilación o en la Novísima Recopilación suponen un interesante análisis. Antes de proceder a contemplar estas figuras en nuestro Código Civil, SOLE RESINA elabora unas apreciables líneas profundizando exhaustivamente en la configuración de estos contratos en

el Código civil francés y en el Código alemán. En Francia, el Código napoleónico dedica al arrendamiento más de cien artículos (1708-1831), recogiendo el arrendamiento de obra y de industria en el capítulo 3.º del T. VIII, L. III. Para la determinación de estos contratos se centra SOLE RESINA en aclarar la postura del arrendador y del arrendatario según el contenido de la obligación. Las tesis de TROPLONG, DUVERGIER, LAURENT, MARCADE, PLANIOL... son las seguidas para proceder a la distinción con figuras afines. Hay que señalar que en el Código Civil, por ejemplo, la gratuidad es un elemento natural del contrato de mandato siendo «susceptible de ser derogado por voluntad de las partes», en consecuencia se busca, por parte de la doctrina francesa, otro criterio distintivo de este contrato con el arrendamiento de servicios: unos aceptan como tal la actividad a desarrollar y para otros la diferencia se encuentra en el poder. La compraventa y el contrato de sociedad vuelven a ser estudiados como tipos a distinguir con las figuras arrendaticias.

Menos son las páginas dedicadas al estudio de estos contratos en el BGB que sigue la línea mantenida por otros Códigos germanos (el prusiano, austriaco...). En este cuerpo legal no existe remisión alguna a los arrendamientos cuando se contempla el contrato de servicios y el contrato de obras que, por otra parte, aparecen claramente diferenciados. Tras contemplar estas instituciones en los distintos proyectos de Código civil que se elaboraron en el siglo XIX en España, nos introduce la Doctora SOLE en la 2ª parte de la obra examinando con detenimiento el derecho positivo. Nuestro Código sí admite la distinción entre arrendamiento de obras y de servicios. En el primero se exige, según interpretaciones doctrinales al cuerpo legal, que se cree una cosa nueva y que esta se dé. En el segundo, el término servicios se identifica con la actividad en sí misma considerada. Considera la autora (opinión que mantiene la mayoría de la doctrina) que es necesaria una reforma legislativa, en cuanto que sólo el nombre liga al arrendamiento de cosas con el de servicios y de obras, debiéndose denominar contrato de ejecución de obra y contrato de servicios. Siguiendo la misma línea que en capítulos anteriores, también en nuestro ordenamiento conviene distinguir estos contratos de los ya conocidos tipos afines. La separación entre la obligación de hacer con la de dar junto con el hecho de que se aporte o no el material sirven de base para poder determinar cuándo nos encontramos frente a un arrendamiento de obras y cuándo frente a una compraventa de cosa futura, aún cuando podemos concluir, tras la lectura de este trabajo, que la mayor parte de la doctrina española centra la distinción en la voluntad de las partes. La especial postura de M. SCAEVOLA o las teorías sobre contratos mixtos o complejos son apuntadas por SOLE RESINA, cuestión interesante aunque sea colateral al tema tratado. Procede, de igual modo la autora, a distinguir el arrendamiento de servicios con el contrato de mandato y para ello expone de forma esquemática y clara los criterios doctrinales mantenidos, tales como la gratuidad, la representación, las relaciones de dependencia, la actividad en sí, la posibilidad de sustitución en la ejecución y la juricidad de la actividad debida.

La importancia del desarrollo del Derecho del Trabajo y su influencia en los contratos que estamos contemplando, la regulación insuficiente de nuestro Código Civil en esta materia y la necesidad de aclarar situaciones jurídicas para obtener una mayor garantía en las relaciones contractuales son los temas cuyo estudio acomete la Doctora SOLE. El primer propósito perseguido es explicar qué se entiende por relación laboral y en base a qué notas se determina. Es conocido por todos que el criterio de dependencia es el tradicional

para resolver la aplicación de esta disciplina jurídica, pero con el tiempo éste se ha considerado insuficiente y recientes estudios, que pueden conocerse por las aportaciones de SOLE RESINA, mantienen el criterio de la ajenidad en los frutos, en los riesgos y en el mercado, siendo este último en el que se ha centrado más la autora. Por último nos encontramos con un atractivo estudio sobre el ámbito de aplicación y vigencia de la normativa del Código de 1889 relativa al arrendamiento de obras o servicios, precisando los conceptos de servicio doméstico y de trabajadores asalariados, para lo cual analiza Judith Sole cada uno de los artículos del Código que a esta materia se refieren y tiene en cuenta distintos textos legales, como el Real Decreto de agosto de 1985, que regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, para extraer útiles conclusiones.

Una gufa jurisprudencial y una amplia bibliografía suponen el colofón a una interesantísima obra que tras su lectura nos ha permitido conocer y hacer atractivo un tema complicado. Es de agradecer a la autora el método seguido así como la doctrina y textos consultados que hacen de su trabajo una investigación científica y rigurosa de obligada lectura, por su utilidad no sólo teórica.

CONCEPCIÓN SERRANO ALCAIDE

ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO: *Cien estudios jurídicos (1942-1996)*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1998. Tres tomos de 2.103 páginas.

La labor bibliográfica que ha venido llevando a cabo el Colegio de Registradores es lo suficientemente conocida como para que sea necesario resaltarla. Los libros que se publican son numerosos y de una gran calidad, por el alto nivel doctrinal de sus autores y ello justifica la tarea realizada en este campo.

Mención especial, por el esfuerzo que conlleva, merece la publicación de lo que pudiéramos llamar «obras completas», en las que es preciso recoger múltiples trabajos del autor de que se trata, normalmente aparecidos en muy diversas publicaciones y que por su dispersión resultan de consulta casi inalcanzable en la práctica. Su recuperación y ordenación son costosas y casi siempre requieren del empeño especial del recopilador de turno, al que hay que agradecerle el esfuerzo.

Que recordemos, el Colegio ha editado las obras de los Registradores RAMÓN DE LA RICA y GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO y la de los Profesores JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y FEDERICO DE CASTRO, publicaciones que fueron celebradas y muy bien recibidas por los estudiosos a los que se les facilitó enormemente la búsqueda y consulta de trabajos de estos autores.

Ahora aparece esta nueva recopilación de uno de nuestros más prestigiosos maestros del Derecho Civil, bajo el título de «Cien estudios jurídicos del Profesor DIEGO ESPÍN CÁNOVAS (1942-1996)», en tres volúmenes muy bien presentados y con un contenido doctrinal excepcional.

Porque, como nos dice el Decano del Colegio, ANTONIO PAU, en el prólogo, el clasicismo del autor hace que los trabajos recopilados en este libro sigan teniendo vigencia, pues que unas páginas, escritas algunas de ellas hace varias décadas, hayan sobrevivido a la transformación radical del Derecho privado que se ha producido en la segunda mitad del siglo, es un estímulo para quie-

nes asistimos, con cierta desazón, al espectáculo de la inflación normativa y la atomización territorial del Derecho.

En este libro se recogen, pues, los trabajos del Profesor Espín que han aparecido en diversas revistas, libros o publicaciones jurídicas. Queda aparte, naturalmente, su obra central y didáctica que es el «Manual de Derecho Civil Español», integrado por cinco volúmenes, alguno de los cuales ha alcanzado la 8.ª edición.

Aparte de ello, la obra del maestro, como nos dice JUAN JOSÉ PRETEL en la presentación de este libro, es extensa y profunda y, respondiendo a su condición de civilista, comprende tanto cuestiones de carácter general como las que tradicionalmente se consideran integrantes del Derecho privado. Pero resalta que el Profesor ESPÍN siempre ha realizado sus trabajos en lo que podríamos denominar «cuestiones candentes» dando una visión de las mismas mesurada y propia de un maestro.

No habrá resultado fácil, por supuesto, ordenar estos múltiples trabajos, una vez desechada por inorgánica y tediosa la ordenación puramente cronológica.

Por eso manifestamos que se ha conseguido un plan general muy aceptable, agrupando los trabajos en seis grandes partes que vienen a seguir en líneas generales la sistemática más común en la exposición del Derecho privado.

En la parte primera se trata del Constitucionalismo y los temas generales, recogiendo desde la codificación y el Derecho foral hasta la influencia constitucional en el ordenamiento jurídico y comprendiendo la metodología.

La parte segunda trata de la persona y la familia, con estudio especial de las instituciones familiares antes de la Constitución, su regulación en ésta y las normas posteriores.

En la tercera parte se estudian varios problemas del Derecho sucesorio, en especial la conservación de la explotación agraria en el régimen sucesorio del Código Civil, con amplio comentario de los artículos 668 a 674 del mismo.

La parte cuarta comprende la teoría de las obligaciones y contratos, recogiendo estudios sobre las obligaciones en general el tema de la responsabilidad y algunas determinaciones contractuales.

La posesión, la propiedad y la usucapción son agrupadas para su estudio en la parte quinta, que contempla varios supuestos legales y jurisprudenciales sobre estos puntos.

Y la parte sexta y última la dedica el autor a la propiedad intelectual, materia en la que tiene especialización, ya que participó en la comisión redactora del Anteproyecto de la Ley de Propiedad Intelectual de 1986. Comenta ampliamente este cuerpo legal en general y en varios de sus puntos concretos, especialmente los referidos a los derechos de autor en las obras intelectuales y artísticas. Precisamente el discurso de recepción como Académico Numerario del Profesor Espín en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación versó sobre un punto interesante de esta materia: «Fundamento y protección del derecho de autor en las obras de arte».

Terminamos diciendo que, efectivamente, con la publicación de esta selección de trabajos jurídicos, el Colegio de Registradores reconoce la destacada personalidad jurídica del autor y a la vez muestra una vez más su acertada política bibliográfica.

GIMÉNEZ ROIG, EUSEBIO: *Tráfico jurídico, compraventa, escritura e inscripción. Venta, como cosa propia, de finca que otro posee en concepto de dueño*. Edita: Centro de Estudios Registrales. Año 1998. Un manual de 346 páginas.

Nuestro autor analiza el tema objeto de estudio dividiéndolo en cuatro grandes y detallados capítulos, incluyendo un apéndice final al que traslada la copia del libro la *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa*, publicado en 1991 y el de la «Presentación» o «Conclusiones» del libro *Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión*, publicado en 1993. Y es que el tráfico jurídico de bienes patrimoniales en el sistema español, al decir del autor, se fundamenta en la configuración legal del contrato de compraventa con eficacia transmisiva, tanto de venta normal (artículo 1.445 del Código Civil), como de venta-cesión de un derecho incorporal (artículo 1.526 del Código Civil). Tal efecto transmisivo se complementa con la eficacia de (1) la escritura notarial y con (2) la eficacia de la inscripción registral, la primera porque formaliza y prueba el total supuesto de hecho de la transmisión del derecho de propiedad que el vendedor transmitente manifiesta le pertenece y la segunda porque publica las respectivas pruebas de los supuestos de hecho de la adquisición del derecho por el vendedor, a quien se presume el derecho que vende, y por el comprador, a quien se asegura o mantiene en su adquisición del derecho que compra, excepto si se prueba que conoce al comprar que el derecho no pertenece al vendedor, y a quien no le afectan más cargas que las publicadas registralmente o conocidas por él.

Dedica el autor el *Capítulo I* al estudio en detalle del contrato de compraventa, configurado por Ley como un contrato *recíprocamente transmisivo y recíprocamente obligatorio*. Paralelamente soslaya como el Código Civil contraponen el normal u ordinario contrato de compraventa regulado por el artículo 1.445 del Código Civil como el contrato de compraventa transmisivo de una cosa específica, poseída en concepto de dueño por el vendedor que afirma ser el propietario conforme a la presunción de pertenencia de la cosa al poseedor en concepto de dueño, y el específico contrato de compraventa que regula el artículo 1.526 del Código Civil y que es el contrato de compraventa-cesión transmisivo de cualquier derecho incorporal. En realidad, considera que el efecto primordial del contrato de compraventa español es la transmisión de la propiedad de la cosa, bien mediatamente al transmitirse la posesión de la cosa del vendedor poseedor en concepto de dueño, de conformidad con la teoría del título y el modo, o bien inmediatamente a la perfección del contrato o sin la transmisión de la posesión cuando el vendedor está desposeído. Lo importante es que el comprador llegue a ser el propietario de la cosa, pues el que llegue a poseedor de la cosa en concepto de dueño se fundamenta en que tal contrato de compraventa es transmisivo de la propiedad que le faculta para ser y para reivindicar la cosa.

Decíamos al principio que el efecto transmisivo de un contrato de compraventa de una finca se complementa con la eficacia de la escritura notarial y con la eficacia de la inscripción registral.

Pues bien, a la primera, *eficacia de la escritura notarial*, dedica el *Capítulo II* sus páginas, de entre las que destaca que la escritura notarial de compraventa formaliza y prueba la perfección y el contenido del contrato de compraventa, y normalmente además su cumplimiento por ambas partes contratantes. La base

en el Código Civil se toma por el artículo 1.462.2, que ordena que el otorgamiento del contrato de compraventa instrumentado notarialmente equivaldrá a la entrega de la cosa, sino resulta o se deduce lo contrario. Ambas partes pueden acordar el pacto de reserva de dominio y ello para que el vendedor continúe siendo el poseedor en concepto de dueño y el propietario, hasta que se cumpla la transmisión de la propiedad, que suele ser el cobro del precio aplazado. Pero, en realidad, la escritura notarial, no solo prueba la VENTA NORMAL y la TRADICION INSTRUMENTAL o entrega de la posesión en concepto de dueño de la cosa o finca por el vendedor poseedor, sino que también prueba la venta-cesión instrumental del derecho incorporal de propiedad por el vendedor desposeído de la cosa o finca (artículos 1.218 y 1.462.2 del Código Civil, este último ya citado), el comprador-cesionario reivindicante.

El contrato de compraventa es un intercambio de propiedades, de la cosa y del dinero, con reciprocidad justa, y el Notario autorizante de la escritura de compraventa es para las dos partes contratantes, con imparcialidad en su asesoramiento para la formación de la voluntad contractual y como testigo cualificado que auténtica una prueba de la recíproca adquisición de la propiedad de la finca y del dinero o del crédito pecuniario por el contrato de compraventa, apta para que el Registro la publique y asegure la adquisición de la propiedad de la finca por el comprador en el supuesto de que el vendedor resulte no ser el propietario. La escritura o instrumento notarial de compraventa, es forma y prueba del contrato de compraventa y prueba de su cumplimiento por ambas partes, prueba de la transmisión de la propiedad del dinero del precio, o de su aplazamiento y prueba de la transmisión de la propiedad de la cosa. En la actualidad el artículo 1.462.2 del Código Civil ORDENA, que «el otorgamiento» del contrato de compraventa instrumentalizado notarialmente «equivaldrá a la entrega de la cosa», si no resulta o se deduce claramente lo contrario de la misma escritura notarial que lo formaliza y prueba. Significa que ambas partes pueden convenir el pacto de reserva o condición suspensiva de la transmisión de la propiedad, por el que el vendedor continuará siendo el poseedor en concepto de dueño y el propietario hasta que se cumpla la condición, que puede ser el cobro efectivo de la totalidad del precio aplazado. La compraventa escriturada notarialmente, sin tal condición voluntaria, por imperativo legal, produce su efecto transmisivo de la propiedad, prácticamente de manera inmediata. La escritura pues, parece incluir un pacto de constituto posesorio y un pacto de cesión de la acción reivindicatoria. Y es que decir que el otorgamiento del contrato de compraventa mediante escritura notarial (salvo pacto de reserva de dominio) «equivaldrá a la ENTREGA de la cosa», significa o se ha de interpretar, por mandato imperativo de la Ley, que resulta excluida la posibilidad de exigir seguidamente el comprador al vendedor la entrega material (real) de la cosa o la rescisión del contrato, porque el contrato de compraventa mediante escritura notarial (salvo pacto de reserva de dominio) produce su efecto primordial, la *TRANSMISION DEL DERECHO DE PROPIEDAD sobre la cosa, en la fecha de la escritura, al quedar el contrato cumplido seguidamente a su perfección*. Cuando el *vendedor* es el poseedor en concepto de dueño porque se entiende que media pacto intrumental de tradición o entrega cumplida seguidamente en forma de constituto posesorio, transmisivo de su posesión en concepto de dueño y que hace que resulte transmitido mediatamente su derecho de propiedad corporal, y cuando el comprador desconoce que el vendedor está desposeído, y por esto la tradición es imposible seguidamente a la

perfección del contrato, porque se entiende que media pacto instrumental de cesión transmisiva inmediatamente de su derecho de propiedad incorporal, con la inseparable acción reivindicatoria, que actúa por el comprador con llamamiento de garantía del vendedor y para obtener la posesión si el tercero poseedor no ha consumado la usucapión ni es propietario por otro título de adquisición.

El artículo 1.462.2 se refiere, de manera primordial a la venta normal y a la «tradición instrumental» que transmite seguidamente la posesión en concepto de dueño, y de manera supletoria a la venta-cesión instrumental», que transmite inmediatamente el derecho de propiedad incorporal con la inseparable acción reivindicatoria, sin que resulte demorada la transmisión del derecho hasta que recupere la posesión el vendedor y realice una futura tradición al comprador.

Y a la segunda, la *eficacia de la inscripción registral*, se dedica el *Capítulo III* y es que la inscripción registral en los supuestos de los artículos 36, 32, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, pese a que según normas civiles el derecho de propiedad sobre la finca no pertenece al vendedor titular registral, atribuye el derecho de propiedad al comprador asegurado. Por su parte el artículo 36, trata de la tradición y el Registro, y de la desposesión y el Registro, todo ello en relación con la escritura notarial y el artículo 1.462.2 del Código Civil, antes analizado, la compra al titular registral desposeído pero aún propietario o ya no propietario por usucapión consumada al perfeccionarse la compraventa o que pudiera consumarse dentro del año siguiente a dicha perfección, además trata la inscripción de la escritura cuando el comprador desconoce la desposesión del vendedor o cuando se silencia ésta. Y en cuanto a los artículos 32, 34 y 37 tratan aspectos controvertidos, tales como la unidad del concepto de tercero registral inscrito asegurado. El artículo 32 se refiere a que consta inscrita una compra al que fue anterior titular registral del dominio de la finca, que civilmente no le pertenecía porque la había vendido, mediante escritura notarial sin exclusión de la tradición instrumental, a un primer comprador, que fue negligente en cuanto no presentó su copia en el Registro antes de que presentara la suya el titular registral actual, que es el adquirente asegurado, a menos que se pruebe que compró sin buena fe porque conocía la existencia de la primera compraventa, o sea, la pertenencia de la propiedad al primer comprador, que debe respetar y no perjudicar. El *artículo 34* se refiere a que consta inscrita una compra al que fue el anterior titular registral del dominio de la finca, que civilmente no le pertenecía porque su inscrito título material de adquisición era ineficaz, por nulidad o por resolución, directa o derivada de la nulidad o resolución del título de algún causante, según resolución judicial, pese a lo cual el comprador es adquirente asegurado, mantenido en su adquisición como si a cambio del precio contratado por el vendedor, hubiera adquirido la propiedad por «expropiación *ex lege*» a quien sería el verdadero propietario. Y el *artículo 37* concreta su estudio en contemplar la evolución histórica de la oponibilidad a tercero de la acción rescisoria del *artículo 1.124* del Código Civil en relación con el *1.225* respecto al contrato de compraventa incumplido. El *artículo 1.124* porque el intercambio de propiedades como resultado contratado, la reciprocidad de las transmisiones de la cosa y del dinero, la necesidad del cumplimiento del contrato por ambas partes, condiciona la consolidación o perduración y no claudicación del efecto transmissivo consecuente al cumplimiento de la entrega del dinero o de la cosa, por el comprador o por el vendedor, respectivamente, al determinar la

posibilidad de que la parte perjudicada por el incumplimiento de la otra pueda imponer la rescisión del contrato válido. Y el *artículo 1.295* porque puede haberse transmitido la propiedad del dinero mediante su entrega y proceder su devolución al comprador si el vendedor no ha cumplido alguno de los presupuestos contratados y debidos, así como puede haberse transmitido la propiedad de la cosa mediante su entrega y proceder su devolución al vendedor si el comprador no llegó a pagar el precio, sin perjuicio de que si el comprador revendió la cosa y el subadquirente por compra de buena fe y entrega le pagó el precio de la reventa, adquiera en firme la cosa por expropiación *ex lege* al que sería el verdadero propietario, es decir, al vendedor que no llegó a cobrar el precio y ahora podría recibirlo con el dinero pagado por el subadquirente.

Por lo tanto, la inscripción registral *publica* la transmisión de la propiedad de la cosa por la consumación de la compraventa probada por la escritura notarial y calificada por el Registrador, para el caso de ineficacia del contrato de compraventa escriturado, *asegura* la adquisición del que compra al titular registral del dominio, por serle inoponible judicialmente algún título, derecho o acción que desconocía y no constaba publicado antes de la perfección de la compraventa.

El *Capítulo IV* analiza diversas opiniones doctrinales pretendiendo exponer y referenciar la perspectiva unitaria del conjunto del problema. Para citar entre otros a:

\* TOMÁS RUBIO GARRIDO, para el que la compraventa es un contrato obligatorio del que nace para el vendedor una compleja obligación de dar, y en el que la transmisión de la propiedad se produce al cumplirse la obligación de dar nacida del contrato. La transmisión de la propiedad es resultado o consecuencia del cumplimiento del contrato obligatorio y la responsabilidad contractual se produce al incumplirse la obligación de dar nacida del contrato, siendo estas las consecuencias del cumplimiento o incumplimiento de la compleja obligación de dar que nace del contrato obligatorio de compraventa. Así, el efecto fundamental de la compraventa es la creación de la relación obligatoria. Y añade que la compraventa es un contrato obligatorio causalmente transmisivo o contrato transmisivo.

\* FRANCISCO GALGANO sostiene que el Código Civil asigna al contrato en general dos funciones específicas y distintas, así el artículo 922 lo coloca entre los modos de adquirir la propiedad (y los otros derechos reales), como instrumento para la articulación de los bienes; y el artículo 1.173 lo incluye entre las fuentes de las obligaciones. Considera que las dos son funciones desarrolladas conjuntamente en los contratos traslativos a título oneroso pues la compraventa transfiere la propiedad y es al mismo tiempo fuente de obligaciones de transmitir la cosa vendida y para el comprador de pagar el precio. Mediante el contrato de compraventa se pueden transferir además de los derechos reales, también los derechos de crédito. Y en general, la causa del contrato puede ser onerosa o gratuita, en el primer caso, las partes están obligadas la una respecto de la otra y en el segundo caso, sólo una de las partes asume una obligación.

\* FRANCISCO JORDANO FRAGA considera al contrato de compraventa como uno de los instrumentos jurídicos fundamentales del tráfico privado, y sostiene que tiene un acentuado valor paradigmático que hace de su regulación legal un modelo. Pone su acento en la consideración importante hecha por Tomás

Rubio sobre la compleja posición debitoria del vendedor, que incluye tanto la transmisión de la propiedad de la cosa vendida como que ésta sea idónea y exenta de vicios. Con arreglo a cuyo planteamiento el saneamiento por evicción o por vicios ocultos, no son otra cosa que la consecuencia de la infracción de la compleja obligación del vendedor.

\* GABRIEL GARCÍA CANTERO opina que la compraventa es el contrato por el que una de las partes se obliga a transmitir a la otra una cosa o derecho determinados, a cambio de un precio cierto en dinero o signo que lo represente. Cuando la compraventa va seguida de tradición sirve de título para adquirir la propiedad de la cosa vendida y tal modo de adquirir se regula a propósito de la compraventa. En ello se basa para decir que no es del todo acertado decir que la compraventa es un contrato traslativo del dominio como hace parte de la doctrina, entre los que destaca a MANRESA y a PUIG BRUTAU.

\* JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ acepta la teoría del título y el modo. Para él la tradición no se regula por el Código Civil como modo de transmitir en ningún lugar, la regulación que hace en el contrato de compraventa de la entrega se refiere al cumplimiento de la obligación del vendedor. Lo importante de la tradición no es si debe tener lugar de forma visible o no para los terceros, sino la separación de dos momentos en el iter transmissivo que permiten diferenciar los aspectos contractuales del Derecho de obligaciones de los aspectos reales, en el supuesto de transmisión de la propiedad. Pues tal transmisión de la propiedad exige como presupuesto el poder de disposición del transmitente, sin perjuicio de los supuestos de adquisición a non domino. Nuestro Código Civil no exige para celebrar el contrato de compraventa ser propietario del objeto vendido, porque para contraer obligaciones en nombre propio no se precisa una especial legitimación. Por lo que el presupuesto antes citado debe exigirse para que la tradición produzca su efecto como modo de adquirir la propiedad. La tradición será eficaz como modo de adquirir la propiedad si el *tradens* es propietario o esta autorizado por él. La propiedad y el poder de disposición sobre un objeto no son necesarias para contraer la obligación de entregarlo, que es efecto del contrato, sino para transmitir la propiedad, que es efecto de la concurrencia del contrato y de la tradición. Basta, pues, que exista el momento de entregar. Para que se transmita la propiedad inmediatamente por tradición es preciso, además del contrato, que el tradente sea propietario. Lo que importa es destacar que la compraventa, el título, no es más que una parte del supuesto de hecho adquisitivo, del que forma parte la propiedad del transmitente como elemento independiente o como presupuesto de eficacia de la tradición, que es el modo de adquirir. No se puede decir que la venta sea ineficaz por no haberse transmitido la propiedad mediante la tradición, al no ser el vendedor propietario, porque genera efectos obligatorios que no son los que produce por sí sola.

\* RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO mantiene que se aplica la tradición del artículo 609 del Código Civil a todas las obligaciones de dar en las que la entrega de la cosa corresponde a la transmisión de la propiedad. Añade que aunque el pago no es un negocio jurídico requiere legitimación y capacidad, tratándose de exigir que el pagador este legitimado para transmitir la propiedad, lo que implica ostentar la titularidad transmitida, y al tratar la invalidez del pago realizado con una cosa ajena reafirma la acción del tercero encaminada a recuperar la cosa, requiriéndose además capacidad de enajenar o transmitir.

\* ANGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ dispone que del artículo 1.445 del Código Civil y concordantes se deduce que la compraventa es un contrato consensual,

bilateral y generador de obligaciones recíprocas, fundamentalmente las de entrega y saneamiento de la cosa vendida, y la de pago de su precio. Careciendo por sí de virtualidad transmisiva de *iura in re* (y singularmente propiedad), acaeciendo únicamente la transmisión consecutiva de la entrega de la cosa.

\* ANTONIO MANUEL MORALES MORENO concibe el saneamiento por evicción como el modelo romano de compraventa, según él, el vendedor no se obliga a transmitir al comprador la propiedad de la cosa sino a ponerle en posesión de ella.

\* ANTONIO GORDILLO CAÑAS para el que por la compraventa el vendedor se obliga a entregar y con la entrega adquiere el comprador la propiedad de la cosa, contrato, generador de la obligación, y entrega, acto de cumplimiento de dicha obligación y portadora de una finalidad traslativa, inscrita como causa en el contrato que se cumple, son los requisitos de la transmisión de la propiedad, siempre que quien entrega sea al tiempo de hacerlo dueño de lo entregado. Es posible en nuestro Derecho la compraventa de cosa ajena, posible en sí misma pero peculiar y exigiendo como requisito de validez el conocimiento de la ajenidad de la cosa por ambos contratantes, porque tal ajenidad añade el contenido típico de la compraventa, el dar y el procurar el vendedor la propiedad de la cosa para poder cumplir la obligación de transmitirla.

\* MARÍA DEL CARMEN FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ALVAREZ-OSSORIO al hablar de la cualificación de la ineficacia de la compraventa de cosa ajena, distingue la ineficacia del título y la ineficacia del momento real. Respecto a la ineficacia del título distingue entre nulidad absoluta, adecuada en los casos en que la ilicitud proviene de fraude de ley o atentado a la moral o al orden público, o anulabilidad cuando están en juego intereses exclusivamente privados como los que se dan en la venta de cosa ajena. Y respecto de la ineficacia del momento real en el que el pretendido cumplimiento por el vendedor *non dominus* es inadmisibles, sólo si con la entrega se transmite la propiedad.

\* JOAQUÍN J. RAMS ALBESA alude a la distinción que hiciera MATILDE CUENA CASAS y que luego desarrolla al detalle entre *traditio* traslativa y *traditio* posesoria, y a la eficacia exclusivamente obligacional del contrato de compraventa; las disciplinas de la posesión *ad usucapionem* y la propia usucapción; la descripción de las formas traditivas dentro de la compraventa; los deberes de saneamiento y el tratamiento por evicción; la falta suficiente de matización entre la capacidad para enajenar y la libre disposición sobre la cosa.

\* MATILDE CUENA CASAS para la que el problema consiste en saber que es la tradición, a la que considera como una entidad autónoma, con la peculiaridad —dice— que una figura que tiene naturaleza propia, como es el contrato, forma parte, a su vez, de la tradición considerada como modo de adquirir, pues la intención de transmitir y adquirir ha estado siempre ubicada en el título o causa de la tradición. Considera que en nuestro Código Civil existe una categoría intermedia entre los negocios meramente obligacionales en el sentido de generar obligaciones y no derechos reales y los dispositivos como son los que se han venido denominando contratos traslativos del dominio, los cuales, mantiene, participan de la naturaleza de los obligacionales pero interviene en el *iter* transmisivo porque albergan la voluntad de las partes de transferir y adquirir el derecho real, que se consumará con el acto dispositivo traditorio. Pero tal circunstancia, no convierte a los contratos en negocios de disposición pues, a tenor de lo dispuesto en el artículo 609 de dicho texto legal, no son suficientes para producir el efecto transmisivo y no requieren el poder de disposición del transmitente.

Nuestra compraventa es una compraventa estructurada a la romana, en ella, el vendedor debe entregar y garantizar la pacífica posesión de la cosa al comprador, no pudiendo este último reclamar al vendedor hasta que se produzca el hecho objetivo de la evicción.

Continúa en su estudio exponiendo que «entrega» y «tradición», no son términos equivalentes. La «entrega», como tradición meramente posesoria, consuma la compraventa y si el vendedor es *dominus*, esa entrega es, además, tradición traslativa del dominio responsable de la mutación jurídico real, a tenor de lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil por el hecho de que la *traditio* traslativa del dominio requiere el poder de disposición del vendedor y, por el contrario, la entrega a que obliga el contrato de compraventa, no.

Otra de las ideas que transmite la autora es que si se traspasa al contexto del Código Civil, el sistema de transmisión consensual, la venta sería un acto dispositivo y, por tanto, la entrega realizada en su consecuencia, lo sería para transmitir la posesión *en concepto de dueño*. Esta interpretación hace de la exigencia de la tradición transmisión de la posesión que actúa a modo de *conditio iuris* de la eficacia real, depositar toda la fuerza transmisiva en el contrato. Por lo que, a su juicio, no parece que el Código Civil establezca la obligación del vendedor de transmitir la propiedad al comprador, lo que no quiere decir que el vendedor *dominus* no transmita la propiedad, sino que el efecto de la ausencia de tal obligación es que el vendedor *non dominus* no responda hasta que el comprador resulte evicto, de forma tal que si vendió una cosa ajena creyendo que era propia, nuestro Código entiende cumplido el contrato como entrega de la cosa y lo garantiza para el caso de evicción.

La exigencia de la tradición es una necesidad del sistema. El hecho de que el Código Civil establezca formas ficticias de tradición cuando no cabe efectuar el traspaso posesorio se justifica a su juicio en razones de coherencia con el principio fundamental de la insuficiencia del contrato para operar la mutación jurídico real. Lo que resulta de esencia a la tradición es la concurrencia del poder de disposición en el *tradens* junto con la voluntad de transmitir y adquirir manifestada en el contrato antecedente. Pese a insistir en que el contrato sólo es obligatorio, por sí solo.

\* RAFAEL NÚÑEZ LAGOS es de la opinión de que en los últimos años ha sido frecuente decir que los contratos únicamente producen efectos obligacionales entre las partes. Para este autor la separación entre negocios obligacionales y reales sólo cabe sobre la base de la abstracción del sistema. La dificultad de nuestro sistema radica en que la compraventa tiene virtualidad para generar obligaciones, pero interviene en el proceso transmisivo aportando el elemento que requiere la transmisión. No hay obstáculo para entender la tradición como acto dispositivo desde un planteamiento de causa, del que es de esencia la concurrencia de poder de disposición del transmitente y que se sirve de un negocio obligacional precedente, fuente de la declaración de voluntad transmisiva, que se erige por esta razón en causa de la tradición. Pero, para él, el hecho de un contrato albergue dicha voluntad no lo convierte en acto de disposición sino que da inicio al proceso transmisivo que se consumará con el acto dispositivo traditorio.

\* FERNANDO PANTALEÓN PRIETO mantiene que el contrato de compraventa es el único elemento negocial del supuesto de hecho de la transmisión de la propiedad a título de venta y que dicho contrato no requiere para su validez y eficacia ni una voluntad de transmitir el dominio por parte del vendedor, ni una voluntad de adquirirlo por parte del comprador. Sin embargo, no sucede

lo mismo en la transmisión de los derechos de crédito, pues la compraventa de créditos es un contrato típicamente traslativo, y en ella ningún acto de entrega o traspaso al cesionario de la (cuasi) posesión del crédito por parte del cedente es necesario para que se produzca la transmisión de su titularidad de éste a aquél.

\* GEMMA RUBIO GIMENO entiende que la transmisión del crédito cuando se produce en virtud de un contrato traslativo, no requiere acto ninguno de tradición. No opera respecto a los derechos de crédito, el sistema transmisivo del título y el modo *ex* artículo 609.2 del Código Civil. La sola perfección del contrato produce el efecto transmisivo del crédito. Al decir de la misma el Código Civil utiliza sinónimamente los conceptos de derecho de crédito o acción, siendo en realidad esta el ejercicio de aquél. Por lo tanto, crédito, derecho o acción, designan una misma realidad jurídica, el derecho de crédito. La autora cree que cuando el negocio transmisivo sea un contrato y el derecho que se pretende transmitir un derecho real, será preciso un acto ulterior para que se produzca la sucesión en la titularidad de ese derecho, esto es, la entrega de la cosa sobre la que el derecho recaiga, y ello es así, en virtud del sistema del título y el modo *ex* artículo 609.2 del Código Civil. Tanto es así, que cuando vendamos nuestro derecho de propiedad litigioso, si no entregamos la cosa sobre la que el derecho recae, habiendo accionado una reivindicatoria estará en posesión del demandado, no transmitimos el derecho.

\* CELESTINO PARDO NÚÑEZ, para el que el negocio de cesión en general y el de cesión de acciones reales en particular, carece en nuestro Derecho de la eficacia dispositiva absoluta de la compraventa perfecta.

\* Nuestro autor, EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG, es defensor de la naturaleza dispositiva de la compraventa. Entiende que la elaboración de la teoría del título y el modo supuso una concentración en el título de la potencia transmisiva, relegando la tradición a un mero requisito formal, determinante del momento en el que se entiende transmitida la propiedad o el derecho real. Entiende que el contrato de venta y la tradición adicional posterior no integran un negocio de transmisión. El negocio de transmisión es el contrato de venta, y la tradición es una importante condición legal suspensiva del efecto dispositivo contratado. La tradición no representa el momento en el que se entiende producida la transmisión, sino que constituye el medio a través del cual se transmite.

Aborda finalmente nuestro autor en el Apéndice final unas alusiones a dos obras, que ya citábamos al comenzar la recensión de ésta magna obra: en primer lugar, en el libro *Transmisiones del derecho de propiedad por contrato de compraventa*, publicado en 1991, destaca cuatro grandes estudios titulados «Venta por el propietario no poseedor; cesión de la acción reivindicatoria»; uno segundo «Cesión de la acción reivindicatoria, escritura e inscripción»; el tercero dedicado al «Contrato de compraventa y tradición en el Código Civil español de 1889», y el cuarto y último en el que debate la «Venta por el propietario desposeído: ¿Anotación (Resolución del 25 de enero de 1990) o Inscripción (Artículo 1.526.2 del Código Civil)?», a los que él mismo remite. Y en segundo lugar, al libro «Presentación» o «Conclusiones» del libro *Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión*, publicado en 1993, en el que perfila como ideas a destacar las siguientes:

\* En un primer acercamiento al derecho de propiedad, mantiene que es el derecho real pleno, el derecho de ejercicio inmediato sobre una cosa propia que faculta plenamente para su posesión, disfrute y disposición y para defender la pertenencia del derecho ejercitando la acción reivindicatoria orientada

a la recuperación de la posesión contra cualquiera o quienquiera que aparezca como poseedor en concepto de dueño de la misma cosa, poseedor que es considerado propietario presunto a efectos de prueba. El derecho real de propiedad sobre una cosa es oponible a quienquiera que sea poseedor en concepto de dueño de la misma cosa, como presunto propietario según prueba provisional deducida de la apariencia posesoria, sin perjuicio de prueba en contrario. Pero de la prueba documental y de su contenido documentado también se dice que es oponible *erga omnes*, y ello en sentido de ser oponible a la otra parte contratante y a los terceros, no contratantes. Esto sucede con la prueba documental de adquisición y pertenencia del derecho de propiedad, bien a causa del contrato de compraventa formalizado en escritura notarial (artículo 1.218 del Código Civil), que también es prueba de la tradición cuando el vendedor es poseedor en concepto de dueño (artículo 1.445 y artículo 1.462.2 del Código Civil), o bien a causa del contrato de compraventa-cesión del derecho incorporal formalizado en escritura notarial (artículo 1.218) cuando el vendedor está desposeído, es decir, ha perdido la posesión porque un tercero es poseedor en concepto de dueño (artículo 1.526 del Código Civil). Continúa diciendo que cualquier derecho real parcial es un derecho de ejercicio inmediato sobre una cosa ajena, que faculta para cierto disfrute o cierta disposición que limita la facultad del propietario, cuando es oponible a cualquiera o quienquiera que sea el propietario de la cosa, verdadero o presunto. Y que la prueba documental de la constitución contractual también es oponible *erga omnes* en el sentido de que es oponible a la otra parte contratante o propietario constituyente y a los terceros no contratantes.

\* Además de lo expuesto, considera al contrato de compraventa como un contrato recíprocamente dispositivo y recíprocamente obligatorio, a lo que ya aludimos al comienzo de nuestro análisis, pues es un contrato dispositivo cuya causa constitutiva proviene de la recíproca transmisión y adquisición de derechos de propiedad, sobre la cosa perteneciente al vendedor propietario disponente-transmitente, que resulta adquirida por el comprador, y sobre el dinero del precio perteneciente al comprador, que resulta adquirido por el vendedor. Y es un contrato obligatorio, causa constitutiva de recíprocas obligaciones, que el autor concreta sobre todo en fuente de las obligaciones de entregar, de hacer tradición, de transmitir la posesión de la cosa y del dinero, siendo la tradición, la transmisión de la posesión en concepto de dueño, es una condición legal constitutiva de la consolidación de la transmisión causada por el contrato de venta del derecho de propiedad por el poseedor tradente, en atención a la función de la posesión en concepto de dueño como prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad al poseedor, por título material indeterminado. Dar la posesión en concepto de dueño es dar la prueba de la pertenencia del derecho de propiedad y tomar la posesión en concepto de dueño es pasar a ser el nuevo propietario presunto. Antes de la tradición la posesión es prueba de la pertenencia del derecho al vendedor poseedor —tradente— y después de la tradición la posesión es prueba de la pertenencia del derecho al comprador poseedor —accipiente—.

Todo lo acabado de exponer es para el vendedor, cuando éste es poseedor de la cosa, pero si el vendedor es el propietario verdadero pero está desposeído porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño, y, por tanto, es el propietario presunto (artículo 448 del Código Civil), el vendedor no queda obligado a dar posesión de la cosa al comprador que conoce su situación de desposesión (artículo 1.526 y no 1.445 del Código Civil) y en tal caso el con-

trato de compraventa transmite el derecho de propiedad del vendedor al comprador, quien como propietario podrá ejercitar la acción reivindicatoria para obtener la posesión y evitar que el tercero poseedor llegue a adquirir la propiedad por usucapión.

ISABEL MORATILLA GALÁN

FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR y otros: *El anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997-98*. Sección de Derecho Procesal de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1998. Un tomo de 167 páginas.

Después de varios retoques parciales, al parecer ha llegado la hora en que se quiere dar una nueva redacción, a base de una reforma completa, a la vetusta, pero venerable, Ley de Enjuiciamiento Civil que ha venido rigiendo los procesos civiles en España desde 1881.

Se trata, bien lo sabemos, de una de las pocas clásicas leyes del siglo pasado que habrían conseguido permanecer vivas, conservando su inicial entidad al escapar de la demoleadora avalancha normativa que nos inunda de pocos años a esta parte.

Es cierto que los tiempos cambian y las nuevas circunstancias exigen la actualización de las reglas que han de regirlas. El Derecho, se ha dicho, es para la vida y si la vida evoluciona, hay que estar al día y es lógico que los legisladores acepten el *aggiornamento* y nos proporcionen las normas adecuadas.

Hasta aquí estamos todos de acuerdo. Pero, cuando se trata de una Ley centenaria que ha proporcionado hasta ahora un perfecto «modus operandi» en los procesos civiles de España y que, al igual que otras leyes de su época, aparecía redactada en un idioma español impoluto y con un estilo literario de gran calidad, se hace preciso pensárselo bien antes de acometer una sustitución que forzosamente ha de suscitar no pocas comparaciones. Habrá que conseguir una Ley que sea mejor o al menos igual para que no desmerezca de la anterior en ningún aspecto.

La tarea es difícil, por supuesto, y por eso es explicable que se hayan sucedido borradores y anteproyectos que deben tener la debida publicidad para que se les haga llegar a los mejores juristas, así como a los profesionales que han de aplicar la nueva norma, para que puedan aportar sus valiosas opiniones.

En este caso, se han celebrado ya varias jornadas y reuniones de estudio de estos esbozos normativos en la UNED y en las Universidades de Murcia y Barcelona; también se proyectó un Congreso en Madrid que no llegó a madurar.

En la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación tuvo lugar en el mes de febrero pasado un ciclo de conferencias cuyos textos ahora se publican en este libro que trataremos de resumir. Los autores son todos Académicos de dicha Corporación, habiendo corrido la primera conferencia a cargo del Catedrático don VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, que estudió en ella algunos aspectos fundamentales del Anteproyecto y además es el autor de unas previas palabras explicativas que sirven de introducción a esta publicación. La segunda conferencia estuvo a cargo del Magistrado señor RUIZ VADILLO, que ha fallecido recientemente, por lo que el original de su disertación, al publicarse ahora, asume el triste carácter de obra postuma. El Notario don ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS habló sobre la prueba en el Anteproyecto, el doctor GULLÓN BALLESTEROS, sobre el re-

curso de casación y, por último, el doctor DIEZ PICAZO, sobre la ejecución forzosa. Vamos a resumir sus intervenciones, según el texto de este libro.

1. «*Algunos temas del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997 (Libros I y II)*», por VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN. Empezó diciendo que si el secretismo en la elaboración de las normas es intolerable, un exceso de publicidad, y en tal caso nos hallamos, llega a ser enfadoso. Se refiere a los varios textos de borradores y anteproyectos que han circulado, lo que ha hecho que sus iniciales informes emitidos hayan tenido que ser retocados y aún modificados sustancialmente como consecuencia de los cambios introducidos.

Dice que, en general, se observa el clima de conservación basado en la idea de que sería mejor preservar el molde de la vieja Ley de 1881 que lanzar una Ley nueva totalmente. Esta Ley precisaría de una nueva planta judicial y además debe tenerse en cuenta que el proceso civil se halla en grave momento de crisis motivada por el desarrollo de la informática. La nueva Ley no pasaría de ser un instrumento de transición evolutiva y, por otro lado, el anhelo de modernizar no debe hacerse a espaldas de nuestra historia.

No parece aceptar que se articule una especie de «doctrina general» al modo de las nuevas leyes procesales suecas. Cree que se debe renunciar a la uniformación de las leyes procesales españolas; bastante se hará si logramos simplificar el sistema y lo preferible sería conseguir un Código con tres libros básicos para cada especie procesal: declarativa, ejecutiva, y cautelar.

Considera evidente la necesidad de innovar la Ley de 1881, pero esas innovaciones deben ser prudentes. No se ve esa prudencia en la adopción de una apelación sin efecto suspensivo como regla, ni en cuanto a la casación, que debe ser adaptada a las circunstancias y condiciones actuales; tampoco ve con buenos ojos el «amparo» tal como se quiere enfocar, proclive a bastantes errores, y considera muy candente que se trasladen a la nueva Ley los artículos del Código Civil dedicados a la prueba.

En cuanto a la reducción de tipos procesales, cree que junto a los juicios plenarios y sumarios, debe darse entrada a los plenarios rápidos, ya que el procedimiento del juicio verbal se ha revelado y puede ser básico elemento de varios procesos, pues ha rendido servicios extraordinarios en nuestro ordenamiento jurisdiccional.

Termina su conferencia tocando también el Libro III del Anteproyecto, diciéndonos que la ejecución tiene algunos defectos y carencias, como, hablar de ejecución en bienes gananciales, olvidando otras firmas forales de comunidad y tratar con imprecisión las notificaciones en la ejecución, así como producir un auténtico desguace en el actual juicio sumario ejecutivo.

2. «*Las medidas cautelares en el Anteproyecto*», por ENRIQUE RUIZ VADILLO. El Magistrado, ya desaparecido, después de unas consideraciones generales sobre el significado que el proceso ha alcanzado en el campo del Derecho, dijo en su conferencia que la ejecución es su fase más importante. En efecto, el que ha obtenido una sentencia, tiene en realidad bien poco si ésta no se ejecuta de manera rápida y eficaz; considerando que no siempre se puede obtener la plena e inmediata realización de las resoluciones judiciales, es obligado y urgente obtener soluciones prácticas. Esta idea preside, dijo el conferenciante, el Anteproyecto de Ley, aunque consideró que aún permitiría importantes mejoras, quizá orientadas en considerar delictivos los actos que signifiquen poner obstáculos al cumplimiento de una sentencia, tal como aparece en el Código Penal. Se basa esta idea en que las reformas legislativas deben hacerse teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Dicho esto, estudió con detalle las medidas cautelares contenidas en el Anteproyecto, resaltando los problemas que pueden originarse con la regulación que se propone, siendo unos de ellos el alargamiento del proceso, sin que eso suponga mayores garantías.

En una *addenda* reconoce por experiencia que redactar un Anteproyecto de Ley ofrece muchas dificultades y no pocas complicaciones, que no siempre son tenidas en cuenta por los que desde fuera hacen críticas fáciles. Pero, dijo, la crítica siempre es necesaria cuando es libre y constructiva; después, el que tiene que decidir, resolverá lo procedente en cuanto a recoger o no las modificaciones propuestas. Concretamente, propuso que en el Anteproyecto se conceda un derecho general de cautela, con especiales atribuciones flexibles a los jueces correspondientes y de este modo se podrían regular mejor las anotaciones preventivas de demanda, otro tanto se podría hacer con la suspensión de acuerdos sociales.

3. «*La prueba en el Anteproyecto de 1997*», por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS. En el Borrador inicial se hacía tabla rasa de los artículos 1.214 a 1.253 del Código Civil, que componen el capítulo dedicado a la prueba en dicho cuerpo legal. En el Anteproyecto posterior se ha distinguido, derogando sólo los preceptos del Código relativos a la confesión, la inspección personal del juez, los peritos, testigos y presunciones. Se mantienen los preceptos referentes a los documentos privados, excepto el artículo 1.226. En cuanto a los documentos públicos, sólo se proyecta derogar dos de sus preceptos, pero uno de ellos es quizá el de contenido más importante, pues se trata del artículo 1.218 que, como es sabido, establece que los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste.

El conferenciante hace un exhaustivo examen de los preceptos que se proyectan y RODRÍGUEZ ADRADOS, prestigioso Notario, culmina su examen en los documentos públicos. En esta materia es una autoridad reconocida y su crítica es concluyente, considera poco justificada la derogación del artículo 1.220 y menos aún la del artículo 1.218, diciendo que una ley procesal no es adecuada para alterar un precepto incluido en el capítulo del Código que se refiere a la prueba de las obligaciones, los documentos públicos tienen una mayor eficacia probatoria en la vida extraprocesal que en el proceso y llevan a cabo la ordenación negocial de la vida privada, no sólo como medios de prueba, sino como más bien como formas constitutivas de los propios negocios jurídicos. Si desaparece la norma fundamental del artículo 1.218, el articulado que el Código dedica a los documentos públicos quedará sin sentido.

Por todo ello, RODRÍGUEZ ADRADOS dice que, si bien hay algunas medidas aceptables en la reforma proyectada, por el contrario, en lo referente a la prueba documental, el Anteproyecto entra, como el caballo de Atila, en la regulación de la vida jurídica no contenciosa, que es ajena a su competencia, ocasionando con ello tal incremento de la litigiosidad que daría al traste con las pretendidas ventajas de la reforma procesal.

4. «*El recurso de casación en el Anteproyecto*», por ANTONIO GULLÓN BALLES-TEROS. Empezó la conferencia señalando las orientaciones básicas del nuevo recurso de casación que se quiere configurar en el Anteproyecto, y que son las siguientes: acceso a la casación de todas las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales; desglose del actual recurso en dos, uno llamado «recurso extraordinario por infracción procesal» y otro denominado simplemente «recurso de casación». El primero es simplemente el actual

recurso cuando se ampara en los tres primeros números de artículo 1.692, según la Ley de Enjuiciamiento Civil, reformada en 1992. El recurso de casación normal se mantiene en el Anteproyecto dentro de la competencia del Tribunal Supremo, aunque mermada significativamente en algunos casos a favor de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Presenta el nuevo recurso algunas novedades: es llamativa la desaparición de cualquier límite de orden económico para que las sentencias dictadas por las Audiencias accedan a la casación, lo que se considera elogiabile. Pero no hubiera estado de más limitar también el acceso por razón de algunas materias.

5. «*La ejecución forzosa en el Anteproyecto*», por LUIS DíEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN. La ejecución de sentencia, dijo el conferenciante, constituye el objeto central del poliforme derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como la consagra el artículo 24 de la Constitución.

La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil presenta en la materia una notoria insuficiencia; sus preceptos no dan respuesta a una serie de problemas que se presentan en la práctica. Así, en las sentencias meramente declarativas, a veces es necesario distinguir cuando realmente declaran un derecho o cuando simplemente hacen declaraciones por pura coincidencia con las súplicas que las partes han realizado.

Lo que puede inducir a error en la calificación del juicio ejecutivo es la circunstancia de que forma parte de sus primeros trámites el apoderamiento de los bienes del deudor, que se conoce con el nombre de embargo, y la de que va seguido, después de dictada la sentencia, de la expropiación de sus bienes, en el llamado procedimiento de apremio.

En el Anteproyecto no se ha regulado con este nombre un proceso de ejecución, pero se ha aproximado a esta idea, porque reconoce la existencia de una acción ejecutiva, de una demanda ejecutiva y de una fase estrictamente declarativa que puede ser consecuencia de la oposición a la ejecución. Sin embargo, ha evitado la idea de «proceso de ejecución», empleando la más modesta denominación de «ejecución forzosa». Examina el artículo 520 del Anteproyecto, donde se enumeran los títulos ejecutivos y los preceptos siguientes que desarrollan la materia.

Como final de su exposición señaló el profesor DíEZ-PICAZO que cuando el título ejecutivo se refiera a un *facere* de carácter personalísimo se regulan, como especial novedad, los apremios al ejecutado, con multas por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo. También se dedica un precepto a la condena a la emisión de una declaración de voluntad, salvando una laguna que ya había sido integrada por la práctica forense. Finalmente, por lo que se refiere a las condenas de no hacer, se recoge una idea del artículo 1.098 del Código Civil para ordenar al ejecutado que deshaga lo mal hecho.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

VILLARÍN LAGOS, MARTA: *La tributación de los documentos notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona, 1997. Un tomo de 412 páginas.

Parece oportuno comenzar la recensión de un libro sobre la tributación de los documentos notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Docu-

mentados con las palabras de un Notario, sobre todo si la exposición de este último va especialmente dirigida a futuros Notarios y con mayor razón si la edición corresponde a un Colegio Notarial, a través de su órgano cultural e informativo. Por ello acudimos al concepto del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados de CASIMIRO GARCÍA JIMÉNEZ, en sus *Temas de Legislación Fiscal (Oposiciones a Notarías)*, publicados por el Ilustre Colegio Notarial de Granada, (Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado), quien lo define como «un gravamen de carácter documental consecuente a la protección derivada de las solemnidades formales requeridas por el ordenamiento jurídico». Sin embargo, ya desde estas primeras líneas conviene advertir que acaso ninguno de los elementos de esta definición sea aceptado sin más con referencia a los documentos notariales por la autora del estudio que ahora recogemos, y ello nos da idea de la profundidad de su investigación, que llega a la entraña misma del gravamen y recorre, como veremos, sus diferentes aspectos.

Dentro del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, el gravamen sobre actos jurídicos documentados, «proyectado a modo de cierre del sistema tributario» —como reconocía el Preámbulo de la Ley reguladora de 21 de junio de 1980—, y con un reducido tipo de gravamen del 0,50 por 100 para los supuestos más frecuentes de pago a metálico, viene a ser el «hermano pequeño» tras sus mayores las modalidades de transmisiones patrimoniales onerosas y operaciones societarias. Acaso por ello, amén de por su intensa relación con diversas figuras jurídicas, haya sido estudiado con mimo en los manuales del Impuesto y en monografías, entre las que cabe citar la de MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ, *Nueva fiscalidad de los actos jurídicos documentados*, Madrid 1994, de la que se dio noticia en el número 634, mayo-junio 1996, de esta REVISTA.

La actual regulación del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados de documentos notariales se recoge bajo tales epígrafes en los artículos 28 a 32 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y en los artículos 67 a 75 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba su Reglamento, diferenciando la imposición de las matrices y copias de las escrituras y actas notariales, así como los testimonios la denominada *cuota fija*, de 50 pesetas por pliego o 25 pesetas por folio, tras su elevación por la Ley de Presupuestos para 1993— y las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil y de la Propiedad Industrial y no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos de transmisiones patrimoniales onerosas y operaciones societarias la *cuota variable*, al tipos de gravamen del 0,50 por 100. La autora del libro del que ahora corresponde ocuparse prefiere dar a las referidas modalidades los nombres de «gravamen sobre el *instrumentum* notarial» y «gravamen sobre el *negotium* notarial» porque, explica, la denominación tradicional —empleada por el propio Reglamento— incurre en un error de concepto; en puridad, tributos fijos o de cuota fija son aquéllos cuyo hecho imponible no es susceptible de graduación y cuya cuantía viene determinada directamente por la norma jurídica, mas en la tributación de que se trata no los hay, pues la llamada *cuota fija* depende de la extensión del documento.

Junto a esta precisión terminológica, el impuesto se valora negativamente en cuanto no responde al principio constitucional de capacidad económica. Sus citadas modalidades se consideran tributos diferentes. El «gravamen sobre el *instrumentum* notarial» se configura como un tributo que recae sobre documentos en sentido formal. Al «gravamen sobre el *negotium* notarial» se le niega la naturaleza de tributo y se le incardina con cierta violencia dentro de la categoría de las tasas, como consecuencia de implicar la actividad notarial de dación de fe pública, afirmándose por lo menos su compatibilidad con el arancel notarial. Se contempla además su conversión en un tributo de registro, que requiera la inscripción y no sólo la inscribibilidad de los actos y contratos a que se refiere. Sin embargo, en este último punto cabe sostener que esta exigencia de la práctica del asiento para el devengo del impuesto puede ocasionar en la práctica los problemas que, en otro ámbito, han originado los artículos 40 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto y 82 de su Reglamento, al sujetar al impuesto «las anotaciones que se practiquen en los Registros públicos» con determinados requisitos, lo que, según Resolución del TEAC de 24 de abril de 1980, implica que «el hecho imponible lo constituye hoy el asiento registral de anotación preventiva efectivamente practicado en el Registro público correspondiente». De seguirse el mismo criterio con el gravamen gradual sobre documentos notariales la Administración Tributaria perdería a este respecto el que ha sido denominado (MARTÍNEZ LAFUENTE) «el efecto más intenso que deriva de la colaboración de otras instituciones en la gestión del impuesto»: el cierre registral de los artículos 54.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto y 122 de su Reglamento.

En cuanto a la estructura del libro, entre la introducción y las conclusiones se desarrollan siete capítulos que se relacionan a continuación:

— Capítulo II, evolución histórica, aunque tampoco falta la referencia al Derecho Comparado en otras partes de la obra.

— Capítulo III, hecho imponible, con especial atención a actos relacionados con la propiedad inmobiliaria (declaración de obra nueva, división en propiedad horizontal y modificación de entidades hipotecarias, condiciones resolutorias explícitas convenidas en las transmisiones empresariales), a operaciones societarias (modificación de estatutos, transformación, prórroga, cambio de acciones nominativas o al portador) y a supuestos sucesorios (declaración de prescripción, renuncia o partición de herencia documentadas notarialmente); la sujeción de los préstamos hipotecarios no empresariales se estudia en otro lugar; aquí se pudo tratar además de la sujeción de actas y escrituras de subsanación, complementarias o de rectificación, o de las escrituras de elevación a público de documentos privados.

— Capítulo IV, requisitos espaciales, en el que se examinan también el ámbito territorial de aplicación del impuesto, el problema de «deslocalización» o «transfuguismo» a Comunidades Autónomas con tipos más favorables al contribuyente y lo que ha supuesto a este respecto la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y de medidas fiscales complementarias, pero sin recoger el juego de sus artículos 15.3 y 21.3.

— Capítulo V, requisitos temporales.

— Capítulo VI, obligados tributarios, con especial consideración de las obligaciones y deberes tributarios de los Notarios y de su responsabilidad.

— Capítulo VII, exenciones fiscales, deteniéndose en el debatido tema de la exención de los préstamos hipotecarios.

— Capítulo VIII, cuantificación del gravamen y comprobación de valores, en el que pudiera haber sido procedente hablar de la base imponible en los préstamos hipotecarios sujetos, es decir, de si está constituida únicamente por el importe del capital (Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 1994) o por la totalidad de los conceptos garantizados (respuestas de la Dirección General de Tributos de 26 de enero de 1995, 8 y 27 de mayo y 17 de julio de 1996 a consultas formuladas al efecto; en igual sentido, respecto de la ampliación de préstamos hipotecarios, Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 22 de septiembre de 1994 y respuesta de la Dirección General de Tributos de 21 de noviembre de 1997; y, respecto de su cancelación, respuesta de la Dirección General de Tributos de 20 de julio de 1996).

En algunas de estas materias los aplicadores del Derecho pueden echar de menos la cita de doctrina administrativa, respuestas de la Administración a consultas o jurisprudencia (como en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1995, declarando no sujeta la escritura de conversión de acciones al portador en nominativas, por carecer de contenido valuable, postura que fue recogida posteriormente por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 1996, «con independencia del juicio de legalidad del artículo 75.6 del Reglamento del Impuesto» y subsumida, después de la publicación del libro que aquí presentamos, en las dos Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1997 que, junto con la de 3 de octubre de 1997, anulan determinados preceptos reglamentarios, algunos relativos al impuesto analizado). Sin embargo, la referencia bibliográfica es adecuada, en una obra bien estructurada, que recoge los principales debates de la tributación de Actos Jurídicos Documentados de documentos notariales ha venido planteando y permite al lector ahondar en la complejidad de la figura, proporcionándole material idóneo para la resolución de aquellas otras cuestiones que la realidad, indefectiblemente, depara.

ELENA MÚGICA ALCORTA

MONTSERRAT VALERO, ANTONIO: *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (Art. 131 LH)*, Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona, 1998. Un tomo de 596 páginas.

El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria ha sido objeto en los últimos años de dos monografías: la de un profesional del Derecho (LÓPEZ LIZ, *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1987, cuya 2.ª edición está anunciada a la fecha de escribir estas líneas) y la de un hipotecarista (GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Madrid 1994). Junto a ellas, han sido editadas las ponencias de Magistrados, Catedráticos y Registradores de la Propiedad en unas jornadas sobre este proceso (*Práctica Hipotecaria. Procedimiento Judicial Sumario. Artículo 131 LH*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Madrid, 1994). Aparece ahora la obra de un doctor y profesor de Derecho Civil, ANTONIO MONTSERRAT VALERO, del que los lectores de esta REVISTA CRÍTICA

tienen noticia por su estudio sobre «La sucesión *iure transmissionis*, el concurso de delaciones en un mismo heredero y el impuesto de sucesiones», publicado en el número 622, mayo-junio 1994. Pero no se piensa que estamos ante una exposición de las materias estrictamente civiles vinculadas al procedimiento, sino que el análisis abarca las ineludibles cuestiones de índole procesal e hipotecaria e incluso aborda aspectos conexos de diverso carácter como, por ejemplo, constitucional, notarial, laboral o tributario. Y aunque en algunas disciplinas falte la autoridad del especialista, la preparación civilista del autor y su cabal investigación enriquecen el enfoque teórico y práctico de esta institución de ejecución procesal y «de base estrictamente registral» (GARCÍA GARCÍA).

El libro está estructurado en tres partes referidas, sucesivamente, a desarrollo del procedimiento, cuestiones de derecho sustantivo y cuestiones de derecho procesal. Cada parte está organizada en capítulos a su vez divididos en apartados, dentro de los cuales cada cuestión se aborda en diferente epígrafe, debidamente numerado y titulado —por ejemplo, el guarismo 471 precede al último epígrafe, que se titula «Los argumentos formales y materiales (razón de ser de la excepción) inclinan a la aplicación del plazo del artículo 411 LEC al procedimiento del artículo 131 LH»—. La obra termina con un completo índice analítico y la referencia bibliográfica. Pudiera haber resultado de utilidad un índice del amplio elenco de resoluciones citadas, hasta la última cronológicamente Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1997.

La primera parte, sobre desarrollo del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH trata de unas cuestiones previas; de las fases del procedimiento: iniciación (reglas 1.<sup>a</sup> a 6.<sup>a</sup>), subasta del bien hipotecado (reglas 7.<sup>a</sup> a 16.<sup>a</sup>) y distribución del precio del remate y adecuación del Registro a la realidad (regla 17.<sup>a</sup>) —LÓPEZ LIZ, siguiendo el esquema de GUASP, las denomina «instrucción e iniciación», «ejecución o expropiación» y «normalización jurídica o extinción del procedimiento»; y GARCÍA GARCÍA distingue: demanda y documentos que la acompañan certificación registral y nota marginal de su expedición, notificaciones al tercer poseedor y acreedores posteriores, administración y posesión interina de la finca hipotecada, fase de subasta y fase de adjudicación, inscripción y cancelaciones en el procedimiento judicial sumario—; finalmente, se cierra esta primera parte del libro con la suspensión del procedimiento, donde se incluye el análisis sustantivo de la retroacción de la quiebra en relación con la hipoteca.

La segunda parte se ocupa de las siguientes cuestiones de derecho sustantivo en torno al procedimiento del artículo 131 LH: si extingue la ejecución hipotecaria los arrendamientos celebrados después de la constitución de la hipoteca; intereses y otros accesorios garantizados por la hipoteca, las cláusulas de vencimiento anticipado; la ejecución de la hipoteca por el cesionario del crédito hipotecario; y la posición del adjudicatario de la finca hipotecada.

Merecen nuestro detenimiento las valiosas páginas dedicadas al estudio de la extinción o subsistencia de los arrendamientos posteriores a la hipoteca que se ejecuta, materia que el autor ya había analizado en «La ejecución de la hipoteca y la extinción de los arrendamientos urbanos posteriores a su constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo», *Revista Jurídica de Catalunya*, número 3, 1992. El Tribunal Constitucional no tercia en la cuestión, que corresponde dirimir a la jurisdicción

ordinaria, pero considera contrario al derecho constitucional de tutela judicial efectiva el lanzamiento del arrendatario en el procedimiento del artículo 131 LH sin ser oído en juicio. La jurisprudencia civil, excepción hecha de los arrendamientos simulados y fraudulentos, se inclina por la subsistencia del arrendamiento urbano en las cinco sentencias que claramente versan sobre el supuesto. Se aconseja notificar la existencia del procedimiento, junto a los interesados, a los arrendatarios, no sólo en los arrendamientos que se extinguen con la ejecución, sino incluso en los casos en que la jurisprudencia estima la subsistencia del arrendamiento, porque ésta no se basa en una norma legal clara y quizá cambie el criterio algún día. Se plantea además el problema de si el mismo Juez hipotecario en el seno del procedimiento judicial sumario puede decidir la cuestión.

Otras cuestiones, como las consideraciones sobre intereses variables, se centran sin mayor hondura en lo que hace referencia a la ejecución hipotecaria; lo mismo sucede respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado, cuya validez e inscribibilidad se resumen brevemente siguiendo a AVILA NAVARRO, *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, Madrid 1990. Al tratar de la ejecución de la hipoteca por el cesionario del crédito hipotecario y de la posición del adjudicatario de la finca hipotecada se reflexiona sobre el carácter constitutivo de la inscripción de cesión del crédito hipotecario, el alcance de la subrogación en las cargas preferentes y si el adjudicatario reúne la condición de tercero hipotecario protegido por la fe pública registral.

La última parte del libro atiende a las cuestiones de orden procesal en torno al procedimiento del artículo 131 LH: constitucionalidad del procedimiento; nulidad del procedimiento, en íntima relación con los vicios detectados al exponer su desarrollo; la posición de los sujetos en el procedimiento; la notificación de las resoluciones; los recursos contra dichas resoluciones; y la caducidad en la instancia.

Desde el punto de vista del Derecho Registral Inmobiliario, acaso el lector hipotecarista eche de menos claridad conceptual en el entendimiento de ideas clave como el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca en el Registro de la Propiedad, o la eficacia *inter partes* y frente a terceros de las cláusulas contenidas en los préstamos hipotecarios. También en algunos puntos pudiera haberse destacado la doctrina emanada de la Dirección General de los Registros y del Notariado por reiteración de sus Resoluciones: así, en materia de anatocismo —cuya inscripción no se admite ni a los limitados efectos de la determinación de los intereses de demora devengados—, gastos extrajudiciales o necesaria diferenciación de los conceptos garantizados por la hipoteca.

Pasando a temas fiscales, se estudia correctamente la tributación de los préstamos hipotecarios y de las adjudicaciones derivadas del procedimiento judicial sumario. No obstante, se cita una práctica de liquidación del gravamen gradual del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados según la cual la base imponible respecto de los intereses moratorios, cuando se ha pactado el anatocismo, está constituida no sólo por el importe del capital sino también por los posibles intereses remuneratorios capitalizados, práctica que no está generalizada y que tampoco se explicita en las respuestas de la Administración a consultas (así pueden citarse las de la Dirección General de Tributos de 26 de enero de 1995 o 17 de julio de 1996). Por otro lado se incurre en el error de considerar el mandamiento de cancelación de cargas sujeto «al 0,5 por 100 del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (art. 31.2), ya que se trata de actos inscribibles en el Registro», cuando en realidad dicho manda-

miento no está sujeto: el tipo de gravamen del 0,50 por 100 es aplicable a primeras copias de escrituras y actas notariales, pero no a documentos judiciales, y como documentos administrativos se someten a liquidación las anotaciones preventivas, pero no su cancelación.

Con todo, conviene resaltar la calidad del estudio realizado por ANTONIO MONTSERRAT VALERO, la hondura de su investigación, el planteamiento de las cuestiones desde diversas disciplinas, la amplia cita jurisprudencial, la indudable aplicación práctica de los análisis rechazados, y recomendar su lectura a quienes estén en relación con el desarrollo y resultado de procedimientos judiciales sumarios de ejecución hipotecaria.

ELENA MÚGICA ALCORTA

LÓPEZ LIZ, JOSÉ: *Contra la hipoteca*, Bosch, Barcelona, 1999. Un tomo de 661 páginas.

Hace poco recibí una atenta carta de un abogado de Barcelona en la que, con un estilo de abierta franqueza, me preguntaba de entrada si podríamos considerarnos amigos, toda vez que él lo era de varios de los Registradores de la Ciudad Condal y de otros muchos sitios.

Por supuesto, no dudé en aceptar la amistad que se me ofrecía tan campechanamente, sobre todo cuando, además, me invocaba nada menos que el recuerdo de nuestro querido amigo y compañero desaparecido JOSÉ MARÍA CHICO. Este le había comentado y resumido algunos de sus libros y, ante su falta, acudía a mí en petición de que en adelante fuese su resumidor o recensionista, que no sé cómo se dirá más correctamente, pues en el Diccionario de la Real Academia Española no vienen tales palabritas.

Mal ha elegido al sucesor, pues mis comentarios no pueden llegar, ni con mucho, a la maestría que en estos trances tenía JOSÉ MARÍA; pero, puesto que el autor se arriesga, con su pan se lo coma, y aquí estoy dispuesto a poner de mi parte todo lo que pueda y accedo a su petición.

No imaginaba que el peticionario fuese tan prolífico, pues a seguido de la carta recibí dos libros de su autoría y ahora acabo de recibir otro más, que es el que vamos a comentar primero, ahora diré por qué; y no sé si tendrá ya algún otro en el telar, todo puede ser. El caso es que pide que anticipe la glosa de este libro a los otros dos que remitió antes y así lo hago a su ruego. Esto supone un tanto romper el «prior tempore», cosa sagrada para un Registrador; pero lo cierto es que la permuta y la posposición de puestos está claramente admitida por la doctrina y hasta por el mismísimo Reglamento Hipotecario que en su artículo 241 regula unos requisitos que aquí se dan claramente, sobre todo, el imprescindible consentimiento expreso del interesado.

Y es que éste tiene razones evidentes y hasta perentorias para meter prisas, porque trata, nada menos, según dice, de salvar la sagrada institución de la hipoteca de los peligros que la acechan si es que llega a ser Ley, tal como se redacta actualmente, el proyecto de la de Enjuiciamiento Civil que se está tramitando en las Cortes.

La cosa es importante y hasta vital para un Abogado ejerciente que se mueve en estas esferas en su cotidiana actuación profesional y sabe por propias experiencias la importancia que las normas procesales tienen en el buen funcionamiento de las cuestiones que son su base de trabajo. JOSÉ LÓPEZ LIZ,

además, ha vertido sus estudios y experiencias en varios trabajos importantes; en esta Revista hay constancia de al menos tres de sus libros, que comentó el aforado JOSÉ MARÍA CHICO como él solo sabía hacerlo: En 1994 se publicó «El procedimiento extrajudicial notarial de ejecución hipotecaria»; en 1995, «Subrogación y modificación de créditos hipotecarios» y en 1996, «Los tipos de interés, una incógnita permanente». Además, en 1987 publicó otra obra, casi enciclopédica, sobre «Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», de la cual ha aparecido ahora una segunda edición, la clásica corregida y aumentada, y cuyo comentario, ya hemos dicho, ha quedado aparcado por posposición.

Y vamos ya con este libro. Su idea central, parodiando al célebre manifiesto del alcalde de Móstoles, podría ser: «La hipoteca está en peligro ¡acudid a salvarla!» En efecto, LÓPEZ LIS comienza su alegato afirmando que la hipoteca es actualmente una fortaleza decadente porque varias leyes, ya en vigencia o en proyecto, amenazan con desencadenar problemas que pueden significar la decadencia de la figura. Así, cita como leyes en esa dirección la de la subrogación de hipotecas, las del suelo y el proyecto de retocar y sustituir el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Igualmente nos dice el autor que tampoco escapa la hipoteca a ciertas amenazas de orden judicial como la negación del vecimiento anticipado por impago de cuotas y el olímpico desprecio de los tribunales en algunos casos puntuales, como cuando se decreta la extinción de una hipoteca en una tercera o la exculpación judicial de los «ocupas» de una finca que podía estar hipotecada. Eso hace exclamar a LÓPEZ LIS, ¿a dónde vamos a llegar?

Así cierra su capítulo 1.º y en los siguientes analiza varias de las que llama «andadas» legislativas contra la hipoteca, empezando por la Ley de Disciplina Bancaria y la Orden de transparencia de los préstamos hipotecarios con su clausulado financiero estandarizado, que contienen un auténtico rosario de sanciones muy parecidas a un Código penal. La Orden da lugar a una complejidad extraordinaria; ejemplo es la enrevesadísima fórmula del cálculo de los intereses que, por supuesto, no es posible trasladar a los folios del Registro de la Propiedad.

Otra ley que atenta y no poco para la efectividad de la hipoteca es la de Costas que ha venido a limitar el dominio de las fincas situadas en su ámbito, hasta deslindar la zona de dominio marítimo-terrestre. El autor hace una detallada exposición de las limitaciones que se producen, resaltando la antinomia que se origina entre la Ley de Costas y la Hipotecaria, pues en la primera se afirma pomposamente nada menos que la protección registral queda inerte frente a la declaración de dominio público que puede sobrevenir. En estas condiciones, ¿quién arriesga en préstamos bajo hipoteca sobre fincas que aunque perfectamente inscritas, pueden ser barridas?

Y si pasamos a las normas sobre el suelo el panorama es doblemente inseguro, por su inmensa variedad. Ya no se trata de «una ley del suelo», pues la de 1990-92 fue prácticamente barrida por la célebre sentencia del Tribunal Constitucional que rindió pleitesía a las ansias competenciales autonómicas. Ahora hay una «mini ley» del suelo nacional de 13 de abril de 1998 y una multitud de leyes autonómicas, cada una de ellas a su aire, que solo coinciden en conceder amplísimas facultades a los órganos municipales, con lo que la variedad es totalmente taifal. Con bastante razón se ha dicho, además, que el titular del suelo urbano ya no es propietario, sino más bien un simple concesionario de la Administración que, en cada caso le otorga unas facultades con

cuentagotas, sin que pueda pasarse un milímetro so pena de expropiaciones sin cuento. Se dirá que exageramos, pero no mucho, la verdad. El autor del libro hace un estudio a fondo de lo que puede pasar con la propiedad y la vivienda en relación con el crédito hipotecario tras las normas urbanísticas, que se escudan en la célebre función social de la propiedad para dictar unas normas realmente restrictivas. Se dedican 126 páginas del libro a narrarnos todo el entramado legal que, adobado con las variantes autonómicas, produce auténtico mareo.

En el capítulo 5.º estudia LÓPEZ LIZ la ley que quizá ha producido mayores problemas a las entidades de crediticias que es la de subrogación y modificación de créditos hipotecarios. Ha tenido gran aplicación, ya que a ella han acudido los prestatarios con la natural fruición para obtener mejores condiciones. Aquí el autor la contempla desde la trinchera de los acreedores y su visión tiene que ser, naturalmente, negativa; dice que fue perjudicial para las entidades de crédito a las que hizo resentirse en su equilibrio financiero, al menos en las relaciones a largo plazo. Reconoce, no obstante, la ley vino a paliar una situación injusta ante el descenso generalizado de los tipos de interés. Se detallan los supuestos en el libro, junto con las consecuencias de la promulgación de la Ley del Mercado Hipotecario, que se estudian ampliamente. En los Registros de la Propiedad la repercusión de ambas leyes ha sido enorme y se han producido numerosos asientos, a veces con problemas, que han puesto de manifiesto el buen hacer y el sentido práctico de los Registradores.

¿Y qué decir de los problemas de la ejecución de hipotecas cuando se adjudican fincas arrendadas? La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 ha sido interpretada de modo poco claro y aún contradictorio por los tribunales, incluido el Constitucional. El autor nos hace una extensa exposición de estos avatares jurisprudenciales que se presentan a la hora de lanzar a un inquilino de una finca adjudicada en procedimiento hipotecario.

En el capítulo 7 recoge el libro otros supuestos que pueden significar atentados contra el sistema hipotecario español, empezando por un proyecto de ley de suspensión de pagos en casos de créditos hipotecarios con garantía de viviendas de protección oficial y el autor nos dice al respecto que lo mejor sería respetar las reglas del mercado y no turbarlas con desregulaciones del todo innecesarias. Otra Ley que va contra la hipoteca por su gravamen fiscal es la del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que no hace caso de las normas comunitarias al respecto.

La muerte anunciada del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria es, a juicio de LÓPEZ LIZ, otro de los ataques que se pueden propinar a la hipoteca. Se han empeñado en sacar este procedimiento de su lugar adecuado, que es la Ley Hipotecaria, para meterlo en la Ley de Enjuiciamiento; de momento este proyecto ya ha superado las enmiendas a la totalidad en las Cortes. La hipoteca es un derecho que se basa en el principio de presunción de exactitud o legitimación registral y sacarlo de su verdadero ámbito es un dislate. Los artículos 105 de la Ley Hipotecaria y 1876 del Código Civil la configuran como un *ius distrahendi* del acreedor sobre la cosa; es un derecho real de naturaleza civil, apoyado en el Registro; quererle dar una visión sólo procesalista, al trasladar a la nueva ley sus preceptos y dejando *in albis* a la Ley Hipotecaria es deformar la institución con riesgo de dañarla.

Esta es la idea central que sigue el autor en este libro, dedicando los cuatro capítulos restantes a analizar la proyectada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el último capítulo, y a modo, de epílogo, concibe la esperanza de que renazca la buena doctrina a raíz de una sentencia del Tribunal Constitucional de 1997, en la que acertadamente se declara que el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria es especial de ejecución, mediante el cual el acreedor ejercita el *ius distrahendi* que le confiere el derecho real de hipoteca para conseguir la realización del valor de la finca hipotecada y obtener así la satisfacción de su derecho de crédito.

Acaba el libro con un auténtico manifiesto. Dice a los Notarios y Registradores que se movilicen en defensa de la hipoteca; la hipoteca, dice, es una necesidad. También pide que se movilicen las entidades de crédito, los deudores y las asociaciones de consumidores.

Lo dicho, acudid a salvar la hipoteca, pues está en peligro. Esa es la idea central del libro, bien documentado y perfectamente escrito, con un lenguaje ágil y expresivo, que se lee con interés.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Tomo V. Urbanismo y Registro*. Editorial Civitas, Madrid, 1999. Un tomo de 1.587 páginas.

Que el urbanismo ha encontrado pleno acomodo en el Registro de la Propiedad y que ya no se concibe una ordenación territorial sin su constancia en los folios hipotecarios, es una idea generalmente admitida y constatada de modo pleno por la práctica.

La Ley Hipotecaria nació en plena época individualista y bajo los principios entonces vigentes de una economía liberal y por ello se centró su esencia y razón de ser tan solo en el reflejo de la titularidad del propietario y la defensa de sus derechos sobre las fincas. Pocos podían pensar en 1861 que al correr de los años el Registro podría también constituir el mejor medio de publicidad efectiva para encauzar y garantizar los fenómenos urbanísticos que, con un tinte marcadamente social, caracterizan la propiedad de nuestros días.

La generalidad de los autores, tanto de D.<sup>o</sup> Administrativo como civilistas o hipotecaristas, han aceptado la coincidencia entre los sistemas registral y urbanístico para enfocar las cuestiones que les son comunes. En primer lugar, ambos tienen por objeto bienes inmuebles; por otra parte, el planeamiento urbanístico delimita el derecho de propiedad, que es la institución característica del sistema registral y, por último, el desenvolvimiento de la función social de la propiedad se publica en el instrumento creado para dar seguridad jurídica al tráfico inmobiliario.

JOSÉ MANUEL GARCÍA, Registrador de la Propiedad de Barcelona, y al que todos reconocemos como uno de nuestros más destacados hipotecaristas, ya había desarrollado la idea de esta relación ineludible cuando publicó el primer tomo de este monumental «Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario» en 1988. Allí analizaba la coordinación entre el Derecho Hipotecario y el Urbanístico en las distintas fases sucesivas del planeamiento, la gestión y ejecución y en la de edificación y uso del suelo.

Desde que publicó el segundo tomo de la obra, nuestro amigo JOSÉ MANUEL estaba un poco en deuda con nosotros, que hemos estado esperando la aparición de los tomos siguientes. Y ahora se salta el orden de aparición, por

evidentes razones perentorias, y nos publica el tomo V, tratado también monumental del Urbanismo.

La normativa aparecida en pocos años sobre el Urbanismo es realmente impresionante por lo numerosa y confusa. Ha de tenerse en cuenta además que ha mediado una sentencia que entró como el caballo de Atila en la Ley del Suelo de 1992, produciendo una confusión considerable; si a eso le añadimos las distintas normas autonómicas, que no paran de salir, se produce una selva inextricable en la que, para entrar, hay que ser muy enterado y muy valiente.

JOSÉ MANUEL GARCÍA es ambas cosas y aquí el espléndido resultado de este trabajo, que viene a proporcionar una orientación muy valisa para los juristas que hayan de afrontar cuestiones sobre urbanismo. Este es un libro, no de anaquel de biblioteca, sino de uso continuo; su sitio ha de ser la mesa de despacho, teniéndolo a mano.

Para redactar esta obra el autor ha tenido que atender a una minuciosa busca de normas, tanto nacionales como regionales y nadie imagina, si no lo ha experimentado, el esfuerzo que supone acudir no sólo al «Boletín Oficial del Estado», sino también a los diecisiete boletines autonómicos y aplicar estas dispersas normas a cada uno de los supuestos y apartados que se estudian en el libro.

Difícilísimo, de verdad, porque para cada concepto ha tenido que exponer, como apoyo a su doctrina, las distintas leyes del suelo de 1976, 1992 y 1998, junto con las de las autonomías, y los distintos reglamentos, unos con plena vigencia y otros podados parcialmente. Realmente es de auténtica locura. Y el autor lo ha conseguido.

Con estos materiales normativos, JOSÉ MANUEL GARCÍA ha ensamblado la doctrina y la jurisprudencia para construir esta monumental teoría del Urbanismo, contemplando para ello las diversas fases sucesivas del planeamiento, la gestión, las parcelaciones urbanísticas, la edificación y, por último, la disciplina urbanística.

En el capítulo I se estudia la fase de planeamiento, cuyas determinaciones más importantes a efectos registrales son las clasificación del suelo, los usos e intensidades de las parcelas, las limitaciones y previsiones urbanísticas que afectan a las parcelas, las áreas de reparto, los sistemas de ejecución y los plazos de edificación y urbanización. Rechaza los tópicos que, según algunos, dificultan la coordinación de Urbanismo y Registro en esta fase, resultando, por el contrario, varias ventajas que se obtienen de tal coordinación y que se manifiestan especialmente en la subrogación establecida en el nuevo artículo 21 de la Ley de 1998, y en la constancia registral de la impugnación del planeamiento o de la tramitación o aprobación del plan y las cesiones de terrenos, entre otros.

En la fase de gestión es donde se produce una mayor relación entre la finca registral y el Urbanismo, al procederse a la ejecución del planeamiento sobre fincas concretas. En el capítulo II se estudia esta fase empezando por distinguir las actuaciones sistemáticas o integradas y las asistemáticas o aisladas, para pasar después a contemplar los distintos sistemas de actuación ya conocidos de cooperación, compensación y expropiación, donde el autor recoge las especialidades que al respecto se apuntan en algunas normas autonómicas.

En la fase de parcelaciones urbanísticas existe la necesidad de un control de la Administración urbanística para evitar parcelaciones ilegales o en suelo

no urbanizable, donde el Registro de la Propiedad presta una colaboración inestimable al impedir las segregaciones indebidas, sea en el ámbito puramente urbanístico como en la infracción de la normativa de unidades mínimas de cultivo. A lo largo de siete capítulos, del III al IX, se estudia ampliamente la reparcelación, desde sus ideas generales al procedimiento completo. La iniciación se plasma en el Registro mediante la nota marginal que produce unos efectos muy relevantes de publicidad *erga omnes*. Efectuadas las operaciones técnicas, la reparcelación da lugar a una nueva organización del suelo, con desaparición de las fincas antiguas que se reemplazan por las de resultado. La inscripción de estas operaciones y los efectos subrogatorios, con sus excepciones, son expuestos por el autor de un modo claro y completo, en un análisis verdaderamente exhaustivo.

Al sistema de compensación se dedican los capítulos X y XI del libro, diciéndonos el autor que consiste en una actuación privada de los propietarios, constituidos en juntas de compensación, que, una vez aportados a la Administración los terrenos de cesión obligatoria, redactan el proyecto y realizan la urbanización, todo ello con aprobación de la Administración actuante. Dada la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucionales los preceptos que a este tema dedica la Ley del Suelo de 1992, habrá que acudir a la de 1976 en sus artículos 126 y siguientes. Además, el autor espiga entre las variadas normas autonómicas y saca adelante una muy aceptable sistemática de gran utilidad práctica, exponiendo detalladamente la importante figura de las juntas de compensación.

El aprovechamiento urbanístico es una institución que ha adquirido carta de naturaleza en el Urbanismo y que tiene su reflejo en el Registro cada vez con mayor frecuencia, al ser muy útil sobre todo para los Ayuntamientos. Consiste el aprovechamiento, como nos dice GARCÍA GARCÍA, en calcular la edificabilidad de la finca que se pone en marcha mediante la obtención de la correspondiente licencia municipal. Al ser una de las técnicas urbanísticas para la justa distribución de beneficios y cargas en la ejecución del planeamiento, puede darse tanto en la fase de gestión como en la de edificación. A estudiar los conceptos generales del aprovechamiento urbanístico y como hacer constar en el Registro los actos de su transferencia y gravamen con todas sus variantes, se dedican dos capítulos en el libro, a los que se puede acudir para solucionar todas las dudas.

En la fase de edificación se procede al control de las edificaciones exigiéndose, para poder inscribir las declaraciones de obra nueva en el Registro de la Propiedad, la licencia municipal y la certificación del técnico competente acreditativa de que dicha obra se ajusta al proyecto con el que se obtuvo la licencia. En la Ley del Suelo de 1998 se recoge lo fundamental que ya se regulaba antes sobre este punto, aunque se prescinde de aquel escalonamiento progresivo de facultades que se consideraba necesario para llegar al dominio de lo edificado. El autor estudia en los capítulos 16 y 17 los aspectos urbanísticos de la declaración de obra nueva y los requisitos para su inscripción.

En el capítulo 18 se estudia la cuestión de las parcelaciones urbanísticas en relación con la posibilidad o no de dividir las fincas, según sea su naturaleza rústica o urbana, que tantas cuestiones plantea en la práctica, tanto en su determinación como en la sanción por las infracciones. La regulación es un tanto variada según las diversas normas autonómicas en cuanto a la determinación de la unidad mínima; pero es bien clara en cuanto a la sanción de nulidad que tiene una regla general que se extiende a todo el ámbito nacional.

En la fase de disciplina urbanística se pretende que los diferentes expedientes que recaigan sobre fincas concretas accedan al Registro de la Propiedad que se convierte así en oficina de publicidad de las medidas de protección de la legalidad urbanística y de los expedientes disciplinarios. En los tres últimos capítulos del libro se estudian las anotaciones preventivas de expedientes disciplinarios o las ordenadas en procesos contencioso-administrativos, así como los expedientes de venta forzosa por incumplimiento de los deberes de urbanizar o edificar, detallando el modo en que se reflejan estos asientos en el Registro.

De gran utilidad práctica, por la comodidad de acceder a las normas, son los dos anexos del libro en los que se recogen las disposiciones urbanísticas existentes.

Entre las de ámbito nacional está la última Ley del Suelo de 13 de abril de 1998 y la maltratada Ley de 1992, valga por lo que valiere; el autor distingue con dos diferentes tipos de letra los preceptos salvados y los «condenados» por la sentencia del Tribunal Constitucional. Y para si hay que acudir a una normativa supletoria, también se recoge el texto íntegro de la Ley del Suelo de 1976. Siendo importantísimo el Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. Y también, por lo que valiere, se recoge el Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978.

En cuanto a las disposiciones autonómicas se recogen las normas promulgadas al respecto en Cataluña, Navarra, Valencia, Galicia, Castilla-La Mancha y La Rioja. A éstas habrá que añadir, tras el libro, las Leyes urbanísticas de Aragón de 25 de marzo de 1999, recientemente aparecida en su Boletín del día 6 de abril y la de Castilla-León de 8 de abril que se publica en su Boletín del 15 del mismo mes. Como se ve una auténtica catarata de disposiciones susceptible de volver loco al más pintado.

Con este apretadísimo resumen hemos querido dar una idea de la magnitud del libro. El juicio crítico es concluyente. Se trata de una obra de contenido difícilmente mejorable, pues comprende todo lo que hasta el momento se puede decir del Urbanismo en relación con el Registro de la Propiedad.

Repetimos que será un libro de consulta indispensable que debe tenerse a mano sobre la mesa de trabajo.

Hemos de felicitar una vez más a nuestro compañero JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA y animarle a que nos dé pronto esos tomos III y IV de su monumental «Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario». Los estamos esperando.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS



# REVISTA DE REVISTAS



## REVISTA GENERAL DE DERECHO

### Número 651 (Diciembre 1998)

«La Sociedad de Responsabilidad Limitada Laboral: Un modelo societario en progreso», por VICENTE MAGRO SERVET, pág. 14063.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION. CAUSAS DE LA REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES LABORALES.—II. VENTAJAS DE LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA LABORAL: A) BENEFICIOS GENÉRICOS QUE CONLLEVA LA LEY DE SOCIEDADES LABORALES 4/1997, DE 24 DE MARZO. B) VENTAJAS DE LA PROPIA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, A RAÍZ DE LA LEY 2/1995, DE 23 DE MARZO.

**COMENTARIO:** Como paso previo al estudio objeto de análisis, el autor pone de manifiesto las causas de la reforma de la Ley de Sociedades Laborales (la cual admite una nueva forma: las Sociedades de Responsabilidad Limitada), entre las que se encuentran los cambios legislativos operados (reforma de la Ley de Sociedades Anónimas y reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), la necesidad de conectarla a la realidad social, a las normas comunitarias y al mandato constitucional (art. 129-2 CE) de participación y fomento de los trabajadores en la empresa, todo ello expuesto con datos estadísticos, fiel espejo de la realidad.

Seguidamente refleja el conjunto de beneficios que conlleva la regulación de la Ley de Sociedades laborales para aquellos trabajadores que quieran proceder a la constitución de este modelo de sociedad mercantil, comenzando con la posibilidad de adoptar la forma social de responsabilidad limitada, y en conexión con ello detalla otras ventajas como que la mayoría del capital sea propiedad del conjunto de los socios trabajadores que prestan sus servicios en ella, servicios retribuidos de forma personal y directa cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido; la fijación de un límite al conjunto de los trabajadores, no socios, contratados por tiempo indefinido; la fijación del máximo capital que puede poseer cada socio; existencia de dos tipos de acciones o participaciones según sean sus propietarios trabajadores o no; el derecho de adquisición preferente en caso de transmisión de las acciones o participaciones de carácter laboral; la constitución de un fondo de reserva especial destinado a compensar pérdidas, todo ello sin olvidar los posibles beneficios fiscales que se les atribuye a este tipo de sociedades.

También incide el autor en la posibilidad de aplicar la regulación contenida en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que aporta nuevas ventajas en la materia, objeto de estudio, como son la del capital mínimo de constitución fijado legalmente en 500.000 pesetas, o la eliminación del límite

de cincuenta socios que como máximo podían anteriormente constituir la sociedad. Sin olvidar el amplio margen que se deja a la autonomía de la voluntad en los Estatutos de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, la simplificación del proceso fundacional y el sistema cerrado de transmisión de las participaciones que impide que accedan terceros extraños a las mismas.

«La adhesión a la apelación en el proceso civil: Estudio jurisprudencial», por SUSANA OROMI VALL-LLOVERA, pág. 14079.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. NATURALEZA DE LA ADHESION A LA APELACION: DISTINCION DE OTRAS FIGURAS.—III. CONTENIDO DE LA ADHESION A LA APELACION: PROBLEMATICA TERMINOLOGICA Y LIMITES.—IV. PRINCIPALES EFECTOS DE LA APELACION ADHESIVA: A) EL EFECTO DEVOLUTIVO DE LA ADHESION A LA APELACION. B) CONVERSION DEL APELADO EN APELANTE. C) AUMENTO DE LOS PODERES DE DECISION Y «COGNITIO» DEL ORGANISMO DE APELACION. D) LEVANTAMIENTO DE LA PROHIBICION DE «REFORMATIO IN PEIUS» EN PERJUICIO DEL OTRO APELANTE. E) IMPEDIR LA FIRMEZA DE LA RESOLUCION DE PRIMERA INSTANCIA. F) ADHESION Y EFECTO SUSPENSIVO.—V. ASPECTOS PROCEDIMENTALES: A) ASPECTO DE LAS COMPETENCIAS. B) ASPECTOS SUBJETIVOS. C) MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA ADHERIRSE A LA APELACION. D) ESCRITO DE INTERPOSICION DE LA APELACION ADHESIVA. E) CONSIGNACION NECESARIA PARA ADHERIRSE. F) OPOSICION DEL APELADO A LA SEPARACION DEL APELANTE.

«El devengo del Impuesto sobre el Valor Añadido en las certificaciones de obra: Una cuestión recurrente», por FRANCISCO GREGORI MARI, pág. 1402.

**SUMARIO:** I. ORIGEN DE LA CUESTION.—II. ANTECEDENTES INMEDIATOS: 1. EL REAL DECRETO 2444/1985, DE 27 DE DICIEMBRE. 2. PRINCIPIOS QUE SE EXTRAEN DE LA NORMATIVA RESEÑADA.—III. CRITERIO MANTENIDO POR LA GENERALIDAD VALENCIANA RESPECTO AL HECHO IMPONIBLE Y EL DEVENGO DEL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO EN LAS CERTIFICACIONES DE OBRA: 1. EL HECHO IMPONIBLE. 2. EL DEVENGO DEL IMPUESTO: 2.1. *Anteproyecto y Proyecto de la Ley reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido*. 2.2. *Ley 30/1985, de 2 de agosto, del Impuesto sobre el Valor Añadido*: 2.2.A) Exposición de Motivos. 2.2.B) El articulado de la Ley 30/1985, de 2 de agosto. 2.3. *Instrucción de la Dirección General de Tributos y Patrimonio de la Generalitat Valenciana, de 25 de febrero de 1992*. 2.4. *La Ley 37/1992, de 28 de diciembre*.—IV. CRITERIO DE LOS CONTRATISTAS RECLAMANTES. LA CIRCULAR 2/1992, DE 22 DE ENERO, DE LA DIRECCION GENERAL DE TRIBUTOS DEL MINISTERIO DE ECONOMIA Y HACIENDA.—V. EL TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO REGIONAL DE VALENCIA HA SEGUIDO DIVERSOS Y CAMBIANTES CRITERIOS: 1. EL DEVENGO DEL IVA SE PRODUCE AL EXPEDIRSE LA CERTIFICACION DE OBRA. 2. EL DEVENGO DEL IVA SE PRODUCE AL PONERSE LA OBRA A DISPOSICION DE LA ADMINISTRACION CONTRATANTE, CON INDEPENDENCIA DEL MOMENTO EN QUE SE COBRE LA CERTIFICACION. 3. EL DEVENGO DEL IVA SE PRODUCE EN EL MOMENTO DEL COBRO DEL PRECIO. 4. EL DEVENGO DEL IVA SE PRODUCE EN EL MOMENTO DE LA RECEPCION PROVISIONAL. 5. SÓLO DOS MESES DESPUÉS, EL TEAR VUELVE A SEGUIR EL CRITERIO DEL DEVENGO DEL IVA EN EL MOMENTO DEL PAGO DE LA CERTIFICACION.—VI. LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE VALENCIA,

DESDE LA IMPORTANTE SENTENCIA NUMERO 433/1995, DE 7 DE JUNIO, PONENTE; SEÑOR DIAZ DELGADO. MANTIENE UNA LINEA JURISPRUDENCIAL REITERADA Y NO QUEBRADA SEGUN LA CUAL EL DEVENGO DEL IVA SE PRODUCE CON LA EMISION DE CERTIFICACIONES DE OBRA.—VII. CONCLUSIONES.

«Intervención de terceros no poseedores en el proceso de ejecución del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», por ANTONIO TELLEZ LAPEIRA, pág. 14123.

**SUMARIO:** I. LA REGULACION DE LOS TERCEROS NO POSEEDORES EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCION HIPOTECARIA.—II. CUESTIONES PRACTICAS SUSCITADAS SOBRE LEGITIMACION ACTIVA DE LOS MISMOS; DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.—CONCLUSIONES.

COMENTARIO: Comienza el autor señalando el objetivo del estudio centrado en la figura de aquellos terceros no poseedores, denominados interesados, los cuales pueden intervenir en el proceso de ejecución hipotecaria sin que tengan la consideración de partes. El análisis se centra únicamente en aquellos terceros no poseedores que fueron notificados en el procedimiento y, concretamente, en las cuestiones prácticas suscitadas sobre la legitimación activa de los mismos, tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial.

Así pues, y sobre la base de un supuesto concreto, el autor expone cómo las personaciones de los interesados en este tipo de procedimiento, tienen la relevancia y el alcance procesal de tenerles por enterados de que pueden intervenir en las subastas, o bien de que puedan satisfacer antes del remate las responsabilidades aseguradas por la hipoteca. Pero nada más. No es partidario de que sea necesario la notificación de los trámites procesales del procedimiento sin que ello suponga negarse la posibilidad de instar la suspensión del procedimiento, cuando concorra alguna de las circunstancias del artículo 132 LH, y poder promover el procedimiento declarativo regulado en ese precepto o el derecho a obtener cualquier sobrante que haya, una vez satisfechas las responsabilidades garantizadas con el crédito hipotecario ejecutado.

«Concurso de normas entre contrabando y tráfico de drogas: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1997», por RAQUEL CAMPOS CRISTÓBAL y LUCÍA MARTÍNEZ GARAY, pág. 12133.

**SUMARIO:** 1. JURISPRUDENCIA ANTERIOR: CONCURSO IDEAL.—2. SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1997: CONCURSO DE NORMAS.—3. CONCLUSION.

Número 652-653  
(Enero-Febrero 1999)

«Las penas privativas de derechos en el nuevo Código Penal», por JESÚS BERNAL VALLS, pág. 13 (sin sumario).

«Algunas reflexiones acerca de las obligaciones de comparecer al llamamiento judicial y de declarar o prestar informe de los testigos y peritos en causas penales», por JOSÉ PEDRO VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, pág. 33.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. LA OBLIGACION DE COMPARECER AL LLAMAMIENTO JUDICIAL DE TESTIGOS Y PERITOS: A) DE LOS TESTIGOS: a) *Sobre el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*; b) *Efectos del no cumplimiento de la obligación de concurrir*. B) DE LOS PERITOS: a) *Notas características*; b) *Efectos del incumplimiento de la obligación de concurrir de los peritos*.—III. LA OBLIGACION DE DECLARAR DE LOS TESTIGOS. LA OBLIGACION DE PRESTAR INFORME DE LOS PERITOS: A) LA OBLIGACION DE DECLARAR DE LOS TESTIGOS. B) LA OBLIGACION DE PRESTAR INFORME DE LOS PERITOS. C) EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE DECLARAR/PRESTAR INFORME DE LOS TESTIGOS/PERITOS: a) *De los testigos*; b) *De los peritos*.—IV. EXENCIONES A LAS OBLIGACIONES DE COMPARECER Y/O DECLARAR O PRESTAR INFORME, DE TESTIGOS Y PERITOS.

«La objetivación de la responsabilidad extracontractual. Su consideración en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», por RIANSAIRES LÓPEZ MUÑOZ, pág. 59.

**SUMARIO:** I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL: CONCEPTO Y REQUISITOS.—II. ANALISIS DE LA CULPA: SU MINORACION COMO CRITERIO DE IMPUTACION DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.—III. LA OBJETIVACION DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.—IV. LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO.—V. CONCLUSIONES.—VI. RELACION DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO CONSULTADAS.

**COMENTARIO:** Como introducción al tema objeto de estudio, esto es, a la objetivación de la responsabilidad extracontractual, la autora pone de manifiesto el concepto y los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual tomando como punto de referencia, como no podía ser de otro modo, la cláusula general del artículo 1.902 del Código Civil, y toda la doctrina jurisprudencial en relación con el mencionado precepto. Posteriormente se centra en el análisis de la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad extracontractual, señalando la evolución de la doctrina jurisprudencial hacia una minoración del culpabilismo originario, y una creciente aceptación de las soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico. Lo que, en definitiva, evidencia, y así concreta la autora «cierta ineficacia de la culpa como criterio de imputación para el logro de un adecuado resarcimiento del daño, haciendo que se desvanezca su carácter de eje gravitatorio exclusivo de la responsabilidad aquiliana».

El eje del tema se basa en la transformación progresiva del principio subjetivista que se ha ido transformando a través del acogimiento de la teoría del riesgo, y por el cauce de inversión de la carga de la prueba. Evolución experimentada en la jurisprudencia, que en los últimos pronunciamientos la consideran no sólo conveniente sino deseable, a fin de lograr soluciones justas y de mayor adaptación a la realidad social con el fin de asegurar plenamente la

reparación de los posibles perjuicios aparecidos en el ámbito de las relaciones extracontractuales.

Finaliza el estudio la autora, recordando la existencia de un mecanismo técnico previsto por el ordenamiento para llegar a la eliminación de los riesgos socialmente injustificados: la llamada responsabilidad por riesgo. Doctrina que no se caracteriza solamente por la inexistencia de culpa en el sentido clásico, sino por el predominio del criterio de objetividad basado en la creación de un riesgo. Teoría del riesgo que posibilita plantear la cuestión de la responsabilidad objetiva en términos económicos, y en conexión con ello, toda la problemática de los seguros ya sea obligatorios o de accidentes.

- «El eterno combate de la justicia. La ciencia jurídica en el camino hacia Europa», por PETER HABERLE, pág. 103 (sin sumario).
- «Breve referencia a las causas que han originado un aumento considerable de los procedimientos de quiebra voluntaria», por ALBERTO SALA REIXACHS y VICENTE BURUAGA PUERTAS, pág. 539 (sin sumario).
- «La intervención judicial en los expedientes de suspensión de pagos: Nomenclación, funciones, obligaciones y responsabilidad», por RAFAEL GIMENO-BAYÓN COBOS y LUIS GARRIDO ESPA pág. 549 (sin sumario).

## Número 654 (Marzo 1999)

«La constitucionalidad de la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión nobiliaria (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997)», por MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN, pág. 1757.

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO.—II. EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1997.—III. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS AL CONTENIDO DE LA SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1997.

- «La resolución de conflictos mediante el arbitraje en el deporte», por JUAN DE DIOS CRESPO PÉREZ, pág. 1771 (sin sumario).
- «La imputación en el proceso penal: Una propuesta de interpretación constitucional», por VICENTE GRIMA LIZANDRA, pág. 1815 (sin sumario).
- «La internacionalización del Derecho de defensa de la competencia en el seno de la Organización Mundial del Comercio: el final de una utopía», por SERGIO BACHES OPI, pág. 2321 (sin sumario).
- «Comunicaciones recientes de la Comisión europea en materia de competencia», por EDURNE NAVARRO VARONA, pág. 2351 (sin sumario).

## REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

### Número 165 (Noviembre 1998)

«La declaración de obra nueva, el derecho a la edificación y la disciplina urbanística», por PEDRO CORVINOS BASECA, pág. 13.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. EL REGIMEN DE LA DECLARACION DE OBRA NUEVA EN LA LEGISLACION HIPOTECARIA.—III. LA DECLARACION DE OBRA NUEVA EN LA LEY 7/1990, DE LA CA DE CANARIAS, DE DISCIPLINA URBANISTICA Y TERRITORIAL.—IV. EL DERECHO A LA EDIFICACION Y LA DECLARACION DE OBRA NUEVA EN LA LEY 8/1990 Y EN EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/992: 1. INTRODUCCIÓN. 2. POSICIÓN DOCTRINAL QUE MANTIENE QUE TANTO LA ACCESIÓN CIVIL COMO LA REGULACIÓN HIPOTECARIA DE LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA RESULTARON AFECTADAS POR EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROPIEDAD DEL SUELO ESTABLECIDO EN LA LEY 8/1990. 3. POSICIÓN DOCTRINAL QUE MANTIENE QUE EL SISTEMA DE ACCESIÓN CIVIL NO RESULTA AFECTADO POR EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROPIEDAD ESTABLECIDO EN LA LEY 8/1990. 4. LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DEL REGISTRO Y DEL NOTARIADO.—V. LA INSCRIPCIÓN DE LA OBRA NUEVA EN EL REAL DECRETO 1093/1997, QUE APRUEBA LAS NORMAS COMPLEMENTARIAS AL REGLAMENTO PARA LA EJECUCIÓN DE LA LEY HIPOTECARIA SOBRE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LOS ACTOS DE NATURALEZA URBANÍSTICA: 1. EL INCIERTO MARCO LEGAL EN EL QUE SURGE ESTA DISPOSICIÓN REGLAMENTARIA. 2. LA ADQUISICIÓN DEL DOMINIO SOBRE LO EDIFICADO Y LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA EN EL REAL DECRETO 1093/1997: A) *La accesión como medio de adquirir el dominio sobre lo edificado en el Real Decreto 1093/1997.* B) *Inscripción de obra nueva y protección de la legalidad urbanística. El régimen de acceso al Registro de la Propiedad previsto en el artículo 52.*—VI. EL DOMINIO SOBRE LA EDIFICACION Y LA DECLARACION DE OBRA NUEVA EN LA LEY 6/1998, SOBRE REGIMEN DEL SUELO Y VALORACIONES.

«Incidencia de la Ley sobre Régimen del Suelo y valoraciones en la Ley 9/1997, de Castilla y León, de Medidas Transitorias en Materia de Urbanismo», por JUAN JOSÉ VILLALBA CASAS, pág. 51.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—2. LA LEY SOBRE REGIMEN DEL SUELO Y VALORACIONES.—3. ORDEN DE FUENTES EN CASTILLA Y LEÓN.—4. INCIDENCIA EN LA LEY DE MEDIDAS TRANSITORIAS EN MATERIA DE URBANISMO: 4.1. CLASIFICACIÓN DEL SUELO. 4.2. LAS FACULTADES URBANÍSTICAS INHERENTES AL DERECHO DE PROPIEDAD: 4.2.1. *Suelo urbano consolidado por la urbanización (asistemático).* 4.2.2. *Suelo urbano no consolidado (sistemático).* 4.2.3. *Suelo urbanizable.* 4.3. EL PRINCIPIO DE EQUIDISTRIBUCIÓN Y LOS GASTOS DE URBANIZACIÓN.

«Los intereses del gran capital en el mundo del urbanismo. El proceso de debilitamiento de la relación entre planes», por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 65 (sin sumario).

«El derecho de reintegro de los gastos de urbanización contra las compañías suministradoras de energía eléctrica», por JESÚS CATALÁN SENDER, pág. 75.

**SUMARIO:** I. BASE NORMATIVA.—II. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE REINTEGRO DE LOS GASTOS DE INSTALACION DE LAS REDES DE SUMINISTRO DE ENERGIA ELECTRICA Y CENTROS DE TRANSFORMACION.—III. ANALISIS DEL DERECHO DE REINTEGRO.—IV. LA JU-

RISDICCION COMPETENTE PARA HACER EFECTIVO ESTE DERECHO.—V. CONCLUSIONES.

- «Acto presunto y resolución expresa tardía (Una relectura del inciso final del párrafo 2 del artículo 44 de la LRJPSC)», por SEBASTIÁN GRAU AVILA, pág. 89 (sin sumario).
- «La corrección de valor por antigüedad del inmueble y su influencia en las formas de valoración», por VÍCTOR GONZÁLEZ DE BUITRAGO DÍAZ, pág. 107 (sin sumario).
- «Campos de golf y ordenación del territorio: régimen jurídico», por EDUARDO ROCA ROCA, pág. 119.

**SUMARIO:** 1. EL CARACTER PLURISECTORIAL DEL TURISMO.—2. TURISMO Y AMBIENTE.—3. TURISMO Y OCIO: 3.1. DEPORTE Y TURISMO. 3.2. EL DEPORTE DEL GOLF EN ESPAÑA: JUGADORES. 3.3. EL CAMPO DE GOLF. 3.4. SITUACIÓN DE LOS CAMPOS DE GOLF ESPAÑOLES EN 1998.—4. EL MARCO LEGAL APLICABLE A LOS CAMPOS DE GOLF.—5. LA PLANIFICACION URBANISTICA.—6. EL DESARROLLO DEL PLANEAMIENTO POR LAS COMUNIDADES AUTONOMAS.—7. PLANEAMIENTO Y EQUIPAMIENTOS DEPORTIVOS.—8. PRESUPUESTOS JURIDICO-URBANISTICOS PARA LA INSTALACION DE CAMPOS DE GOLF: 8.1. ASPECTOS AMBIENTALES DE LOS CAMPOS DE GOLF. 8.2. LA ORDENACION JURÍDICO-URBANÍSTICA DE LOS CAMPOS DE GOLF: 8.2.1. *El sistema jurídico ambiental.* 8.2.2. *El sistema jurídico-urbanístico.* 8.2.3. *Normativa urbanística de Comunidades Autónomas sobre campos de golf.*—9. RECAPITULACION.

- «Hacia la racionalización del uso de los recursos naturales: la planificación ambiental», por ANTONIO ALFONSO PÉREZ ANDRÉS, pág. 143.

**SUMARIO:** I. NUEVOS INSTRUMENTOS PARA LA RACIONALIZACION DEL USO DE LOS RECURSOS NATURALES.—II. LA COMPETENCIA PARA PLANIFICAR EL MEDIO AMBIENTE.—III. LOS PLANES MEDIOAMBIENTALES EN LA LEGISLACION ESTATAL: LA LEY ESTATAL DE ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS DE 1989: a) INTRODUCCIÓN; b) DIRECTRICES ESTATALES DE ORDENACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES; c) LOS PLANES DE ORDENACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES (PORN); d) PLAN DIRECTOR DE LA RED DE PARQUES NACIONALES; e) LOS PLANES RECTORES DE USO Y GESTIÓN Y OTROS PLANES PARA SU DESARROLLO; f) PLANES TENDENTES A LA PROTECCIÓN DE LA FLORA Y LA FAUNA SILVESTRES.—IV. LA PLANIFICACION MEDIOAMBIENTAL EN LA LEGISLACION AUTONOMICA DE PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE Y EN OTRAS NORMAS AUTONOMICAS SECTORIALES: a) ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS; b) MEDIO AMBIENTE ATMOSFÉRICO; c) FLORA Y FAUNA (CAZA Y PESCA); d) AGUAS; e) RESIDUOS; f) LA PLANIFICACIÓN FORESTAL.—V. LOS PLANES ESPECIALES DE PROTECCION DEL MEDIO FISICO Y DEL PAISAJE DE LA LEGISLACION URBANISTICA.—VI. LA PLANIFICACION MEDIOAMBIENTAL EN LA LEGISLACION SECTORIAL DEL ESTADO.—VII. LA PLANIFICACION MEDIOAMBIENTAL EN LAS LEYES AUTONOMICAS DE ORDENACION DEL TERRITORIO. LAS INTERACCIONES ENTRE LA PLANIFICACION AMBIENTAL Y LA DE ORDENACION DEL TERRITO-

RIO: a) MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO; b) LOS PLANES MEDIOAMBIENTALES EN LAS LEYES AUTONÓMICAS DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.

## Número 166 (Diciembre 1998)

- «La capacidad autonómica de establecimiento de una ordenación urbanística propia en el marco de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen de Suelo y Valoraciones», por LUCIANO PAREJO ALFONSO, pág. 11 (sin sumario).
- «Panorama del Derecho urbanístico español: balance y perspectivas», por MARTÍN BASSOLS COMA, pág. 63 (sin sumario).
- «Un nuevo modelo de la gestión urbanística. La experiencia de la legislación valenciana», por GERARDO ROGER FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, pág. 89 (sin sumario).
- «La caracterización de los residuos peligrosos en el ordenamiento jurídico español tras la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos», por PABLO CUBEL SÁNCHEZ, pág. 163.

**SUMARIO:** INTRODUCCION: 1. EL REGIMEN JURIDICO DE LA GENERACION Y GESTION DE RESIDUOS PELIGROSOS EN ESPAÑA. UNAS NOTAS SOBRE LA LEY 10/1998, DE 24 DE ABRIL, DE RESIDUOS.— 2. EL CONCEPTO LEGAL DE RESIDUO PELIGROSO Y LOS METODOS DE CARACTERIZACION: 2.1. EL SISTEMA EXISTENTE CON ANTERIORIDAD A LA LEY 10/1998, DE RESIDUOS: EL SISTEMA DE LA LEY 20/1986, DE RESIDUOS TÓXICOS Y PELIGROSOS. 2.2. EL SISTEMA ESTABLECIDO EN LA LEY 10/1998.—CONCLUSION.

## Número 167 (Enero-Febrero 1999)

- «El texto refundido catalán sobre materia urbanística», por ANTONIO CARCELLER FERNÁNDEZ, pág. 11.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION: 1. ORIGEN DEL PODER NORMATIVO DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA. 2. COMPETENCIA URBANÍSTICA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA.—II. ANTECEDENTES LEGALES: 1. LEYES APROBADAS POR EL PARLAMENTO. 2. CREACIÓN DEL INSTITUTO CATALÁN DEL SUELO (INCASOL). 3. PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA. 4. ADECUACIÓN DEL ORDENAMIENTO URBANÍSTICO. 5. POLÍTICA TERRITORIAL.—III. TEXTO REFUNDIDO DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES EN MATERIA URBANÍSTICA: 1. LEY DE AUTORIZACIÓN DE LA REFUNDICIÓN. 2. APROBACIÓN DE LA REFUNDICIÓN. 3. PECULIARIDADES DEL TRC: A) *Organización*. B) *Planeamiento urbanístico*. C) *Régimen del suelo*. D) *Gestión urbanística*. E) *Derecho sancionador*. F) *Régimen jurídico*.— V. REVISION DEL TEXTO REFUNDIDO.

- «Desintonía jurisprudencial en relación con la aplicación de la sentencia del TC 61/97», por MARTA LORA-TAMAYO VALLVE, pág. 31 (sin sumario).
- «Algunas reflexiones sobre los efectos de la STC 61/1997, en las regulaciones del planeamiento establecidas en leyes sectoriales; en particular, su inci-

- dencia sobre los artículos 20 y 21 de la Ley del Patrimonio Histórico Español», por CONCEPCIÓN BARBERO RODRÍGUEZ, pág. 55 (sin sumario).
- «Belleza visual, estética y diseño en el Derecho urbanístico de los Estados Unidos», por EDWARD H. ZIEGLER, pág. 81 (sin sumario).
- «¿Reparto de aprovechamientos y cargas en el suelo urbano consolidado?», por ENRIQUE PORTO REY, pág. 99.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCION: 1.1. CONCEPTOS: 1.1.1. *Aprovechamiento urbanístico*. 1.1.2. *Cargas de urbanización*. 1.1.3. *Suelo urbano*. 1.1.4. *Las definiciones de suelo urbano consolidado en las leyes urbanísticas*. 1.2. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LAS CONDICIONES BÁSICAS DE LA LS98 SOBRE EQUIDISTRIBUCIÓN DE APROVECHAMIENTOS Y CARGAS. 1.3. LAS TÉCNICAS LEGALES URBANÍSTICAS PARA EL REPARTO DE APROVECHAMIENTOS Y CARGAS: 1.3.1. LA EQUIDISTRIBUCIÓN EN EL SUELO URBANO ASISTEMÁTICO.—2. EL REPARTO DE APROVECHAMIENTOS Y CARGAS EN EL SUC: 2.1. DERECHOS DE LOS PROPIETARIOS DEL SUC. 2.2. DEBERES DE LOS PROPIETARIOS DEL SUC: 2.2.1. *La no cesión en el suelo urbano consolidado por la urbanización*. 2.2.2. *La existencia o no de equidistribución de cargas*. 2.3. INCIDENCIA DE LAS CONDICIONES BÁSICAS DE LA LS98 EN LAS TÉCNICAS URBANÍSTICAS EQUIDISTRIBUTIVAS DEL SUC.: 2.3.1. *El problema de la articulación de la equidistribución urbanística con la LS98*. 2.3.2. *La equidistribución en el suelo urbano consolidado*. 2.4. LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA ACTUAL: 2.4.1. *La vigencia de las transferencias en suelo urbano consolidado*.—3. CONSIDERACIONES PRACTICAS QUE SE PUEDEN TENER EN CUENTA EN EL PLANEAMIENTO: 3.1. FINES GENERALES DE LA DELIMITACIÓN DE ÁMBITOS DE REPARTO.—4. LA MUTACION DEL SUC DE HECHO EN SUNC DE DERECHO: 4.1. PRIMERA SOLUCIÓN: EL SUC PASA A SUNC. 4.2. SEGUNDA SOLUCIÓN: EL SUC SIGUE SIENDO SUC.—5. INCIDENCIA DIRECTA DE LA LS98 EN EL SUELO URBANO CONSOLIDADO POR LA URBANIZACIÓN DEL VIGENTE PLANEAMIENTO GENERAL EN EL PERIODO TRANSITORIO: 5.1. DESAPARICIÓN DEL PORCENTAJE DE CESIÓN A LA ADMINISTRACIÓN. 5.2. LA POSIBLE INEFECTIVIDAD DE LAS ÁREAS DE REPARTO: 5.2.1. *La inefectividad de las áreas de reparto cuando abarquen suelos urbanos consolidados y no consolidados*. 5.2.2. *La posible inefectividad de las áreas de reparto en suelo urbano consolidado si abarcan suelos sin aprovechamiento real lucrativo*. 5.3. LA NO CESIÓN DE SUELO DOTACIONAL. 5.4. LA POSIBLE INEFICACIA DE LAS TRANSFERENCIAS. 5.5. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA PARA LA MUTACIÓN DEL SUELO URBANO CONSOLIDADO A NO CONSOLIDADO.

## REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

### Número 229 (Julio-Septiembre 1998)

«Los valores en papel», por JOSÉ MARÍA DE EIZAGUIRRE, pág. 1009.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION: I. EL DERECHO DE LOS VALORES EN PAPEL. II. LA DOCTRINA DE LOS TÍTULOS-VALORES. III. LAS CONCEPCIONES ANTIUNITARIAS O SECTORIALES. IV. FUNCIÓN DE LA TEORÍA GENERAL DE LOS TÍTULOS-VALORES.—2. EL CONCEPTO DE TÍTULO-VALOR: I. DEFINICIÓN. II. EL TÍTULO DIRECTO. III. LAS PROPIEDADES JURÍDICAS DEL TÍTULO DIRECTO. IV. OTRAS MODALIDADES DOCU-

MENTALES SIN CARÁCTER DE TÍTULO VALOR.—3. LOS TÍTULOS-VALORES CUALIFICADOS (TÍTULOS-VALORES DE FE PÚBLICA): I. LOS TÍTULOS CIRCULANTES COMO BASE DE LA CATEGORÍA. II. LA EFICACIA LEGITIMADORA DE LOS TÍTULOS-VALORES CUALIFICADOS. III. LA EXCLUSIÓN DE EXCEPCIONES. IV. LA ADQUISICIÓN A «NON DOMINO». V. LA AUTONOMÍA EN LA CREACIÓN DE TÍTULOS-VALORES CUALIFICADOS.—4. OTRAS CUESTIONES DE TEORÍA GENERAL: I. CLASIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS-VALORES. II. EL FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN CONSIGNADA EN EL TÍTULO-VALOR (WERTPAPIERRECHTSTHEORIEN). III. LA CONCEPCIÓN JURÍDICO-REAL DE LOS TÍTULOS-VALORES: LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO EN EL DOCUMENTO.

«La protección del color único como marca en el derecho comunitario», por JAUME PELLISE CAPELL y MARÍA TERESA SOLANELLES BATLLE, pág. 1101.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL COLOR ÚNICO COMO MARCA EN EL PLANO COMUNITARIO: A) LA NORMATIVA COMUNITARIA DE MARCAS. B) NOCIÓN DE MARCA EN LA NORMATIVA COMUNITARIA: a) *La noción de marca comunitaria*; b) *Causas de denegación de registro o de nulidad del signo ya registrado*; c) *Elementos típicos de la noción de marca comunitaria*. C) LOS «STATEMENTS» Y LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR COMUNITARIO ORIGINARIO. D) INTERPRETACIÓN DE LA OAMI.—III. EL COLOR ÚNICO COMO MARCA EN EL PLANO ESTATAL: A) FRANCIA. B) ITALIA. C) REINO UNIDO. D) ALEMANIA. E) SUIZA.—IV. ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN ACTUAL DEL COLOR ÚNICO COMO MARCA EN EL DERECHO DE MARCAS COMUNITARIO: A) EL PROBLEMA DE LA FUERZA DISTINTIVA DEL COLOR ÚNICO. B) LA PROTECCIÓN DEL COLOR DESCRIPTIVO O HABITUAL. C) EL PRINCIPIO COMUNITARIO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA PROTECCIÓN DEL COLOR ÚNICO COMO MARCA.—V. CONCLUSIÓN.

«La doctrina de Derecho mercantil y el origen de la Sociedad Anónima», por SANTIAGO HIERRO ANIBARRO, pág. 1159.

**SUMARIO:** I. LA CONSIDERACIÓN DOCTRINAL SOBRE EL ORIGEN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA. LAS TEORÍAS SOBRE EL ORIGEN DE LA COMPAÑÍA DE COMERCIO: 1. LAS TEORÍAS RECEPCIONISTAS: A) *Los Bancos italianos*; B) *Las sociedades mineras y metalúrgicas*; C) *Las sociedades de molinos*; D) *Las grandes casas comerciales*. 2. LAS TEORÍAS EVOLUCIONISTAS: A) *La evolución de la comenda medieval*; B) *La evolución del consulado de comercio*; C) *Las compañías de navegación*.—III. LA RECEPCIÓN POR LA DOCTRINA MERCANTILISTA ESPAÑOLA DE LAS TEORÍAS SOBRE EL ORIGEN DE LA COMPAÑÍA: 1. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA DE PRINCIPIOS DEL SIGLO XX. 2. EL PROBLEMA EN LA MODERNA ESCUELA DE DERECHO MERCANTIL. 3. CONCLUSIONES.—IV. EL ESTADO ACTUAL DEL DEBATE DOCTRINAL SOBRE EL ORIGEN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA: 1. LA CRÍTICA A LAS TEORÍAS RECEPCIONISTAS: A) *La crítica a las agrupaciones de acreedores del Estado*; B) *La crítica a las sociedades mineras, metalúrgicas y de molinos*. 2. UNA REVISIÓN DE LAS TEORÍAS EVOLUCIONISTAS: A) *La ausencia de unidad entre las teorías evolucionistas*; B) *Una reflexión actual sobre las teorías evolucionistas*.

«La aplicación del arbitraje a la impugnación de acuerdos societarios en las sociedades de capital (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998)», por MARÍA JOSÉ CARAZO LIEBANA, pág. 1211.

**SUMARIO:** I. ANTECEDENTES DE HECHO.—II. FUNDAMENTACION JURIDICA.—III. AMBITO OBJETIVO DE LA CLAUSULA: IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES: III.1. CARÁCTER IMPERATIVO DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA. III.2. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS SOCIOS FUNDADORES: LA LEY Y LOS PRINCIPIOS CONSPIRADORES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA. III.3. MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES.—IV. AMBITO SUBJETIVO DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA.—V. CONCLUSIONES: V.1. CONCLUSIONES GENERALES SOBRE EL ARBITRAJE SOCIETARIO. VI.2. CONCLUSIONES PARTICULARES SOBRE LA SENTENCIA REFERENCIADA.

## Número 230 (Octubre-Diciembre 1998)

«Distribuciones patrimoniales irregulares al socio en la Sociedad Anónima», por ALBERTO VAQUERIZO ALONSO, pág. 1455.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. LA REALIDAD OBJETO DE VALORACION: LAS ATRIBUCIONES ENCUBIERTAS COMO SUPUESTO DE HECHO NORMATIVO: 1. SU ERRÓNEA DENOMINACIÓN COMO DISTRIBUCIÓN (ENCUBIERTA) DE BENEFICIOS. 2. LA NOCIÓN GENERAL DE ATRIBUCIÓN IRREGULAR O ENCUBIERTA. 3. OPERACIONES SUSCEPTIBLES DE INTEGRAR LA FIGURA. 4. LA VENTAJA PATRIMONIAL: SU CARACTERIZACIÓN TÍPICA COMO PRESUPUESTO DE LAS ATRIBUCIONES ENCUBIERTAS.—III. RÉGIMEN JURIDICO: 1. UNA CUESTIÓN PRELIMINAR: EL PROBLEMA DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA: 1.1. *Las posturas tradicionales*. 1.2. *Las nuevas orientaciones*. 1.3. *Las atribuciones irregulares como actos realizados en el marco de la gestión social: la esencial equivalencia dogmática entre las simples atribuciones y las atribuciones de carácter oneroso*. 2. LA IDEA DEL FRAUDE A LA DISCIPLINA SOBRE DISTRIBUCIÓN DE BENEFICIOS: 2.1. *El principio de distribución de competencia*. 2.2. *La alusión de la disciplina sobre reparto de cantidades a cuenta de dividendos*. 3. EL CONTROL DE LAS ATRIBUCIONES IRREGULARES: LOS PLANOS JURÍDICO-OBLIGACIONAL Y SOCIETARIO. 4. EL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD DEL CAPITAL SOCIAL. 5. EL PRINCIPIO DE PARIDAD DE TRATO DE LOS ACCIONISTAS. 6. DEBER DE LEALTAD Y ABUSO DEL PODER DE REPRESENTACIÓN POR PARTE DE LOS ADMINISTRADORES. 7. CONSIDERACIONES FINALES.

«Las obligaciones del agente (en torno al art. 9 de la Ley sobre Contrato de Agencia)», por FELIPE PALAU RAMÍREZ, pág. 1505.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. NATURALEZA Y RÉGIMEN JURIDICO DE LAS OBLIGACIONES DEL AGENTE: 1. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS OBLIGACIONES DEL AGENTE: a) *Naturaleza jurídica de las obligaciones del agente*; b) *Distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado*; c) *El eventual carácter adhesivo de las obligaciones del agente*. 2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OBLIGACIONES DEL AGENTE.—III. OBLIGACION DE PROMOCIÓN Y

CONCLUSION DE ACTOS Y OPERACIONES DE COMERCIO: 1. LA ACTIVIDAD DE PROMOCIÓN Y CONCLUSIÓN. 2. (SIGUE) OBJETO DE LA ACTIVIDAD DE PROMOCIÓN Y CONCLUSIÓN. 3. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL NIVEL DE DILIGENCIA DEBIDO EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PROMOCIÓN Y CONCLUSIÓN.—IV. OBLIGACIÓN DE SEGUIR LAS INSTRUCCIONES DEL EMPRESARIO: 1. CONCEPTO DE INSTRUCCIONES. 2. CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN. 3. CARÁCTER VINCULANTE DE LAS INSTRUCCIONES.—V. OBLIGACIÓN DE INFORMACION.—VI. OBLIGACIÓN DE RENDICION DE CUENTAS.—VII. OBLIGACION DE GUARDAR SECRETO.—VIII. PROHIBICION DE COMPETENCIA: 1. CUESTIONES PREVIAS. 2. ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN: a) *Ambito subjetivo*; b) *Ambito objetivo*. 3. LA AUTORIZACIÓN DEL EMPRESARIO.

«Hacia la protección del color único como marca. Una propuesta de *lege ferenda* desde la experiencia jurídica comparada», por JAUME PELLISE CAPELL y MARÍA TERESA SOLANELLES BATLLE, pág. 1563.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ANTECEDENTES: A) LA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL DE 1902. B) EL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL DE 1929: a) *El concepto de marca*; b) *La prohibición del color único*; c) *Necesidad de sustituir el EPI: el Anteproyecto de Ley de Marcas de 1980*.—III. LA PROTECCION DEL COLOR UNICO EN EL DERECHO VIGENTE: A) EL COLOR ÚNICO EN LA ACTUAL LEY DE MARCAS 32/88, DE 19 DE NOVIEMBRE: a) *Definición de marca*; b) *Prohibición «per se» del color único como marca*: i) La regla general prohibitiva; ii) El color unido a una forma determinada; c) *Irrelevancia del secondary meaning para el color único*. B) LA PROTECCIÓN DEL COLOR ÚNICO EN LA LEY 3/91 DE COMPETENCIA DESLEAL.—IV. EL COLOR UNICO DESDE UNA NUEVA EXPERIENCIA DE MERCADO Y REFLEXION JURIDICA. UNA PROPUESTA EN FAVOR DE LA PROTECCION DEL COLOR UNICO COMO MARCA: A) REMOCIÓN DE LOS ARGUMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA PROHIBICIÓN TRADICIONAL: a) *La teoría de la incapacidad del color único para actuar como marca*; b) *La teoría del agotamiento de los colores y la protección del principio de libre competencia*. B) PROPUESTA DE «LEGE FERENDA»: a) *Derogación de la prohibición de registro del color por sí mismo del artículo 11.1.G) LM*; b) *El color único como nuevo signo marca. Obstáculos previsibles*; c) *Buscando una marca de color*.—V. CONCLUSION.

«Comparación y denigración publicitarias de la “imagen” de empresas indirectamente aludidas (reflexiones con ocasión de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1997)», por JUAN IGNACIO PEINADO GRACIA, pág. 1601.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES FACTICOS Y JURISPRUDENCIALES.—II. PREMISAS DE PARTE: a) PLANTEAMIENTO; b) PREMISAS DE POLÍTICA LEGISLATIVA: 1. *Juego de intereses*. 2. *Información convincente y publicidad veraz*. 3. *Particularidades y eficacia de la publicidad en el sector de bebidas refrescantes*. c) EL JUEGO DE LA LCD Y DE LA LGP.—III. LA PUBLICIDAD COMPARATIVA O DENIGRANTE RESPECTO DE EMPRESAS O PRODUCTOS NO CITADOS EXPRESAMENTE: a) *¿HECHOS PROBADOS?*; b) LA ESTRUCTURA DEL MERCADO DE BEBIDAS DE COLA; c) LA EVOCACIÓN DE LA PUBLICIDAD DE LA EMPRE-

SA ALUDIDA.—IV. LA COMPARACION DE LAS CARACTERISTICAS «SUBJETIVAS» DE UN PRODUCTO: a) LA «IMAGEN» DE MARCA COMO CARACTERÍSTICA RELEVANTE: 1. *¿Esenciales o relevantes?* 2. *Las características «subjetivas» de un producto: la «imagen» de marca*; b) EXTREMOS COMPROBABLES: 1. *¿Objetivamente?* 2. *Publicidad testimonial y comparación lícita*.—V. LA DENIGRACION DE LAS CARACTERISTICAS «SUBJETIVAS» DE UN PRODUCTO: a) «POSICIONAMIENTO» POR DENIGRACIÓN; b) ACTO «QUE SEA APTO PARA MENOSCARBAR SU CRÉDITO»; c) DENIGRACIÓN OBJETIVA/SUBJETIVA; d) DENIGRACIÓN TOLERABLE.

«La cuota de liquidación en especie en la SRL», por INÉS FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, pág. 1653.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. LA DISTRIBUCION DEL HABER SOCIAL: 1. PRESUPUESTOS GENERALES DEL REPARTO DEL HABER SOCIAL: 1.1. *Satisfacción de los acreedores*. 1.2. *Aprobación definitiva del balance final y proyecto de reparto*. 2. EL DERECHO A LA CUOTA DE LIQUIDACIÓN: 2.1. *Características y contenido del derecho a la cuota de liquidación*. 2.2. *Excursus sobre la naturaleza jurídica de la adjudicación de bienes sociales a los socios en concepto de cuota de liquidación*.—III. FORMA DE PROCEDER AL REPARTO: 1. SUPUESTOS ORDINARIOS: 1.1. *Regla de la proporcionalidad*. 1.2. *Regla de la monetización*. 2. SUPUESTOS ESPECIALES: DISTRIBUCIÓN DEL ACTIVO LÍQUIDO «IN NATURA»: 2.1. *Pacto estatutario de restitución de aportaciones «in natura»*. 2.2. *Pacto estatutario de reparto en especie*. 2.3. *Reparto en especie por acuerdo unánime de los socios*. 3. PRESUPUESTOS ESPECIALES DEL REPARTO DEL ACTIVO EN ESPECIE: 3.1. *Apreciación de los bienes adjudicados en su valor real*. 3.2. *Ajustes compensatorios en los supuestos de excesos o defectos de la cuota adjudicada en especie*.

«El derecho de suscripción preferente en el Derecho Comunitario (a propósito de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 19 de noviembre de 1996, y del Tribunal Supremo alemán, de 23 de junio de 1997, en el caso Siemens», por DANIEL VÁZQUEZ ALBERT, pág. 1691.

**SUMARIO:** I. LA NORMATIVA COMUNITARIA Y LA CRISIS DE LA CONCEPCION TRADICIONAL.—II. LA SEGUNDA DIRECTRIZ: 1. LOS ANTECEDENTES. 2. LA NORMATIVA VIGENTE.—III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: 1. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL, RELATIVA A LAS DIRECTRICES. 2. EL CASO «EPAS». 3. EL CASO «SIEMENS».—IV. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DE LA SOCIEDAD ANONIMA EUROPEA.—V. LA INFLUENCIA DE LA NORMATIVA COMUNITARIA SOBRE LA NACIONAL: 1. UNA VISIÓN CRÍTICA DE LA NORMATIVA COMUNITARIA. 2. EL ÁMBITO DE DISCRECIONALIDAD DEL LEGISLADOR NACIONAL. 3. LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVA NACIONAL CONFORME A LAS DIRECTRICES. 4. LAS DISCREPANCIAS ENTRE LA NORMATIVA COMUNITARIA Y LA NACIONAL.—VI. UNA REFLEXION FINAL.

«La sociedad de responsabilidad limitada laboral: un modelo societario en progreso», por VICENTE MAGRO SERVET, pág. 1719.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION. CAUSAS DE LA REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES LABORALES.—II. VENTAJAS DE LAS SOCIEDADES DE

RESPONSABILIDAD LIMITADA LABORAL: A) BENEFICIOS GENÉRICOS QUE CONLLEVA LA LEY DE SOCIEDADES LABORALES 4/1997, DE 24 DE MARZO. B) VENTAJAS DE LA PROPIA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

## REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS Número 102 (Octubre-Diciembre 1998)

«Las elites periféricas españolas ante el cambio de régimen político», por WILLIAM GENIEYS, pág. 9.

**SUMARIO:** LAS POLITICAS DE AGREGACION DE LAS ELITES PERIFERICAS TRAS EL CAMBIO DE REGIMEN.—LA MOVILIZACION DE LAS ELITES CATALANAS POR EL «ESTATUTO».—LAS ELITES ANDALUZAS ANTE LAS LOGICAS DEL MIMETISMO INSTITUCIONAL.—LOS PROCESOS DIFERENCIADOS DE ADAPTACION

A LAS INSTITUCIONES: «TRAYECTORIAS FUNDADORAS» *VERSUS* «TRAYECTORIAS MILITANTES».—LAS TRAYECTORIAS POLITICAS FUNDADORAS DE LAS ELITES CATALANAS.—LAS TRAYECTORIAS DE LAS ELITES ANDALUZAS ENTRE LA «CARRERA ASOCIATIVA» Y LA «CARRERA PARTIDISTA».—LAS LOGICAS DE INTEGRACION DE LAS ELITES TRAS LA CONSOLIDACION DEL REGIMEN DEMOCRATICO.—UNAS ESTRATEGIAS DE INTEGRACION VERTICALES DE LA REPRESENTACION POLITICA: LAS ELITES INTERMEDIAS AFILIADAS A LOS PARTIDOS CENTRALISTAS: LAS ESTRATEGIAS DE INTEGRACION HORIZONTALES DEL PODER PERIFÉRICO: LAS ELITES INTERMEDIAS NACIONALISTAS. LOS PROCESOS DE INSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS ELITES INTERMEDIAS CATALANAS Y ANDALUZAS.—LOS REPERTORIOS DE LEGITIMACION DEL ESTADO DE LAS AUTONOMIAS: LAS ELITES INTERMEDIAS MAYORITARIAS: LA LEALTAD, «LA AUTONOMÍA, UN ESTATUTO, PARA EL FUTURO». LAS ELITES INTERMEDIAS MINORITARIAS: LA TOMA DE PALABRA, «LA AUTONOMÍA, UN ESTATUTO PARA REFORMAR». LAS ELITES INTERMEDIAS MARGINALES: LA DEFECCIÓN, «LA AUTONOMÍA COMO UN ESTATUTO PARA SER REPENSADO».—ANEXOS: DATOS SOCIOLOGICOS SOBRE LAS ELITES INTERMEDIAS ANDALUZAS Y CATALANAS.

«Jurisdicción y Constitución», por ANTONIO ROVIRA, pág. 39.

**SUMARIO:** ¿CUAL ES LA TAREA ESENCIAL DEL PODER JUDICIAL?—¿HEMOS HECHO BIEN DEJANDO TANTO PODER EN MANOS DE LOS JUECES?—¿NO ESTAREMOS ENTONCES CARGANDO AL JUEZ CON UNA FUNCION POLITICA AL DOTAR A LA JUDICATURA DE TAN AMPLIOS PODERES DE APRECIACION? ¿NO ESTAMOS CONTRAVINIENDO EL PRINCIPIO FUNDAMENTAL DE LA DIVISION DE PODERES?—¿PERO ENTONCES, A QUE ES DEBIDO ESA SENSACION GENERALIZADA DE DESCONFIANZA DE LOS CIUDADANOS ANTE EL FUNCIONAMIENTO DEL PODER JUDICIAL, INCLUSO DEL PROPIO PARLAMENTO?—¿EL PODER JUDICIAL CON SU ESTRUCTURA Y SUS MEDIOS, CON SUS ACTUALES PROCEDIMIENTOS PUEDE ASUMIR CON GARANTIAS ESTE AUMENTO NECESARIO DE SUS COMPETENCIAS DE CONTROL? ¿PUE-

DE EJERCER EFICAZMENTE SU PODER EN UN MOMENTO DE CAMBIOS VERTIGINOSOS DE TODO ORDEN Y MAGNITUD?

«El liberalismo conservador en la Europa continental, 1830-1939. Los casos de Francia, Alemania e Italia», por LUIS ARRANZ NOTARIO, pág. 59.

**SUMARIO:** I. LO CONSERVADOR Y LO LIBERAL EN EL LIBERALISMO CONSERVADOR.—II. LOS CASOS DE FRANCIA, ALEMANIA E ITALIA, 1830-1939: 1. FRANCIA. LA POLÍTICA LIBERAL-CONSERVADORA COMO «CONVERGENCIA DE CENTROS» FRENTE A LA CONFRONTACIÓN IZQUIERDA-DERECHA. 2. ALEMANIA. LA INTIMIDACIÓN DEL LIBERALISMO CONSERVADOR POR EL NACIONALISMO. 3. ITALIA. EL LIBERALISMO CONSERVADOR TRAICIONADO POR EL NACIONALISMO.—ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.—NOTA BIBLIOGRAFICA.

«Democracia, ciudadanía y ecologismo político», por ANGEL VALENCIA SÁIZ, pág. 77.

**SUMARIO:** 1. DEMOCRACIA Y ECOLOGISMO POLITICO: ¿UNA RELACION CONTINGENTE O NECESARIA?—2. LA DEMOCRACIA LIBERAL: UN MODELO DEMOCRATICO INSUFICIENTE PARA LA TEORIA POLITICA VERDE.—3. LA PROBLEMÁTICA DE LA CIUDADANIA: EL CONCEPTO DE «CIUDADANIA ECOLOGICA».

«El bienestar contra el Estado: premisas y consecuencias de la reforma del Estado de bienestar», por EDUARD TARNAWSKI, pág. 95.

**SUMARIO:** EL ESTADO DE BIENESTAR COMO PROBLEMA.—EL ALCANCE Y LAS MEDIDAS DE UN EXPERIMENTO.—EL DETERIORO DE LA ESFERA PUBLICA Y LA VUELTA A LA TEMPRANA EDAD MEDIA.—LA LOGICA DE LA DEMOCRACIA RADICAL.—LIBERALISMO CONTRA NEO-LIBERALISMO.—*EL OLIVO CONTRA LA SOZIALMARKTWIRTSCHAFT*.—LA RELIGION COMO CUSTODIA DE LA MORAL.—LA Treta BIENESTARISTA CONTRA EL ESTADO.—LA ALTERNATIVA: *LA SOCIEDAD DE BIENESTAR (Y SU COSTE)*.—EL TRABAJO COMO BIENESTAR.—EL EMPLEO TOTAL Y LAS DIFERENCIAS SOCIALES AGUDAS.—LA POLITICA CARCELARIA COMO POLITICA SOCIAL.—EL *BIENESTAR SEXUAL*.—EL BIENESTAR POR EL *CASTIGO DEL VICIO*.—LA VIGILANCIA DE LOS INMIGRANTES.—LA VIGILANCIA DE LOS ESCOLARES.—LA MENTALIDAD DE VIGILANTES.—EL NUEVO ORDEN SIMBOLICO.—EL DISCURSO RACISTA.—LA IMPOSICION COMUNITARISTA.—LAS EXPECTATIVAS FEMINISTAS.—LA INFERENCIA DE *NEW AGE*.—CONCLUSION.—BIBLIOGRAFIA.

«Algunas ideas sobre los valores en la filosofía jurídica y política», por F. JAVIER DÍAZ REVORIO, pág. 129.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCION.—2. LA CONSIDERACION OBJETIVA DE LOS VALORES: LA LLAMADA «FILOSOFIA DE LOS VALORES».—3. TEORIAS

«SUBJETIVISTAS».—4. TEORIAS CONSENSUALISTAS.—5. EL RELATIVISMO KELSENIANO Y LOS VALORES.—6. LOS VALORES EN LA TEORIA DEL ESTADO Y DE LA CONSTITUCION: ALGUNOS AUTORES: 6.1. R. SMEND. 6.2. C. SCHMITT. 6.3. H. HELLER.—7. VALORES Y «CONSTITUCION MATERIAL».—8. CONCLUSIONES: ALGUNAS IDEAS DE INTERES PARA NUESTRA CONSTITUCION.

«Problemas actuales de la organización territorial del Estado. En torno al libro de J. J. Solozábal: *Las bases constitucionales del Estado autonómico*», por MANUEL ARAÓN REYES, pág. 161.

**SUMARIO:** I. SOBRE EL SIGNIFICADO Y CONTENIDO DE LA OBRA DEL PROFESOR SOLOZABAL: 1. EL ENTENDIMIENTO «CONSTITUCIONAL» DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO. 2. EL ENTENDIMIENTO «INSTITUCIONAL» DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.—II. SOBRE LA SITUACION ACTUAL DEL ESTADO AUTONOMICO. ALTERNATIVAS Y LIMITES PARA COMPLETAR EL MODELO DE ESTADO: 1. ADVERTENCIA PREVIA. 2. LÍMITES (OPCIONES QUE, TÉCNICAMENTE, NO SERÍA POSIBLE ATENDER). 3. ALTERNATIVAS. 4. PROCEDIMIENTO PARA ACABAR DE CONCRETAR EL MODELO TERRITORIAL DEL ESTADO: LA REFORMA CONSTITUCIONAL. 5. LA DENOMINACIÓN DEL MODELO RESULTANTE. 6. UNA DISCUSIÓN INÚTIL Y UNA TERMINOLOGÍA PERTURBADORA: «NACIÓN DE NACIONES». 7. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA ACLARACIÓN DEL MODELO TERRITORIAL DEL ESTADO Y EL PROCEDIMIENTO PARA LLEVARLA A CABO.

«Ley nacional y costumbre indígena: Enseñanza de Costa Rica», por BARTOLOMÉ CLAVERO, pág. 181 (sin sumario).

«El *habeas corpus* o recurso de amparo en Chile», por HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, pág. 193.

**SUMARIO:** I. ANTECEDENTES GENERALES.—II. ANTECEDENTES INSTITUCIONALES DEL *HABEAS CORPUS* EN CHILE.—III. INSTITUCIONALIZACIÓN Y EVOLUCION DEL *HABEAS CORPUS* EN CHILE.—EL *HABEAS CORPUS* O RECURSO DE AMPARO EN LA CONSTITUCION VIGENTE: 3. EL «HABEAS CORPUS» Y SU NATURALEZA JURÍDICA. 4. EL DERECHO Y ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE «HABEAS CORPUS» Y SUS CARACTERÍSTICAS. 5. CLASIFICACIÓN DEL «HABEAS CORPUS». 6. CARACTERÍSTICAS PROCESALES DEL «HABEAS CORPUS». 7. AMBITO DE APLICACIÓN. 8. EL PROCEDIMIENTO DE AMPARO O «HABEAS CORPUS». 9. EL «HABEAS CORPUS» ANTE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN. 10. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.—BIBLIOGRAFIA.

«Acerca de la libertad religiosa en el tiempo», por ANTONIO LÓPEZ CASTILLO, pág. 217.

**SUMARIO:** I. EN LOS ALBORES DEL CONSTITUCIONALISMO: INTRODUCCION.—II. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL: 1. ENTRE EL (OCASIONAL) LAICISMO MILITANTE Y EL (TRADICIONAL) CONFESIONALISMO (IN)TOLERANTE: DE 1812 A 1965 O DE CÁDIZ A ROMA. 2. DEL CONFESIONALISMO TOLERANTE DEL TARDOFRANQUISMO A LA ACONFESIONALIDAD COOPERANTE Y

NEUTRAL(IZADA) DE LA ESPAÑA DEMOCRÁTICA: DE 1967 A 1971...—III. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL IUSINTERNACIONALISMO DE POSGUERRA: NOTICIA SUMARIA.

«España, 1.º de octubre de 1936», por LUIS FERNANDO CRESPO MONTES, pág. 231.

**SUMARIO:** I. ¿UNA COINCIDENCIA CASUAL O INTENCIONADA?—II. UNA SESION DEL CONGRESO A FECHA FIJA.—III. EL PRIMERO DE OCTUBRE EN MADRID...: a) LOS TRÁMITES PARLAMENTARIOS ORDINARIOS. b) DISCURSO INSTITUCIONAL DEL PRESIDENTE DE LAS CORTES. c) DECLARACIÓN MINISTERIAL DEL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE MINISTROS. d) INTERVENCIONES DE LOS REPRESENTANTES DE LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS. e) UNA PROPOSICIÓN DE APOYO AL GOBIERNO. f) CIERRE DE LA SESIÓN Y VALORACIÓN POSTERIOR.—IV. ...Y EN BURGOS: a) PALABRAS DEL PRESIDENTE DE LA JUNTA DE DEFENSA NACIONAL. b) PALABRAS DEL JEFE DEL GOBIERNO Y GENERALÍSIMO DE LOS EJÉRCITOS.—V. ALGUNOS COMENTARIOS FINALES.

«El Partido Laborista Británico, un modelo de cambio organizativo», por FERNANDO FLORES, pág. 259.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. LA POSICION DE LOS PARTIDOS POLITICOS EN EL SISTEMA BRITANICO.—III. ANTECEDENTES Y EVOLUCION DE UN PARTIDO QUE SIEMPRE FUE DOS.—IV. LA IZQUIERDA Y LA DEMOCRATIZACION DEL PARTIDO: 1. CÓMO HACER EL PROGRAMA Y EL MANIFIESTO ELECTORAL DEL PARTIDO. 2. CÓMO CONTROLAR A LOS MPs. 3. CÓMO ELEGIR AL PARTY LEADERSHIP. 4. EL FRACASO DE 1983 Y EL HUNDIMIENTO DE LA IZQUIERDA.—V. DE KINNOCK A BLAIR: REVISIONISMO Y MODERNIZACION: 1. NEIL KINNOCK O EL REVISIONISMO DESDE LA IZQUIERDA. 2. TONY BLAIR Y EL «CENTRO RADICAL».—VI. CONCLUSIONES.

«Sobre el concepto de extremismo político», por ROSARIO JABARDO, pág. 281.

**SUMARIO:** INTRODUCCION.—LA DISCUSION TERMINOLOGICA Y LA DELIMITACION DEL FENOMENO EXTREMISTA.—LOS COMPONENTES DEL EXTREMISMO POLITICO.—LAS FORMAS ACTUALES DEL EXTREMISMO POLITICO.—CONCLUSIONES.

## REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

### Número 143 (Julio-Diciembre 1997)

(Sin sumarios)

«El impuesto eclesiástico y el abandono de la Iglesia *actu formali*», por CARLOS L. OLGUÍN REGUERA, págs. 499-532.

«La ludopatía y las causas de nulidad matrimonial», por JOSÉ G. GONZÁLEZ MERLANO, págs. 533-575.

«*I Tribunali Ecclesiastici*», por ROBERTO PERGHEM, págs. 577-610.

- «Hacia la tutela de la libertad de conciencia y de la libertad religiosa (1869-1931)», por NIEVES MONTESINOS SÁNCHEZ, págs. 611-645.
- «Conciencia y sacerdocio femenino en la Iglesia de Inglaterra», por IRENE M.<sup>a</sup> BRIONES MARTÍNEZ, págs. 647-682.
- «Status jurídico de la mujer en el ordenamiento de la Iglesia», por CARMEN PEÑA GARCÍA, págs. 685-700.
- «La expansión universal de las relaciones diplomáticas de la Santa Sede», por JAIME BONET NAVARRO, págs. 701-718.
- «Tratado Amsterdam: hecho religioso», por JUAN CANTO RUBIO, págs. 719-728.
- «La libertad religiosa en los escritos de Pedro Lombarda», por MIGUEL FALCAO, págs. 729-752.

## REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

### Número 1 (Enero-Febrero 1999)

«Semblanza del nuevo IRPF», por JUAN MARTÍN QUERALT, pág. 11.

**SUMARIO:** 1. LAS RAZONES DE UNA REFORMA.—2. EL CONCEPTO DE RENTA DISPONIBLE SE ERIGE EN COLUMNA VERTEBRAL DEL NUEVO IMPUESTO.—3. EL HECHO IMPONIBLE.—4. LAS EXENCIONES.—5. DEBE DESTACARSE FAVORABLEMENTE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA DE LAS RENTAS DEL TRABAJO, ARTICULADA MEDIANTE UNA REDUCCIÓN DE LAS MISMAS, SEGUN SU CUANTÍA.—6. SE HA SIMPLIFICADO NOTORIAMENTE EL TRATAMIENTO DE LAS AHORA DENOMINADAS GANANCIAS Y PERDIDAS PATRIMONIALES.—7. CONTINÚAN SIN RESOLVERSE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS RENTAS EN EL SENO DE LA UNIDAD FAMILIAR.—8. QUEDA POR SOLUCIONAR EL ESTABLECIMIENTO DE UN NUEVO LÍMITE MÁXIMO PARA LA CUOTA ÍNTEGRA CONJUNTA DE LOS IMPUESTOS SOBRE RENTA Y PATRIMONIO DE LAS PERSONAS FÍSICAS.—9. NO SE HA MEJORADO —PESE A LO ANUNCIADO— EL TRATAMIENTO DE LA TRANSPARENCIA FISCAL APLICABLE A LAS SOCIEDADES DE PROFESIONALES.—10. SE HA ABUSADO DE LAS REMISIONES A FUTURAS REGULACIONES REGLAMENTARIAS.—11. CONTINÚAN LAS MEJORAS EN EL TRATAMIENTO DE LAS EMPRESAS DE CARÁCTER FAMILIAR.—12. A GUISA DE CONCLUSIÓN.

«Autodeterminación y Constitución», por JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, pág. 35.

**SUMARIO:** 1. SOBRE LA EXISTENCIA DE UN DENOMINADO DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN: ESTADO DE LA CUESTIÓN.—2. LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS SEGUN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO: 2.1. LA DECLARACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE CANADÁ A PROPÓSITO DE LA AUTODETERMINACIÓN DE QUEBEC. 2.2. INEXISTENCIA DE NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL QUE VINCULEN A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA DE AUTODETERMINACIÓN DE LAS COMUNIDADES HISTÓ-

RICAS. 2.3. LA TESIS DE LOS «FRAGMENTOS DE ESTADO» COMO RECUERDO HISTÓRICO DE LA ÉPOCA COLONIAL PRUSIANA.—3. LA AUTODETERMINACION DE LOS PUEBLOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL: 3.1. ESTADOS UNIDOS. 3.2. LA AUTODETERMINACIÓN DE QUEBEC SEGÚN EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE CANADÁ.—4. EL DENOMINADO DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA: ESTADO DE LA CUESTION: 4.1. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS HISTÓRICOS DE LOS TERRITORIOS FORALES: 4.1.1. *Derechos históricos y Constitución*. 4.1.2. *Valor normativo de la Disposición Adicional Primera de la Constitución*.—5. CONCLUSION.—NOTAS.

«Notas sobre el llamado “Efecto 2000”, la hipoteca responsabilidad del fabricante y otras cuestiones», por CARLOS ROGEL VIDE, pág. 59 (sin sumario).  
«En torno a los contratos electrónicos», por CARLOS VATTIER FUENZALIDA, pág. 75 (sin sumario).

## REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACION LOCAL Y AUTONOMICA

### Número 276 (Mayo-Enero-Abril 1998)

«La ordenación y la planificación de las oficinas de farmacia en el Estado de las Autonomías», por FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, pág. 9.

**SUMARIO:** I. EVOLUCION HISTORICA DE LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA EN EL ESTABLECIMIENTO DE OFICINAS DE FARMACIA: DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO A LA NECESIDAD DE AUTORIZACION EN LA REGULACION PRECONSTITUCIONAL: A) LAS PRIMERAS REGULACIONES Y MANIFESTACIONES DE LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA EN EL MARCO DE UN RÉGIMEN DE LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE FARMACIAS. B) LAS PRIMERAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE FARMACIAS: LOS DECRETOS DE 1941 Y 1957, Y LA LEY DE BASES DE LA SANIDAD NACIONAL DE 1944. C) EL REAL DECRETO DE 14 DE ABRIL DE 1978.—II. EL ESTADO DE LA CUESTION TRAS LA CONSTITUCION DE 1978 Y LA CONSOLIDACION DEL ESTADO AUTONOMICO: A) LA INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978: a) *En el tema de las limitaciones al libre establecimiento de Oficinas de Farmacia*; b) *En el tema del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Oficinas de Farmacia*. B) LA LEGISLACIÓN ESTATAL POSTCONSTITUCIONAL: a) *Las leyes estatales que incidentalmente abordan esta cuestión: La Ley General de Sanidad de 1986 y la Ley del Medicamento de 1990*; b) *La reforma de 1996-1997: el Real Decreto-ley de 17 de junio, de ampliación del servicio farmacéutico a la población, y la Ley de 25 de abril de 1997, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia*. C) LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA: a) *Comunidades Autónomas que han abordado la planificación y la ordenación farmacéutica a nivel legislativo*; b) *Comunidades Autónomas que han abordado la planificación y la ordenación farmacéutica a nivel reglamentario*; c) *Reflexión final*.

«Los reglamentos independientes en el ámbito municipal», por JUAN DE DIOS SANZ SÁNCHEZ, pág. 63.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. LAS COMPETENCIAS «INHERENTES» A LOS MUNICIPIOS.—III. LOS REGLAMENTOS INDEPENDIENTES EN EL MARCO DE LA GARANTIA INSTITUCIONAL.—IV. LA POTESTAD DE AUTOORGANIZACION Y LAS RELACIONES DE SUJEION ESPECIAL EN LOS SERVICIOS PUBLICOS.—V. LA PROTECCION DEL DOMINIO PUBLICO LOCAL.—VI. LAS ORDENANZAS DE POLICIA Y BUEN GOBIERNO.—VII. CONCLUSIONES.

«Ordenación farmacéutica: competencias y funciones de las Comunidades Autónomas», por MIRIAM CUETO PÉREZ, pág. 79.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCION.—2. EL MARCO CONSTITUCIONAL EN MATERIA SANITARIA: LA ORDENACION FARMACEUTICA: 2.1. COMPETENCIAS DEL ESTADO Y COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 2.2. ENCUADRE DE LA MATERIA «ORDENACIÓN FARMACÉUTICA».—3. LA ORDENACION FARMACEUTICA EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMIA.—4. DESARROLLO NORMATIVO DE LA MATERIA: 4.1. LA LEY GENERAL DE SANIDAD. 4.2. LA LEY DEL MEDICAMENTO. 4.3. LA LEY DE REGULACIÓN DE SERVICIOS DE LAS OFICINAS DE FARMACIA.

«La organización de las Administraciones Locales para el ejercicio de sus competencias de gestión tributaria», por JUAN MANUEL BARQUERO ESTEVAN, pág. 105.

**SUMARIO:** I. LAS FORMAS DE GESTION: POSIBILIDADES Y LIMITES: 1. EL ORGANISMO AUTÓNOMO COMO ENTE INSTRUMENTAL PARA LA GESTIÓN TRIBUTARIA LOCAL: 1.1. *El organismo autónomo local y las funciones tributarias.* 1.2. *La competencia para la realización de determinadas actuaciones de aplicación de los tributos en el seno de la Administración municipal y provincial.* 1.3. *¿Puede la «descentralización funcional» en el organismo autónomo local alcanzar a las atribuciones de los órganos representativos o, en su caso, del Tesorero de las Entidades locales?* 1.4. *Recapitulación.* 2. LA SOCIEDAD MERCANTIL DE CAPITAL ÍNTEGRO (O MAYORITARIAMENTE) LOCAL: 2.1. *La «huida del Derecho administrativo».* 2.2. *¿Puede una sociedad mercantil ejercer las funciones tributarias?* 3. *¿ES POSIBLE LA GESTIÓN INDIRECTA, A TRAVÉS DE ENTES PRIVADOS, DE LAS FUNCIONES TRIBUTARIAS?*—II. LA COLABORACION DE SUJETOS DE DERECHO PRIVADO EN LA GESTION DE LOS TRIBUTOS LOCALES.

## Número 277 (Mayo-Agosto 1998)

«La reforma de la Ley 30/1992 y su incidencia en la Administración Local», por JAIME RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, pág. 11.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION. NECESIDAD DE LA REFORMA.—II. PRINCIPIOS GENERALES.—III. REVISION DE OFICIO DE ACTOS Y DISPOSICIONES.—IV. RECURSOS ADMINISTRATIVOS.—V. OTRAS CUESTIONES.—VI. CONCLUSIONES.

«Régimen Local de Castilla y León: estudio de la Ley 1/1998, de 4 de junio», por RICARDO RIVERA ORTEGA, pág. 27.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. OBJETIVOS DE LA LEY: 1. LA INVOCACIÓN DE LA TRADICIÓN HISTÓRICA Y EL MOMENTO ACTUAL. 2. EL INTENTO DE CONSEGUIR UN ORDENAMIENTO LOCAL INTEGRADO: LA COMPLEJA COMPETENCIA DEL LEGISLADOR AUTÓNOMICO SOBRE EL RÉGIMEN LOCAL Y SU DIFÍCIL LECTURA EN EL CASO DE CASTILLA Y LEÓN. 3. LA PRETENDIDA RACIONALIZACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS LOCALES: PROBLEMAS A RESOLVER Y SOLUCIONES DE LA NUEVA LEY.—III. LA LEY 1/1998, DE RÉGIMEN LOCAL DE CASTILLA Y LEÓN, EN EL CONTEXTO DEL DERECHO LOCAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—IV. POLÍTICA TERRITORIAL EN CASTILLA Y LEÓN Y ENTES LOCALES: PROVINCIAS, COMARCAS Y MANCOMUNIDADES.—V. OTRAS CUESTIONES TRATADAS POR ESTA LEY: CREACION Y SUPRESION DE MUNICIPIOS, COMPETENCIAS MUNICIPALES, ENTIDADES LOCALES MENORES Y RÉGIMENES MUNICIPALES ESPECIALES: 1. CREACIÓN Y SUPRESIÓN DE MUNICIPIOS. 2. COMPETENCIAS MUNICIPALES. 3. ENTIDADES LOCALES MENORES. 4. RÉGIMENES MUNICIPALES ESPECIALES.—VI. VALORACION FINAL DE LA LEY 1/1998, DE RÉGIMEN LOCAL DE CASTILLA Y LEÓN.

«Ceuta y Melilla: ¿Ciudades con Estatuto de Autonomía o Comunidades Autónomas con Estatuto de Heteroorganización?», por PALOMA REQUEJO RODRÍGUEZ, pág. 55.

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. ANTECEDENTES.—III. CONTENIDO ESTATUTARIO.—IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CIUDADES DE CEUTA Y MELILLA EN RELACION CON LA FUNCION CONSTITUCIONAL DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMIA COMO NORMAS INSTITUCIONALES BASICAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—V. CONCLUSIONES.

«Los envases y el servicio municipal de recogida y tratamiento de residuos», por JOAN PERDIGÓ I SOLÀ, pág. 71.

**SUMARIO:** 1. EL SERVICIO MUNICIPAL DE GESTION DE RESIDUOS Y LA TITULARIDAD SOBRE LOS MISMOS: 1.1. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA NUEVA LEY DE RESIDUOS DE 1998. 1.2. PROPIEDAD DE LOS RESIDUOS MUNICIPALES.—2. ANTECEDENTES DE LA NORMATIVA SOBRE ENVASES: ALEMANIA, BELGICA Y FRANCIA.—3. LA DIRECTIVA 94/62/CE.—4. LA TRANSPOSICION ESPAÑOLA: LA LEY DE ENVASES Y RESIDUOS DE ENVASES DE 24 DE ABRIL DE 1997: 4.1. OBJETIVOS GENERALES. 4.2. OBJETIVOS DE PREVENCIÓN. 4.3. OBJETIVOS DE VALORIZACIÓN Y DE RECICLAJE. 4.4. SISTEMAS DE GESTIÓN DE LOS ENVASES USADOS Y DE LOS RESIDUOS DE ENVASES: 4.4.1. *Sistema de depósito, devolución y retorno.* 4.4.2. *Los sistemas integrados de gestión de envases y residuos de envases.* 4.4.3. *Los sistemas integrados de gestión con participación de las entidades locales.* 4.4.4. *Financiación de la participación de las entidades locales en los sistemas integrados.* 4.4.5. *Naturaleza de la financiación de los sistemas integrados a los entes locales que participan en su gestión y su eventual sujeción al IVA.* 4.4.6. *Titularidad*

*sobre los residuos en envases en los sistemas integrados con participación de la entidad local.* 4.5. LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA PARTICIPACIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES EN LOS SISTEMAS INTEGRADOS DE GESTIÓN. 4.6. PLANIFICACIÓN Y PROGRAMACIÓN.—5. ALGUNAS CONCLUSIONES.

«La superación del transfuguismo político en las corporaciones locales como exigencia de una representatividad democrática», por MIGUEL ANGEL PRESNO LINERA, pág. 117.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION: EL TRANSFUGUISMO POLITICO COMO EXPRESION DE UNA CONCEPCION PATRIMONIAL DEL CARGO REPRESENTATIVO.—II. LOS INSTRUMENTOS LEGALES PARA MITIGAR LAS DISTORSIONES QUE EL TRANSFUGUISMO OCASIONA A LA EXPRESION DEMOCRATICA DE LA REPRESENTATIVIDAD.—III. LOS PARTIDOS Y LOS COMPROMISOS POLITICOS CONTRA EL TRANSFUGUISMO.—IV. CONCLUSIONES.

## REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

### Número 24 (Noviembre 1998)

«La disolución anticipada de las Cortes en el Estatuto de Castilla-La Mancha», por F. JAVIER DÍAZ REVOIRO, pág. 9.

**SUMARIO:** 1. EL SISTEMA PARLAMENTARIO Y LA DISOLUCION ANTICIPADA. CARACTERISTICAS GENERALES DE LAS REGULACIONES ESTATAL Y AUTONOMICAS.—2. LOS «MODELOS» DE DISOLUCION ANTICIPADA EN EL AMBITO AUTONOMICO.—3. LA DISOLUCION ANTICIPADA EN CASTILLA-LA MANCHA: CARACTERISTICAS, LIMITACIONES Y VALORACION.

«El régimen jurídico de la Universidad pública en la Ley Orgánica de Reforma Universitaria y en la jurisprudencia constitucional», por CÉSAR-V. AGUADO MARTÍN y FRANCISCO JAVIER OLMEDO CASTAÑEDA, pág. 19.

**SUMARIO:** I. EL MODELO DE UNIVERSIDAD Y SU REGIMEN JURIDICO: 1. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. 2. LAS FUENTES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA UNIVERSIDAD. 3. LA UNIVERSIDAD EN LA TIPOLOGÍA DE ENTES PÚBLICOS. 4. EL PROBLEMA DE LA INTEGRACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO. 5. ESTRUCTURA DE LAS UNIVERSIDADES.—II. LA AUTONOMIA UNIVERSITARIA Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 6. CONCEPTO DE AUTONOMÍA Y FUNDAMENTO NORMATIVO. 7. CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL: a) *Doble protección y cláusula residual*; b) *Triple fuente competencial*. 8. DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL.—III. CONCLUSIONES.

«Sobre la transmisión de certificaciones de obra», por DIEGO HERNÁNDEZ-GIL MANCHA, pág. 61 (sin sumario).

«La concepción del Derecho de la dogmática jurídica. ¿Una cuestión de principios?», por ALFONSO GARCÍA FIGUEROA, pág. 79 (sin sumario).

## REVISTA JURIDICA DE NAVARRA Número 25 (Enero-Junio 1998)

«La denuncia de obra nueva en el Derecho civil navarro», por FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, pág. 9.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. FUNDAMENTO HISTORICO DE LA INSTITUCION: A) EL ORIGEN HISTÓRICO DE LA DENUNCIA DE OBRA NUEVA. B) LA REFUNDICIÓN DE LA «NOVI OPERIS NUNTIATIO» Y EL «INTERDICTO QUOD VI AUT CLAM».—III. RAZON Y UTILIDAD DE LA DISPOSICION LEGAL.—IV. CARACTER MATERIAL E INCIDENCIA PROCESAL DE LAS MEDIDAS LEGALES.—V. AMBITO DE APLICACION DE LA DENUNCIA: DERECHOS AMPARADOS POR ELLA.—VI. LA «OBRA NUEVA» SUSCEPTIBLE DE DENUNCIA: REQUISITOS: 1.º QUE SE TRATE DE UNA OBRA. 2.º QUE SEA NUEVA. 3.º QUE SU EJECUCIÓN HAYA SIDO INICIADA Y NO SE HALLE CONCLUIDA. 4.º QUE HAYA SIDO EMPRENDA POR «OTRO VECINO». 5.º QUE SEA CONTRARIA AL DERECHO DEL DENUNCIANTE.—VII. LA «DENUNCIA» DE LA OBRA NUEVA: 1. CONCEPTO, NATURALEZA Y CLASES. 2. LUGAR, TIEMPO Y FORMA DE LA DENUNCIA PRIVADA. 3. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA. 4. EFECTOS DE LA DENUNCIA.—VIII. LA GARANTIA DE DEMOLICION O INDEMNIZACION: 1. CONCEPTO Y NATURALEZA. 2. OBJETO: A) *La demolición*. B) *La indemnización*. 3. CLASES. 4. REQUISITOS. 5. EFECTOS.

«Del régimen foral liberal al régimen democrático de los derechos históricos (identidad, hechos diferenciales y asimétrica)», por JUAN CRUZ ALLI ARANGUREN, pág. 51.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. EL FIN DEL ANTIGUO REGIMEN Y EL LIBERALISMO: 1. LA PERVIVENCIA DEL REINO DE NAVARRA. 2. LA CONFRONTACIÓN ENTRE DOS SISTEMAS POLÍTICOS: LA PRIMERA GUERRA CARLISTA. 3. LA TRANSFORMACIÓN INSTITUCIONAL Y EL PREDOMINIO DE LA BURGUESÍA LIBERAL.—III. LA LEY CONFIRMATORIA DE LOS FUEROS DE 1839: 1. LA ACEPTACIÓN DEL CONVENIO DE VERGARA. 2. CONFIRMACIÓN Y ABOLICIÓN. LA GARANTÍA DE LA UNIDAD CONSTITUCIONAL.—IV. LA LEY DE 16 DE AGOSTO DE 1841. PROPUESTAS PARA SU MODIFICACION POR LOS ESTATUTOS: 1. EL DECRETO DE 15 DE DICIEMBRE DE 1840. 2. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA LEY DE 1841. 3. SOBRE SU NATURALEZA PACCIONADA. 4. TRANSFORMACIÓN INSTITUCIONAL. 5. INTENTOS DE SUPERARLA POR LA REINTEGRACIÓN FORAL. 6. LOS PROYECTOS DE ESTATUTOS. 7. LOS PROYECTOS DE ESTATUTO DEL ESTADO VASCO-NAVARRO Y DEL ESTADO NAVARRO. 8. LA CONSTITUCIÓN DE 1931 Y LOS ESTATUTOS.—V. EL PACTISMO COMO REFERENTE DEL SISTEMA: 1. SUS PRINCIPIOS. 2. LA PRÁCTICA DEL PACTO: A) *Los convenios económicos*. B) *El Derecho civil*. C) *Las carreteras y el tráfico*. D) *Otras materias: Educación, urbanismo, etc.*—VI. NAVARRA EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978: 1. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS DE LA COMUNIDAD POLÍTICA NAVARRA POR LA CONSTITUCIÓN. 2. EL DERECHO DE AUTODETER-

MINACIÓN DE LA COMUNIDAD POLÍTICA NAVARRA. 3. VIGENCIA EN NAVARRA DE LA LEY DE 1839.—VII. EL CAMINO DE LA DISPOSICION ADICIONAL PRIMERA. LOS DERECHOS HISTORICOS: 1. UNA VÍA PROPIA Y DIFERENCIADA. 2. LA GARANTIA INSTITUCIONAL DEL AUTOGOBIERNO.—VIII. LA LEY ORGANICA DE REINTEGRACION Y AMEJORAMIENTO DEL REGIMEN FORAL DE NAVARRA: 1. SU NATURALEZA: A) *Posición contraria a su calificación como Estatuto de Autonomía*. B) *Posición favorable a su consideración como un Estatuto de Autonomía*. C) *Una Comunidad Autónoma y un Estatuto diferente*. 2. SU VINCULACIÓN A LOS DERECHOS HISTÓRICOS, CUYO LÍMITE ES LA UNIDAD CONSTITUCIONAL: A) *La unidad y el marco constitucional*. B) *Carácter dinámico*. C) *La reserva de derechos*. 3. LAS COMPETENCIAS DE NAVARRA: A) *Competencias históricas o forales*. B) *Competencias autonómicas*. C) *Competencias mixtas*.—IX. LA ORGANIZACION INSTITUCIONAL: 1. LA RECUPERACIÓN DE LA POTESTAD LEGISLATIVA. EL PARLAMENTO O CORTES DE NAVARRA: A) *Las Cortes del Reino*. B) *El Consejo Administrativo*. C) *El Parlamento Foral*. E) *El Parlamento de Navarra*. 2. EL GOBIERNO O DIPUTACION FORAL. 3. EL PRESIDENTE.—X. LA COOPERACION ENTRE COMUNIDADES.—XI. EL VASCUENQUE O EUSKERA.—XII. LA IDENTIDAD DE NAVARRA, SUS HECHOS DIFERENCIALES Y LA ASIMETRIA CONSTITUCIONAL: 1. SOBRE LA IDENTIDAD COLECTIVA Y LOS HECHOS DIFERENCIALES. 2. LOS HECHOS DIFERENCIALES DE CARÁCTER INSTITUCIONAL EN LA IDENTIDAD NAVARRA. 3. HECHOS DIFERENCIALES Y ASIMETRÍA AUTONÓMICA: A) *El reconocimiento de los hechos diferenciales*. B) *La asimetría autonómica*. C) *Un modelo abierto*.—VIII. NAVARRA COMO INSTITUCION.

«El derecho de abolorio en Aragón», por GABRIEL GARCÍA CANTERO, pág. 151.

**SUMARIO:** ARTICULOS 149 Y 150: 1. ENCUADRAMIENTO GENERAL DEL DERECHO DE ABOLORIO EN LA HISTORIA DE LOS RETRACTOS LEGALES.—II. CONFIGURACION DOGMATICA DEL DERECHO DE ABOLORIO COMO DERECHO REAL DE ADQUISICION PREFERENTE.—III. SOBRE LA JUSTIFICACION ACTUAL DEL DERECHO DE ABOLORIO Y CONSIGUIENTE CRITERIO INTERPRETATIVO.—IV. LA FACULTAD MODERADORA DE LOS TRIBUNALES: 1. APROXIMACIÓN AL SIGNIFICADO DEL ARTÍCULO 149.2. 2. PROCESO DE ELABORACIÓN DEL ARTÍCULO 149.2. 3. EXÉGESIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA NORMA. 4. INTERPRETACIÓN QUE SE PROPONE.—V. EL DERECHO DE ABOLORIO DURA DOS AÑOS.—VI. CONSIDERACION ESTATICA Y DINAMICA DEL DERECHO DE ABOLORIO: 1. PERSPECTIVA ESTÁTICA: A) *Sujeto activo*: a) Derecho comparado foral: a') Navarra; b') Vizcaya. b) Derecho histórico aragonés; c) El apéndice; d) Trabajos prelegislativos antecedentes de la Compilación; e) Compilación de 1967; f) Concurrencia de varios legitimados activamente para ejercitar el derecho de abolorio. B) *El sujeto pasivamente legitimado*: a) El vendedor está pasivamente legitimado en fase de tanteo; b) El adquirente como sujeto pasivo en fase de retracto. C) *El objeto*: a) Bienes inmuebles; b) Derechos reales sobre bienes inmuebles; c) Inmuebles que han permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente: a') De qué clase de familiares han de proceder remotamente los bienes; b') Título de adquisición de los bienes por el enajenante; c') Permanencia

en la familia durante, al menos, dos generaciones anteriores; d') El retrayente ha de pertenecer a la línea de procedencia de los bienes. D) Negocios jurídicos originadores del derecho de abolorio: a) Antecedentes históricos; b) Compilación de 1967; a') Compraventa; b') Modalidades de compraventa; c') Venta conjunta de varias fincas; d') Dación en pago; e') Permuta; f') Donación; g') Procedencia del derecho de abolorio en otros supuestos. E) Requisitos formales: a) Notificación fehaciente del propósito de enajenar; b) Notificación de la enajenación realizada sin ofrecimiento previo; c) Omisión de las precedentes notificaciones.

2. PERSPECTIVA DINÁMICA: A) *Derecho y acción de abolorio.* B) *Modalidades:* a) Ejercicio extrajudicial; b) Ejercicio judicial. C) *Examen de algunos requisitos procesales:* a) En general; b) La entrega o consignación del precio. D) *Problemática actual del acto de conciliación como modo de ejercitar el derecho de abolorio.* 3. LOS EFECTOS DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE ABOLORIO: REMISIÓN.—ARTICULO 151: I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. NATURALEZA JURIDICA DE ESTA LIMITACION DE LA FACULTAD DISPOSITIVA DEL RETRAYENTE SOBRE EL BIEN RETRAIDO.—III. ALCANCE DE LA INALIENABILIDAD *INTER VIVOS* QUE SE ESTABLECE.—IV. AMBITO SUBJETIVO DE LA INALIENABILIDAD DEL BIEN RETRAIDO.—V. EL PLAZO DE DURACION DE LA INALIENABILIDAD DEL BIEN RETRAIDO.—VI. SANCION POR VIOLACION DE LA INALIENABILIDAD DEL BIEN RETRAIDO.—VII. «VENIR A PEOR FORTUNA», COMO EXCEPCION A LA INALIENABILIDAD DEL BIEN RETRAIDO.—VIII. FINALIDAD DE LA NORMA.—ARTICULO 152: I. INTRODUCCION.—II. GENEISIS DEL ARTICULO 152.—III. EXEGESIS DE LA NORMA.

«La presunción posesoria otorgada por el catálogo de montes de utilidad pública y la usucapión de montes públicos patrimoniales catalogados», por ANGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, pág. 245.

**SUMARIO:** I. LA FUNCION DEL MONTE Y SU PROTECCION JURIDICA.—II. EL CATALOGO DE MONTES DE UTILIDAD PUBLICA.—III. LA PRESUNCION DE POSESION QUE OTORGA LA INCLUSION DE UN MONTE EN EL CATALOGO.—IV. LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LOS MONTES CATALOGADOS.—V. LA USUCAPION DE MONTES PUBLICOS PATRIMONIALES CATALOGADOS.—VI. PRESCRIPCION ORDINARIA DE MONTES CATALOGADOS EN FAVOR DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS.

«La ordenación legal de los servicios sociales en Navarra: algunos aspectos necesitados de reforma», por JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE, pág. 283.

**SUMARIO:** I. LA LEGISLACION FORAL REGULADORA DE LOS SERVICIOS SOCIALES.—II. ESTRUCTURACION DE LOS SERVICIOS SOCIALES; A) LA DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS ENTRE LA ADMINISTRACION FORAL Y LOS MUNICIPIOS. B) ELEMENTOS COMUNES DEL SISTEMA SANITARIO Y DE SERVICIOS SOCIALES. C) SEPARACION DE LAS FUNCIONES DE AUTORIDAD Y DE GESTION: a) *Planteamiento global;* b) *La descentralización funcional del aparato gestor.*—III. ALGUNOS

ASPECTOS ORGANIZATIVOS Y SUSTANTIVOS SOBRE LOS QUE HA DE INCIDIR INNOVADORAMENTE LA NUEVA LEY FORAL DE SERVICIOS SOCIALES: 1. POTENCIACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES MUNICIPALES. 2. UNA MEJOR ESTRUCTURACIÓN Y GESTIÓN DEL APARATO BUROCRÁTICO DE LOS SERVICIOS SOCIALES: A) *Notas introductorias*. B) *Unificación de los Departamentos de Sanidad y Bienestar Social*. C) *La gestión directa: caminando hacia Entes públicos de Derecho privado*. D) *La gestión indirecta: los conciertos administrativos*: a) Breve excursio en torno al concierto en el Derecho administrativo; b) Disfunciones del actual régimen de conciertos. 3. LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CIUDADANOS FRENTE A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: A) *Los derechos y deberes*. B) *La participación ciudadana en la gestión de los servicios sociales*.

«A propósito de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor», por ISABEL SOTES GARCÍA, pág. 301.

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL NUEVO SISTEMA DE CONFIGURACION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS ACCIDENTES DE CIRCULACION: 2.1. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS CORPORALES. 2.2. APRECIACIONES EN TORNO AL DERECHO COMPARADO. 2.3. ANÁLISIS CRÍTICO, DE LA SITUACIÓN ACTUAL. 2.4. EN TORNO A LA APLICACIÓN DEL BAREMO VINCULANTE.—III. LA MORA DEL ASEGURADOR.—IV. A MODO DE CONCLUSION FINAL.

## REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

### Número 2 (1999)

«El derecho de compensación económica por razón de trabajo», por ANTONIO PARA MARTIN, pág. 313.

**SUMARIO:** I. ANTECEDENTES.—II. PRESUPUESTOS: A) DISOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES COMO CONSECUENCIA DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE SEPARACIÓN, DIVORCIO O NULIDAD DE MATRIMONIO. B) QUE UN CÓNYUGE HAYA TRABAJADO PARA EL HOGAR O PARA EL OTRO CÓNYUGE SIN RETRIBUCIÓN O CON RETRIBUCIÓN INSUFICIENTE: a) *Trabajo en el hogar o para el otro cónyuge*; b) *El trabajo antedicho debe también computarse como contribución al deber de sufragar los gastos familiares*; c) *El trabajo realizado no debe tener retribución o tenerla insuficiente. Posibilidad de retribuciones indirectas*. C) DESIGUALDAD PATRIMONIAL. D) ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.—III. EL DERECHO DE COMPENSACION ECONOMICA: A) NATURALEZA. B) CÁLCULO DEL QUANTUM: a) *Diferentes posturas doctrinales*; b) *Rechazo de la aplicación de las normas liquidatorias del régimen de participación contenidas en los artículos 54 a 60 del CF*: a') Expreso rechazo en sede de debate parlamentario; b') Literal exclusión en el artículo 41.1 del CF; c') La aplicación de la normativa rechazada nos llevaría a la desnaturalización del régimen de separación de bienes; d') Forma de cálculo que se propone. C) PAGO. D) RENUNCIABILIDAD. E) RETROACTIVIDAD. F) EJERCICIO. G) PRUEBA. H) PRESCRIPCIÓN.—IV. EL DERECHO DE COMPENSACION ECONOMICA POR RAZON DE TRABAJO Y PENSION

COMPENSATORIA.—V. ESPECIAL REFERENCIA A LA PAREJA ESTABLE.

«La reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa», por RAFAEL ENTRENA CUESTA, pág. 351.

**SUMARIO:** I. NECESIDAD DE LA REFORMA: 1. EL MARCO CONSTITUCIONAL. 2. LA CRISIS DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.—II. AMBITO Y EXTENSION DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: 1. AMBITO. 2. EXTENSIÓN.—III. ESTRUCTURA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: 1. LA CREACIÓN DE LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 2. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.—IV. LAS PARTES: 1. CAPACIDAD PROCESAL. 2. LEGITIMACIÓN. 3. POSTULACIÓN.—V. OBJETO DEL RECURSO: 1. DISPOSICIONES GENERALES. LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD. 2. ACTOS ADMINISTRATIVOS. 3. INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. 4. LA VÍA DE HECHO.—VI. EL PROCEDIMIENTO: 1. PRINCIPALES INNOVACIONES EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO. 2. EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO. 3. LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES.—VII. RECURSOS CONTRA PROVIDENCIAS, AUTOS Y SENTENCIAS.—VIII. EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS.—IX. DISPOSICIONES COMUNES A LOS PROCEDIMIENTOS: 1. PLAZOS. 2. MEDIDAS CAUTELARES. 3. INCIDENTES E INVALIDEZ DE ACTOS PROCESALES. 4. COSTAS PROCESALES.

«La responsabilitat de les administracions sanitàries: algunes reflexions sobre la jurisdicció competent i la construcció dogmàtica de la responsabilitat administrativa», por FRANCISCO JOSÉ RODRÍGUEZ PONTÓN, pág. 381.

## REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONES Número 2 (1997)

«Unos capítulos matrimoniales tensinos de 1490», por MANUEL GÓMEZ DE VALENZUELA y JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, pág. 11.

**SUMARIO:** I. EL DOCUMENTO.—II. LOS PROTAGONISTAS.—III. ANOTACIONES JURIDICAS: 1. UN MATRIMONIO, DOS ORDENAMIENTOS, UNA CARTA. 2. LOS INTERVINIENTES Y EL CONCEPTO EN QUE LO HACEN. 3. LOS PACTOS SUCESORIOS: a) *Institución de heredero a favor del novio*; b) *Heredamiento a favor de los hijos de los contrayentes*. 4. LA DOTE DE MIRAMONDA. 5. RESTITUCIÓN DE LA DOTE, «FIRMA DE DOTE» Y VIUDEDAD.

«La tradicional libertad de testar en Aragón desde el siglo XVI hasta el apéndice de 1926, en base al estudio de los protocolos notariales», por ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, pág. 31.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA COSTUMBRE, LA NORMA ESCRITA Y LOS TESTAMENTOS.—III. LA LIBERTAD DE TESTAR: 1. LA LIBERTAD DE TESTAR Y LA EXIGENCIA DE LA CLÁUSULA DE LEGÍTIMA FORAL: a) *Introducción*; b) *La preterición y la cláusula de legítima foral*; c) *La libertad de disposición y*

*la cláusula de legítima foral*; d) *Libertad de vinculación y legítima foral*. 2. LA LIBERTAD DE TESTAR Y LA INSTITUCIÓN RECÍPROCA DE HEREDEROS. 3. LA LIBERTAD DE TESTAR Y LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE.

«Problemas actuales de la casación foral en aragón (Reflexiones en torno a una resolución judicial desafortunada y a una decisión política incomprensible)», por PEDRO DE PABLO CONTRERAS, pág. 51.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. BREVE RECORDATORIO DE LA FUNCION E IMPORTANCIA DE LA CASACION: 1. SOBRE EL ORIGEN DEL RECURSO DE CASACION. 2. LA CASACION Y LAS FUENTES DEL DERECHO: a) *El monopolio de la ley (1812-1855)*; b) *La «doctrina legal» como fuente del Derecho supletorio de la ley (1855-1889)*; c) *La «doctrina legal» o jurisprudencia del Tribunal Supremo como «complemento» de las normas jurídicas*.—III. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON: 1. LA CASACION Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARAGONÉS. 2. LA CONSTITUCIÓN Y EL ESTATUTO ARAGONÉS DE 1982. LA «JURISPRUDENCIA FORAL» DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA.—IV. LA «JURISPRUDENCIA FORAL» DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO ARAGONÉS POR EL TRIBUNAL SUPREMO. 2. LA DISPONIBILIDAD POR EL RECURRENTE DE LOS MOTIVOS DE CASACION. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JULIO DE 1996.—V. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA SOBRE PRECEPTOS PERTENECIENTES AL ORDENAMIENTO DEL ESTADO.—VI. LA CASACION EN EL ANTEPROYECTO DE NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—VIII. A MODO DE CONCLUSION.

«Algunas consideraciones en torno al concepto de «especialidad procesal» del artículo 149.1.6.º de la Constitución», por MAURICIO MURILLO GARCÍA-ATANCE, pág. 73 (sin sumario).

«El privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia en el Derecho Internacional Privado e Interregional», por ELENA ZABALO ESCUDERO, pág. 81.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION. ORIGEN Y SENTIDO DEL PRIVILEGIO.—II. LA SUCESION EN AUSENCIA DE PARIENTES LEGALMENTE LLAMADOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.—III. EL ULTIMO GRADO EN EL ORDEN DE SUCEDER EN EL DERECHO INTERREGIONAL: 1. EL PLURALISMO EN LA REGULACIÓN DEL CIERRE DEL ORDEN SUCESORIO. 2. DERECHO APLICABLE: ARTÍCULO 9.8 DEL CÓDIGO CIVIL Y ARTÍCULO 136.BIS DE LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE ARAGÓN: 2.1. *Artículo 9.8 del Código Civil: el mecanismo conflictual*. 2.2. *El artículo 136.bis de la Compilación: norma material autolimitada*.—CONCLUSION.

«Los bienes troncales en la herencia deferida por cuotas, en parte a herederos voluntarios y en parte a los legales», por JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, pág. 101 (sin sumario).

«El consorcio foral inducido por la donación de inmuebles en el seno de la comunidad familiar de bienes», por JOSÉ LUIS BERMEJO LATRE, pág. 113 (sin sumario).

## REVUE DE DROIT UNIFORME

## Número 2-3 (1998)

- «La mise en oeuvre du droit matériel uniforme par le juge et par l'arbitre dans le règlement des litiges commerciaux», por JEAN-PAUL BERAUDO, pág. 259.
- «The UNIDROIT Principles: What Next?», por MICHAEL JOACHIM BONELL, pág. 275.
- «Economic Integration and Legal Harmonization, with Special Reference to Brazil», por PAULO BORBA CASELLA, pág. 287.
- «Autour de la réception de la *lex mercatoria* en droit positif panaméen: Développement historique et définition d'un *jus mercatorium* au Panama», por GILBERTO BOUTIN I., pág. 305.
- «Reception of Uniform Law into National Law: an Exercise in Good Faith and Progressive Development of the Law», por PAT BRAZIL AO, pág. 313.
- «L'harmonisation du droit constitutionnel européen: La contribution de la Commission européenne pour la démocratie par le droit», por GIANNI BUQUICCHIO y PIERRE GARRONE, pág. 323.
- «The Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Cyprus», por KYPROS CHRYSOSTOMIDES, pág. 339.
- «A Way with Words: Some Obstacles to Uniform Transport Law», por MALCOLM CLARKE, pág. 351.
- «Model Rules for Lease Financing: a Possible Complement to the UNIDROIT Convention on International Financial Leasing», por RONALD C.C. CUMING, pág. 371.
- «The UNIDROIT Principles in the Conflict of Laws», por ULRICH DROBNIG, pág. 385.
- «The American Provenance of the UNIDROIT Principles», por E. ALLAN FARNSWORTH, pág. 397.
- «Les clauses exonératoires et les indemnités contractuelles dans les Principes d'UNIDROIT: Observations critiques», por MARCEL FONTAINE, pág. 405.
- «An English View of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts», por MICHAEL FURMSTON, pág. 419.
- «La cryptographie et le commerce électronique international de demain», por CHRISTIAN GAVALDA, pág. 425.
- «Globalisation, National Sovereignty and the Harmonisation of Laws», por JOHN GOLDRING, pág. 435.
- «The Protection of Interests in Movables in Transnational Commercial Law», por ROY GOODE, pág. 453.
- «Unification of Agency as a Legislative Challenge», por KURT GRÖNFORS, pág. 467.
- «CMR: UNIDROIT Should Not Let This Child Go!», por ROLF HERBER, pág. 475.
- «The UNCITRAL Arbitration Law: a Good Model of a Model Law», por GEROLD HERRMANN, pág. 483.
- «Des principes généraux du droit aux principes généraux des contrats», por FERNANDO HINESTROSA, pág. 501.
- «Les contrats internationaux de coopération scientifique et technique inter-entreprises face aux Principes d'UNIDROIT», por PHILIPPE KAHN, pág. 519.
- «L'opportunité de juridictions supranationales pour l'interprétation des lois uniformes», por ERNEST KRINGS, pág. 525.

- «Homo Judicans», por OLE LANDO, pág. 535.
- «La CVR ressuscitera-t-elle?», por ROLAND LOEWE, pág. 545.
- «The Transformation Process in Central and Eastern Europe: Main Elements and Strategies», por FERENC MADL, pág. 565.
- «The Enforcement of Annulled Arbitral Awards: Towards a Uniform Judicial Interpretation of the 1958 New York Convention», por ULRICH C. MAYER, pág. 583.
- «The OTT Convention Viewed in the Light of Decisions on the Hamburg Rules», por DAVID MORÁN BOVIO, pág. 601.
- «Evolution du droit de transport international terrestre: une comparaison des RU CIM et de la CMR», por GERFRIED MUTZ, pág. 615.
- «Unification du droit en matière familiale: la Convention de l'Union européenne sur la reconnaissance des divorces et la question de nouveaux travaux d'UNIDROIT», por JÖRG PIRRUNG, pág. 629.
- «Le transport, école d'unification?», por JACQUES PUTZEYS, pág. 641.
- «The Creativity of Arbitrators in the Context of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts», por JAN RAMBERG, pág. 651.
- «The Settlement of Disputes by Bilateral Investment Treaty: the Croatian Experience», por KRESIMIR SAIKO, pág. 657.
- «The Protection of Cultural Property: the 1995 UNIDROIT Convention and the EEC Instruments of 1992/93 Compared», por KURT SIEHR, pág. 671.
- «Factoring, International Factoring Networks and the FCI Code of International Factoring Customs», por HEINRICH JOHANNES SOMMER, pág. 685.
- «Unification of Private Law and Codification of International Law», por SOM-PONG SUCHARITKUL, pág. 693.
- «Quel droit comparé pour le XXIème siècle?», por DENIS TALLON, pág. 703.
- «Harmonizing Divergent Laws: the American Experience», por DETLEV F. VAGTS, pág. 711.
- «The Rise of Private International Law and Private International Law Scholarship at the End of the Century: an American Perspective», por DON WALLACE JR., pág. 721.
- «Karl Llewellyn in Rome», por PETER WINSHIP, pág. 725.

## BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO UNIVERSIDADE DE COIMBRA Volumen LXXIII (1997)

- «Para um Novo Paradigma Interpretativo: o Projecto Social Global», por ORLANDO DE CARVALHO, pág. 1.
- «A Escravidura em Roma», por A. SANTOS JUSTO, pág. 19.
- «Responsabilidade por Informações Face a Terceiros», por JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, pág. 35.
- «A Fiscalização da Constitucionalidade das Normas do Ordenamento Jurídico de Macau à Luz da Recente Jurisprudência do Tribunal Constitucional», por FERNANDO ALVES CORREIA, pág. 61.
- «As Margens e o Rio (da Retórica jurídica à Metodonomologia)», por FERNANDO JOSÉ BRONZE, pág. 81.
- «Marcas (Noção, Espécies, Funções, Princípios Constituintes)», por J. M. COUTINHO DE ABREU, pág. 121.

- «O Padre António Vieira e as Companhias de Comércio», por RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, pág. 149.
- «Das Portugiesische AGB-Gesetz und die Umsetzung der EG-Richtlinie über Mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen», por J. SINDE MONTEIRO, ALMENO DE SÁ, pág. 173.
- «Enquadramento do Procedimento Disciplinar na Ordem Jurídica Portuguesa», por JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, pág. 183.
- «Aspectos Substantivos da Responsabilidade Civil dos Membros do Orgão de Administração perante a Sociedade», por MARIA ELISABETE RAMOS, pág. 211.

## REVISTA DEL NOTARIADO DE LA PREPUBLICA ARGENTINA

Número 854 (Octubre-Noviembre-Diciembre 1998)

- «Barrios cerrados-Clubes de campo: comentarios sobre un proyecto de ley», por MARÍA C. HERRERO DE PRATESI Y MARCELO DE HOZ, pág. 19.
- «Régimen de actuación y trámite en materia de automotores e implicancias registrales (octava parte)», por JORGE H. LASCALA, pág. 25.
- «Doble matriculación de inmuebles en el Registro de la Propiedad», por LILIA NOBMI DÍEZ, pág. 37.
- «Algo más sobre los actos nulos y anulables», por JOSÉ CARLOS CARMINIO CASTAGNO, pág. 51.
- «El justo título», por NORBERTO MANUEL ABELEDO, pág. 59.
- «Contribuciones de los profesores del exterior invitados a las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini», prefacio a cargo de ROBERTO M. LÓPEZ CABANA, pág. 103.
- «Los modernos ataques al Derecho civil desde las disciplinas colindantes», por MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, pág. 105.
- «Algunos aspectos jurídicos de la historia clínica», por RICARDO DE ANGEL YA-GÜEZ, pág. 123.
- «Nuevas tendencias en la configuración de la responsabilidad en los contratos de consumo», por SILVIA DÍAZ ALABART, pág. 177.
- «Responsabilidad civil por manipulación genética», por EUGENIO LLAMAS POMBO, pág. 187.

## REVISTA DE LA ASOCIACION DE NOTARIOS Y CONSERVADORES DE CHILE

Número 7 (1997-1998)

- «El folio real en el Derecho Inmobiliario Español», por LUIS ROCA-SASTRE MUNCUNILL, pág. 13.
- «El documento electrónico. Nueva concepción documentaria», por EUGENIO ALBERTO GAETE GONZÁLEZ, pág. 39.
- «Pequeña historia boloñesa: el documento latino», por BERNARDO HOJMAN PEZOA, pág. 59.

- «Fe de conocimiento, es hoy fe de identidad. Tendencia actual», por EUGENIO ALBERTO GAETE GONZÁLEZ, pág. 69.
- «Notario, notary y crisis de la libertad y de la moral, o, inconvenientes de una confusión», por BERNARDO HOJMAN PEZO, pág. 81.
- «Las disposiciones y estipulaciones previendo la futura propia incapacidad», por IGNACIO VIDAL DOMÍNGUEZ, pág. 89.
- «Los registros: acceso a su información y la justificación del interés para ello», por EDMUNDO ROJAS GARCÍA, pág. 113.
- «Modificación de sociedades», por JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ QUIRÓS, pág. 117.
- «Reflexiones acerca de la modernización de notarios y conservadores», por EUGENIO ALBERTO GAETE GONZÁLEZ, pág. 123.
- «Rol del Derecho consuetudinario en la determinación del Derecho notarial», por EUGENIO ALBERTO GAETE GONZÁLEZ, pág. 129.
- «Fusión de sociedades. Planteamiento de un problema novedoso», por CÉSAR FUENTES VENEGAS, pág. 153.
- «Algunas consideraciones en torno al *numerus clausus*», por IGNACIO VIDAL DOMÍNGUEZ, pág. 159.
- «Cesión de derechos hereditarios», por JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ QUIRÓS, pág. 173.
- «De la pluralidad de objetos y el precio en el contrato de compraventa», por JUAN ENRIQUE GAETE CALDERA, pág. 183.
- «La cesión de créditos y sus efectos en las hipotecas y prendas que lo garantizan», por JUAN ENRIQUE GAETE CALDERA, pág. 189.
- «Efectos de la prohibición voluntaria de gravar y enajenar», por JUAN ENRIQUE GAETE CALDERA, pág. 201.
- «Características generales del sistema registral chileno», por EDMUNDO ROJAS GARCÍA, pág. 205.

## REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DE URUGUAY

Números 1 al 12 (Enero-Diciembre 1996)

- «Registro general de minería», por ANA CANOBBIO, pág. 13.
- «La negociación, mediación y arbitraje como métodos alternativos de resolución de conflictos», por JORGE HENÓN, pág. 21.
- «Contratos modernos: ¿conceptos modernos? Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual mínimo. Problemas contractuales típicos. Finalidad supracontractual y conexidad», por RICARDO LORENZETTI, pág. 33.
- «Negocio de fijación», por ROQUE MOLLA, pág. 49.
- «Cesión de arrendamiento de local comercial», por JULIO SCHWARTZ, pág. 61.

## REVISTA JURIDICA JALISCIENSE

Número 1 (Enero-Abril 1998)

- «La fiscalización del financiamiento de los partidos políticos: un asunto de conciencia crítica», por LUIS ALBERTO CORDERO, págs. 11-36.
- «Justicia electoral», por JOSÉ DE JESÚS COVARRUBIAS DUEÑAS, págs. 37-64.

- «La jurisprudencia integradora de normas de derecho electoral», por MARÍA MACARITA ELIZONDO GASPERÍN, págs. 65-93.
- «Los Fedatarios públicos como auxiliares en el derecho procesal electoral», por JORGE SCHIESKE TIBURCIO, págs. 95-116.
- «Juicio de revisión constitucional electoral y su homología y fin jurídico-social con el juicio de amparo», por NOÉ MIGUEL ZENTENO ORANTES, págs. 117-131.
- «Control de la constitucionalidad de las leyes electorales en el orden jurídico mexicano», por DAVID CETINA MENCHI, págs. 133-166.
- «Control de constitucionalidad de actos y resoluciones de autoridades electorales», por FLAVIO GALVÁN RIVERA, págs. 167-189.
- «Justicia electoral y resolución de conflictos», por CARLOS GONZÁLEZ DURÁN, págs. 191-218.
- «Las causas de nulidad electoral en América Latina», por J. JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ, págs. 219-230.
- «Propuestas político-electorales del episcopado católico en México», por VÍCTOR MARIO RAMOS CORTÉS, págs. 231-257.
- «Justicia electoral y resolución de conflictos: quince años de experiencia argentina», por FELIPE GONZÁLEZ ROURA, págs. 259-282.

## DERECHO Y REFORMA AGRARIA

### Número 29

- «El paisaje: Su oposición al urbanismo», por RAMÓN VICENTE CASANOVA, pág. 11.
- «Urbanización de los campos de Cuba», por ORLANDO VALDÉS GARCÍA, pág. 15.
- «La codificación agraria en la Argentina. Los Códigos Rurales de las provincias», por FERNANDO P. BREBBIA, pág. 43.
- «La Jurisdicción Agraria: Sus fundamentos en el Derecho de los países latinoamericanos», por ROLANDO PAPO ACOSTA, pág. 57.
- «Hacia dónde va el Derecho agrario argentino», por FRANCISCO L. GILETTA, pág. 77.
- «Instituto de Crédito Agrícola y Pecuário ICAP», por JOSÉ ESTEBAN MANTILLA M. y MARÍA R. MASCARELL S., pág. 95.
- «El IAN como órgano fundamental del desarrollo de la reforma agraria en el Estado de Mérida: El asentamiento campesino de Monterrey como objetivo de análisis», por JAIME RIVAS D., FRANCISCO A. VERA y ANTONIO J. SANTIAGO, pág. 125.
- «La Ley de tierras baldías y ejidos de 1936 y la Ley de Reforma Agraria de 1960: Consideraciones comparativas», por CARLIX DE JESÚS MEJÍAS, pág. 157.

## BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

### Número 91 (Enero-Abril 1998)

- «Las Islas Marías y la subcultura carcelaria», por NELSON E. ALVAREZ LICONA, pág. 13.
- «La nueva estructura del mercado laboral», por SANTIAGO BARAJAS MONTES DE OCA, pág. 31.

- «La responsabilidad civil: Tendencias actuales. La experiencia argentina y su posible proyección al derecho mexicano», por AURORA V. S. BESALÚ PARKINSON, pág. 53.
- «El Estado federal en la Constitución mexicana: Una introducción a su problemática», por MIGUEL CARBONELL SÁNCHEZ, pág. 81.
- «El trabajador y las AFORES», por JOSÉ DÁVALOS, pág. 107.
- «Los límites de la democracia», por JOSÉ LINO FEO ARTILES y MANUEL FERRER MUROZ, pág. 123.
- «La función de los sindicatos en España: Negociación de salarios (perspectiva macroeconómica)», por NURIA GONZÁLEZ MARTÍN, pág. 141.
- «Estabilidad y límites a la reforma constitucional», por MARÍA DE LA LUZ MIJANGOS BORJA, pág. 157.

## REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

### Número 1 (Enero-Abril 1998)

- «Las leyes de inmigración: otro obstáculo más para las mujeres víctimas de violencia doméstica», por SOLANGE DE LAHONGRAIS TAYLOR, pág. 1.
- «Un análisis del derecho a confrontación puertorriqueño y la constitucionalidad de las Reglas 37 y 39 de Evidencia, según enmendadas por la Ley 42 del 7 de junio de 1988», por ROBERTO CORTÉS MORENO, pág. 25.
- «La interceptación de la comunicación por medios electrónicos, trayectoria judicial a nivel local y federal», por LUIS U. MUÑIZ ECHEVARRÍA, pág. 63.
- «Alternativas para evitar el hacinamiento en las cárceles: solución o la creación de un nuevo problema social», por RINA COFIÑO HERNÁNDEZ, pág. 89.
- «Reflexiones en torno a la doctrina del *felony murder rule* en el sistema legal penal puertorriqueño: ¿estamos en el camino correcto?», por JAVIER E. RIVERA ROSARIO, pág. 111.
- «La exposición intencional al virus del SIDA: conducta que debería ser tipificada como delito», por DORIS CARRERO RUIZ, pág. 129.
- «La constitucionalidad del impedimento matrimonial por adulterio», por CARLOS M.<sup>a</sup> QUIÑONES LÓPEZ, pág. 147.